

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 13- nº 1 - Tomo I (A/J) - Jan./Jun. 2021



Elaborado no 1º Semestre 2021

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 13 - nº1 - Tomo I (A/J) - Jan./Jun. 2021



Elaborado no 1º Semestre 2021

© 2021 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

Semestral

ISSN 2179-8575

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

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

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

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

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br

EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ

1º Semestre de 2021

CONSELHO EDITORIAL

DIRETORA-GERAL

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

SECRETÁRIA-GERAL

Luiza Alves de Castro

Diretora do Departamento de Ensino (DENSE)

Ana Paula Teixeira Delgado

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Monica Cavalieri Fetzner Arial
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Ubirajara da Fonseca Neto
- Rafael Mario Iorio Filho
- Maria Carolina Cancellata de Amorim



ÁGUEDA IZIDORA COTA CUNHA

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A CONCESSÃO DE UM PRÊMIO PARA O CRIMINOSO NA APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL ATIVO 11

ALEXANDRE PACHE FARIA MORITZ

DETERMINADOS ASPECTOS LIMITADORES NA LEI DAS ESTATAIS 28

AMANDA TEIXEIRA LOMBARDI

ARBITRAGEM E A OBSERVÂNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL 45

ANA BÁRBARA CERQUEIRA DE OLIVEIRA

O PREJULGAMENTO E A INDUÇÃO DE SUSPEIÇÃO EM UM PROCESSO PENAL CADA VEZ MAIS CONECTADO ÀS REDES SOCIAIS 61

ANA CAROLINA ALVES DA COSTA

O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS 76

ANA CAROLINA GRAÇA FRANCO

OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES E MENINAS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19 90

ANNA CLARA GOMES SOUZA DUARTE

ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E POSSIBILIDADES DE REVERSÃO DE SUA FALÊNCIA: DEFESA DAS APAC'S COMO REGRA 107

ARYANE PEREIRA VERLY

O SISTEMA ACUSATÓRIO E OS ELEMENTOS DE INFORMAÇÕES OBTIDOS A PARTIR DA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL 123

AVIDIO NAPOLEON MELLO E CASTRO

IMPACTOS NA PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA 140



BEATRIZ REIS DE ALBUQUERQUE MEYOHAS

O IMPACTO DO NOVO MODELO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL TRAZIDO PELA LEI Nº 13.964/2019 NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL..... 155

BEATRIZ RIBEIRO FERREIRA

DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO: UMA DISCUSSÃO ACERCA DAS SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS 170

BRENDA PATRÍCIA SANCHES ALVES

O INSTITUTO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO DE FORMA REMUNERADA E A IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA 187

BRUNA ARAUJO COE BASTOS

A RELEVÂNCIA DO MÉRITO PENAL E SEUS REFLEXOS NAS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA 202

BRUNA DA SILVA REBELO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO E A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO MÉTODO BIFÁSICO DO DANO MORAL 218

BRUNA PUCCINI NOCERA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DE BALA PERDIDA..... 235

CARINA AFONSO SILVEIRA

TRADE DRESS: PROTEÇÃO JURÍDICA E A CONFIGURAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA 251

CARLOS EDUARDO MEDEIROS DE CARVALHO

A UTILIZAÇÃO DO WHATSAPP NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL E AS GARANTIAS DOS USUÁRIOS EM RELAÇÃO AOS SEUS RISCOS 265

CAROLINA ALBUQUERQUE ARAUJO

A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNO BRASILEIRO QUANTO ÀS REPARAÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS 282

CAROLINA CABRAL DE ANDRADE

UMA ANÁLISE DO DIREITO À LIBERDADE DE CÓPIA NA MODA NO DIREITO BRASILEIRO..... 297

CHRISTY HELLEN ROCHA DOS SANTOS

DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS: DIVISÃO EM CAPÍTULOS E O SILÊNCIO DO CPC. 314

CLARISSA SIERVI RESENDE

O LITISCONSÓRCIO PARA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO PROTETIVA DA LIMITAÇÃO DE DESCONTOS EM EMPRÉSTIMOS DE SUPERENDIVIDADOS..... 329



CRISTIANE NETTO SEIXAS

A RESISTÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO DE ESTABELEECER O DUPLO DOMICÍLIO NA GUARDA COMPARTILHADA 346

DAIANE CAILLAUX DE ALMEIDA

NECROPOLÍTICA: A LEGÍTIMA DEFESA COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA DE MORTE..... 363

DANIELA BARRETO SILVA

O (NÃO) RECONHECIMENTO PELO BRASIL DA VULNERABILIDADE DOS POVOS CIGANOS E A NECESSIDADE DE MEDIDAS EFETIVAS PARA PROTEÇÃO DESSA POPULAÇÃO..... 379

DANIELLE DA PAZ DE SANTANA

ADOÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL: A DEVOLUÇÃO DO MENOR APÓS A ADOÇÃO DEFINITIVA E O DEVER DE INDENIZAR..... 396

DIEGO DA CRUZ PÊGO

A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL POR DANOS DECORRENTES DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO À LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº842.846/SC..... 411

DIMITRI LEAL GASOS

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SATISFATIVAS FRENTE AO DESAFIO DO GESTOR EM MATERIALIZAR A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO 427

DIOGO BAHIA MACEIRA

A LEI Nº 13.869/2019 E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES DE ACORDO COM AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6236, 6238, 6266 E 6302 444

EDUARDO GOMES DO CARMO

RACISMO COMO CARACTERÍSTICA ESTRUTURAL DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO BRASIL 459

ÉRIKA PRADO DI BENEDETTO ZAMBROTTI PINTO

OS IMPACTOS SOCIAIS DOS CRIMES COMETIDOS NAS LICITAÇÕES BRASILEIRAS..... 475

FÁBIO ANDRADE OLIVEIRA JÚNIOR

O DISTANCIAMENTO SOCIAL ESTRUTURADO COMO FATOR DE ENFRAQUECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO..... 491

FERNANDO MAMOUROS FONSECA

A TEORIA DO DANO EFICIENTE COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR 508



FLÁVIA LEONARDO ANDRADE

A APLICAÇÃO DA LEI DE FEMINICÍDIO E A IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE BIS IN IDEM COM A CUMULAÇÃO DAS QUALIFICADORAS DE MOTIVO TORPE OU FÚTIL..... 525

GABRIEL DE CASTRO ALEIXO

A PROIBIÇÃO DA INSTITUIÇÃO DE REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA: PERSPECTIVAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/19..... 540

GABRIELA MANTOVANI ESPÍNDOLA PESSÔA

SHAM LITIGATION: O AJUIZAMENTO SUCESSIVO MALICIOSO DE AÇÕES JUDICIAIS COMO ABUSO DE DIREITO 554

GABRIELA SOUTO SILVEIRA

DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO POR MEIO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA INAUDITA ALTERA PARTE 569

GLAUBER DE OLIVEIRA LIMA

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: OS IMPACTOS DO RE Nº 636.886 NAS AÇÕES PROPOSTAS COM BASE EM DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO..... 586

GUSTAVO ARMANDO NIGRI

A POSSÍVEL ALTERAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO PARA O SISTEMA NEGOCIAL COM O ADVENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL . 603

GUSTAVO GARCEZ DE ARAUJO SOUZA

O RECONHECIMENTO POR FOTO EM DELEGACIA POLICIAL, AS FALSAS MEMÓRIAS E O RISCO DE ERROS JUDICIAIS..... 620

HEITOR NASCIMENTO CORRÊA

PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DISCIPLINAR PARA DISPENSA DE EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ADMITIDO POR CONCURSO PÚBLICO 637

HELLEN KARINE MARTINS DE MOURA

A SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES JUDICIAIS CRIADA NO JULGAMENTO DE IRDR, A ANÁLISE DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES..... 651

HURSULA SOUZA VAZ

OS EFEITOS CAUSADOS PELO CRESCENTE NÚMERO DE PESSOAS FÍSICAS NO MERCADO FINANCEIRO DIANTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E SUAS REPERCUSSÕES..... 665



ISABELA BENEVIDES MONTEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO SOBRE A DISCREPÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUANTO AOS PARÂMETROS TRAÇADOS PELAS CORTES SUPERIORES 681

ISABELA HENRIQUES PESSANHA

AS CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO MATERNO PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA 696

ISABELLA ALMEIDA ROSA DA ROCHA

A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DO ESTADO NO CONTEXTO DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 E A GUERRA DE LIMINARES. 713

JÉSSICA LIMA TELLES DOS SANTOS

INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO DENTRO DE TRANSPORTE COLETIVO 730

JOÃO GABRIEL SÁ E GUIMARÃES BARROSO MAGNO

IMPACTO DA INTRODUÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL..... 745

JORGE LUAN DA CRUZ TENORIO

OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA SOB O PRETEXTO DE SAÚDE SANITÁRIA..... 760

JOSÉ ROBERTO LINHARES DE MATTOS JUNIOR

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: A AFETAÇÃO AO LIMITE AXIOLÓGICO DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 775

JÚLIA FERNANDES ARCAS

ABANDONO AFETIVO INVERSO: CARACTERIZAÇÃO, REPERCUSSÕES E ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO INSTITUTO 792

JULIANA FAGUNDES DOS SANTOS

O CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHO NA COPARENTABILIDADE E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA EM OPOSIÇÃO À PROTEÇÃO DA CRIANÇA..... 809

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A CONCESSÃO DE UM PRÊMIO PARA O CRIMINOSO NA APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL ATIVO

Águeda Izidora Cota Cunha

Graduada pela Universidade Gama Filho. Pós Graduada pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro- FEMPERJ. Advogada.

Resumo – A delação premiada como um negócio jurídico bilateral consciente realizado por meio de declaração oral, reduzida a escrito, pessoal, expressa, e voluntária do acusado perante uma autoridade policial ou judicial a quem fornece informações a respeito da responsabilidade de terceiro partícipe ou coautor do crime investigado e, como forma de retribuição poderá ser beneficiado com a extinção da sua punibilidade, extinção do processo ou redução de pena. É um instrumento da justiça penal negocial bastante utilizada no Brasil. Desse modo, o tema do presente estudo é justiça penal negocial no processo penal brasileiro: a concessão de um prêmio para o criminoso na aplicação de um direito penal ativo. Tem-se por objetivo tratar do conceito de justiça pena negocial tratando, em especial, do instituto da delação premiada, no contexto da aplicação de um direito penal eficaz. A metodologia do presente estudo se traduz numa pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, realizada através de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados quanto ao tema escolhido.

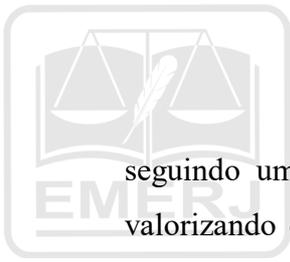
Palavras-chave: Direito Penal. Justiça. Penal. Negocial. Delação. Premiada.

Sumário – Introdução. 1. A justiça penal negocial no Brasil. 2. A transação penal e o acordo de não persecução penal. 3. A justiça negocial na delação premiada: a aplicação de um direito penal ativo. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende tratar da justiça penal negocial no processo penal brasileiro procurando compreender como o instituto da delação premiada ajuda o judiciário a localizar outras pessoas que também cometeram crimes, sendo quase desconhecidas. Somente quando os requisitos voluntários são atendidos, a delação é realizada na presença do defensor e do promotor, e as informações prestadas pelo denunciante podem efetivamente ajudar na prevenção, a fim de evitar a prática de outros crimes.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir a justiça negocial criminal como um instrumento de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. Nesse sentido, pretende-se compreender a delação premiada,



seguindo uma tendência de justiça consensual, mitigou a obrigatoriedade da ação penal, valorizando o princípio da oportunidade regrada, isto é, regulamentada expressamente pela lei.

A justiça consensual (tanto a restaurativa quanto a negocial) possibilita uma resolução alternativa do conflito penal. Desta forma, ao invés do conflito entre as partes, busca-se a princípio, se possível, o consenso entre elas. A justiça penal negocial é um instrumento da política criminal para prevenir a prisão de pessoas que cometeram contravenções, admitiram seus erros e pretendem impedir a sua prisão pelo crime. A negociação da Justiça Criminal nada mais é do que a possibilidade de negociação direta entre o Ministério Público e o investigado / arguido, e a possibilidade de estar devidamente acompanhado por um advogado criminal, e, posteriormente, essa negociação é analisada e homologada pelo juiz. No Brasil, com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal, art. 28-A, no Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), nosso sistema legal agora tem outra oportunidade de evitar ou fazer cumprir a sentença sob certos requisitos e certas condições.

Para melhor compreensão do tema, busca-se conceituar a justiça penal negocial, bem como da suspensão condicional do processo. Pretende-se, ainda, tratar da transação penal e do acordo de não persecução penal para fins de compreender o instituto da delação premiada como instrumento da justiça negocial no acordo de não persecução penal.

O primeiro capítulo do artigo trata da justiça negocial como modelo de justiça que, decorrente do princípio da oportunidade, permite a solução dos conflitos penais por meio do consenso entre a acusação e a defesa. Ao lado de várias medidas, a suspensão condicional do processo como um dos instrumentos mais antigos de justiça negocial em nosso ordenamento jurídico. Assim, na suspensão condicional da pena, o *sursis* surge para desafogar o Poder Judiciário afastando o *ius puniendi*.

Segue-se o segundo capítulo apresentando a transação penal como sendo o consenso entre as partes, convergência de vontades, um acordo de propostas, ajuste de medidas etc.; englobando tal conceito em tudo que se defina como conciliação de interesses.

O terceiro capítulo pretende compreender o instituto da delação premiada que tem o objetivo de descobrir a cadeia do crime em que o informante está envolvido com base nas informações do denunciante, ou seja, o colaborador traz voluntariamente o nome e os dados para a investigação esclarecendo o crime em que estava envolvido.



A metodologia do presente estudo se traduz numa pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, realizada através de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados quanto ao tema escolhido.

1. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL PARA FINS DA CELERIDADE PROCESSUAL

A justiça negocial é o modelo de justiça que, decorrente do princípio da oportunidade, permite a solução dos conflitos penais por meio do consenso entre a acusação e a defesa. Dessa forma, seria possível dispensar a necessidade da realização integral do processo (ou até mesmo evitar a sua instauração), por meio de ajustes de condições alternativas a serem cumpridas pelo acusado.

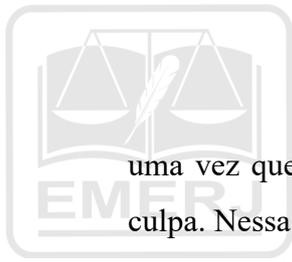
A justiça negocial é o precursor a incansável busca pela celeridade processual. Recebe críticas no sentido de que objetiva a condenação de forma mais rápida por meio da relativização dos direitos e garantias fundamentais. Conforme Vinicius Vasconcellos¹ (2015), a justiça negocial busca possibilitar o máximo de condenações com o mínimo de recursos e tempo possíveis, sendo um processo de mercantilização da persecução penal.

A Justiça Negocial prevê a supervalorização do Ministério Público, sem qualquer proteção ao excesso de discricionariedade e ausência de controle judicial, sendo característico do instituto. Do ponto de vista investigativo, é notável que a delação premiada constitui uma importante técnica especial colocada à disposição da polícia judiciária para o desmantelamento de organizações criminosas; evidentemente, a autoridade policial está diretamente ligada à investigação de infrações penais. Em todo caso, a participação do delegado de polícia na formalização do acordo pré-processual não está isenta de críticas, como evidencia Luiz Flávio Gomes.²

Na justiça negocial, o Estado acaba por se contentar com a verdade formal, pois a realização da barganha, resulta na condenação imediata do acusado, muitas vezes com base em provas superficiais, inclusive, podendo a condenação se basear na simples confissão do acusado. A justiça negocial resulta na hipervalorização da confissão como meio de prova,

¹VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 45.

²GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 421.



uma vez que a condenação obtida pela barganha é fundada simplesmente pela confissão de culpa. Nessa perspectiva haveria um retrocesso da persecução penal.

A justiça negocial tem por base o princípio da oportunidade, podendo o Parquet deixar de oferecer a denúncia por motivos alheios às condições da ação penal pública, sejam eles econômicos, políticos-criminais ou de eficiência.

Apesar de definido como finalidade da justiça negocial o encerramento antecipado do processo, nada obsta a introdução de mecanismos negociais que tenham também diversas finalidades, a justiça negocial não é novidade no direito penal brasileiro, sendo atualmente aplicada aos crimes de menor gravidade os benefícios instituídos pela Lei nº 9.099/95³, e à crimes específicos, onde a lei possibilita, o acordo de colaboração premiada. Segundo Gomes⁴, é evidentemente que esse recurso se apresenta como a melhor alternativa diante da superlotação das casas prisionais.

A justiça criminal negocial, nada mais é de que uma possibilidade de haver uma negociação direta do Ministério Público com o investigado/acusado, devidamente acompanhado de um Advogado criminalista e, posteriormente, essa negociação é analisada e homologada pelo juiz. Grande exemplo é a instituto da colaboração premiada, introduzido com fim de contribuir ao combate às organizações criminosas.

A Lei nº 9.099/95⁵, traz no art. 89, a suspensão condicional do processo, voltado para crimes cuja pena mínima é igual ou inferior a um ano. No caso da suspensão condicional do processo, recebe-se a denúncia e suspende-se o feito, cumpridas as condições, julga-se extinta a punibilidade.

A Constituição da República de 1988 determinou, por meio de seu art. 98, a criação, no Poder Judiciário, dos Juizados Especiais, com competência para a conciliação, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de menor potencial ofensivo.

No âmbito do processo penal, a Lei nº 9.099/95⁶, cumprindo aquela determinação constitucional, criou os chamados Juizados Especiais Criminais e o procedimento sumaríssimo, previsto em Lei, permitindo, em sua fase pré-processual, a transação penal, e, na

³BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁴GOMES, op. cit., nota 2.

⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶Ibid.



fase recursal, o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau⁷. A referida lei criou também a suspensão condicional do processo, previsto especificamente no art. 89

Ao lado de várias medidas, a suspensão condicional do processo surge para desafogar o Poder Judiciário afastando o *ius puniendi* em relação às infrações com pena mínima até 1 (um) ano, alteração essa que insere no sistema jurídico-penal brasileiro a política criminal de “despenalização”.

O “sursis” processual surgiu no ordenamento jurídico em 1995, por meio da Lei nº 9099/95⁸. Até então só existia o “sursis” penal, definido no art. 77 e seguintes do Código Penal⁹. A referida lei foi publicada em cumprimento em determinação consoante do art. 98 da Constituição da República de 1988¹⁰, inaugurando uma nova política de descriminalização de algumas condutas.

Até então, vigorava de maneira quase absoluta o princípio da indisponibilidade da ação penal, presente até hoje na legislação processual penal para os crimes de iniciativa do Ministério Público, e materializado por meio dos artigos 17, 42 e 576 do Código de Processo Penal¹¹.

A partir de 1995, com a criação dos Juizados Especiais Criminais, foi viabilizada a possibilidade de mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, sendo permitido ao Ministério Público, dispor da ação penal por meio da transação penal, para as infrações penais com pena mínima até 2 (dois) anos, e a dispor do processo penal, por meio da suspensão condicional do processo, no caso das infrações penais com pena mínima não superior a 1 (um) ano.

Maria Lúcia Martinelli¹² destaca que tal benefício não se limita aos crimes julgados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, podendo ser estendido a qualquer crime, ainda que de competência de uma vara criminal comum (estadual ou federal), desde que a pena mínima não exceda a 1 (um) ano, como dispõe o art. 89 da Lei nº 9099/95¹³.

⁷ Caso a parte se sinta inconformada com a sentença poderá entrar com recurso que será julgado por uma Turma Recursal composta por Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.

⁸BRASIL, op. cit., nota 3.

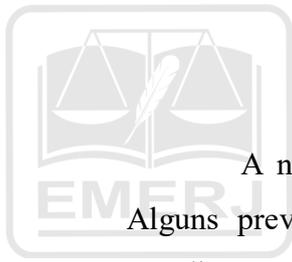
⁹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 9.

¹² MARTINELLI, Maria Lúcia. *Serviço social: identidade e alienação*. 16 ed. São Paulo: Cortez, 2016, p.57.

¹³BRASIL, op. cit., nota 3.



A natureza jurídica da suspensão condicional do processo possui várias correntes. Alguns preveem que sua natureza jurídica é processual; outros, penal e ainda, outros acreditam ser processual penal ou mista.

Para a doutrina majoritária, a suspensão condicional do processo detém natureza mista, ou seja, de direito processual e de direito material penal: suspende o andamento do feito (natureza processual), sendo, ainda, medida de despenalização em favor do acusado (natureza penal), sendo preenchidos determinados requisitos e cumpridas as condições impostas, se extinguirá a punibilidade do autor da infração, se pode concluir a partir das palavras de Guilherme de Souza Nucci.¹⁴

Gomes¹⁵ informa que uma das características principais da suspensão condicional do processo é a aplicação do princípio do *nolo contendere*, que se traduz numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência, mas concorda em cumprir determinadas condições com a finalidade de evitar o seu processamento e os constrangimentos advindos desse processamento.

2. A TRANSAÇÃO PENAL E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MEDIDAS DESPENALIZADORAS

Airton Zanatta¹⁶ conceitua transação penal como o consenso entre as partes, convergência de vontades, um acordo de propostas, ajuste de medidas etc.; englobando tal conceito em tudo que se defina como conciliação de interesses. Segundo Frederico Lustosa Costa¹⁷, a transação penal tem como fundamento o poder discricionário regrado do Ministério Público de um lado e o princípio da autonomia da vontade do autor de outro, definindo-se tal instituto como sendo o acordo de vontades entre as partes, acusador e autor do fato, com concessões recíprocas, visando solucionar consensualmente um conflito de interesses criminal.

A proposta de transação penal é apresentada na audiência preliminar, após frustrada a conciliação, podendo ser feita novamente no início da Audiência de Instrução de julgamento.

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 564.

¹⁵GOMES, op. cit., nota 2.

¹⁶ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 36.

¹⁷Segundo a Escola Paulista do Ministério Público, Conclusões – 3.1, a transação penal pode ser assim conceituada: A transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, proponho ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

Costa¹⁸ entende que o instituto da transação penal constitui forma de despenalização, pela aceitação da proposta de aplicação de pena menos grave. Esta atua não só quando a pena deixa de ser aplicada, como no perdão judicial, ocorrendo também quando sua imposição é atenuada quanto à qualidade ou quantidade da sanção criminal.

Em diversos outros países existem institutos comparados à transação penal, o *plea bargaining*¹⁹ é o instituto que mais se assemelha. Originário do direito anglo-saxônico é utilizado no ordenamento jurídico norte-americano, representando a chamada justiça pactuada, contratada ou negociada, onde o Ministério Público negocia com a defesa, destinado a obter uma confissão de culpa ampla em troca da acusação por um crime menos grave, ou até mesmo por um número mais reduzido de crimes, segundo salienta Maurício Antonio Ribeiro Lopez²⁰.

No Brasil, o juiz homologa a transação penal e tal instituto não é levado como reincidência, nem constará de anotações criminais, devendo-se respeitar o período de 5 (cinco) anos, para que o autor do fato possa ter direito a beneficiar-se novamente de tal medida.

Marcelo Batlouni Mendroni²¹ ressalta que a transação penal será homologada pelo juiz, não importando em caracterização de reincidência e nem poderá constar de anotações criminais, sendo registrada apenas com vistas a impedir que o autor do fato, no período de 5 (cinco) anos, se veja novamente alcançado pela medida benéfica.

Os requisitos para sua concessão estão previstos no artigo 76 da Lei nº 9.99/95²², que determina que deva tratar-se de ação penal pública incondicionada, ou, nos casos de ação penal pública condicionada ser efetuada a representação e, em ambos os casos, não ser o caso de arquivamento de termo circunstanciado; não ter sido o autor da infração condenado por sentença definitiva (com trânsito em julgado), pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação.

¹⁸COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 42, p. 829-74, set.-out 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5>>. Acesso em: 20 abril 2021.

¹⁹ Em uma tradução livre, “negociação quanto à pena”.

²⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 227.

²¹MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 579.

²²BRASIL, op. cit., nota 3.



Devem ser observados para fins de concessão da transação, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como fato de que os motivos e as circunstâncias do crime indicarem a adoção da medida.

No acordo entre o Ministério Público e a defesa, conclui-se que o principal objetivo da transação penal é prevenir ou extinguir o conflito de interesses que surge na prática de uma infração de menor potencial ofensivo. Infere-se ser tal acordo benéfico para ambas às partes, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, acelerando desta forma a prestação jurisdicional e a pacificação social.

Há quem defenda que a transação penal é um direito subjetivo do autor do fato, devendo o Ministério Público oferecer a proposta de transação penal, quando presentes os requisitos legais. Nessa esteira, Maurício Antonio Ribeiro Lopes²³ expõe que:

Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele poderá converter-se em dever, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O Promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricionariedade. Ele é obrigado a formulá-la. E esse dever será da Instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola, do Ministério Público.

Lopes acrescenta que “se preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos para a proposta, e não sendo a mesma oferecida, há constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*”. Já Alberto Silva Genacéia²⁴ entende não ser faculdade do Ministério Público a proposta de transação, e para tanto argumenta:

A lei dos juizados especiais admitiu o princípio da oportunidade, mas uma oportunidade regrada, também chamada de regulada ou limitada ou temperada e submetida ao controle jurisdicional. Oportunidade regrada porque é a lei que diz quando será possível a transação e de que modo ela deve ser feita. Não fica ao arbítrio do Ministério Público propor ou não a transação. Não é uma faculdade do órgão Ministerial.

Genacéia leciona que desde que presentes as condições da transação, o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado, com o sentido de dever. Presentes suas condições, a transação impeditiva do processo é um direito penal público subjetivo de liberdade do autuado, obrigando o Ministério Público à sua proposição e, caso o Parquet não

²³ LOPES, op. cit., nota 20.

²⁴ GENACÉIA, Alberton Silva. *Juizados especiais criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 58.

proponha a transação ou se recuse a fazê-lo, deve fundamentar a negativa., segundo salienta Jesus.²⁵

Parte da doutrina posiciona-se nesse sentido quanto ao instituto da transação penal, entendendo tratar-se de direito subjetivo do autor do fato e, tendo presentes os requisitos legais, tanto de ordem subjetiva quanto objetiva, o Ministério Público está obrigado a propô-la.

Já a corrente doutrinária contraposta entende ser a transação penal uma opção do Ministério Público, podendo oferecer a respectiva denúncia.

Nesse sentido Frederico Lustosa da Costa²⁶ defende que:

A possibilidade de suspensão condicional da relação processual não é um direito subjetivo, e sim uma faculdade jurídica do Ministério Público, que tem a garantia constitucional de titularidade da ação penal pública, tratando-se, portanto, de poder discricionário.

Costa considera que a transação penal não passa de um mero benefício e, mesmo o autor preenchendo todos os requisitos subjetivos e objetivos de ordem legal, pode o Ministério Público não elaborar a referida proposta.

Observa-se, contudo, que para deixar de apresentar a proposta, o Promotor de Justiça deve fazê-la fundamentadamente, bem como o acusado pode opor uma sugestão ao Ministério Público em relação à sanção que será a ele aplicada, já que a transação penal é baseada na conciliação.

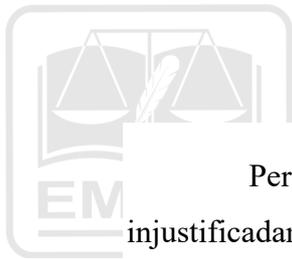
Uma terceira corrente doutrinária, da qual faz parte Karina Marqueze Trindade²⁷, defende a tese de que a juiz pode oferecer a proposta de transação penal nos casos de inércia do Ministério Público, por tratar-se de direito subjetivo do autor do fato. Segundo a autora,

[...] “não se trata de movimentação ex officio, pois, no caso da transação, ainda não há ação penal, mas somente, nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho (2000, p. 96), uma ‘previsão de condições legais para que ela não seja proposta’”. O promotor de Justiça, diante do preenchimento das condições legais, está impedido de exercer o direito de ação. Até mesmo o autor do fato, como titular desse direito subjetivo, pode exigí-lo perante o Magistrado. Com isso, nada impediria que o Juiz lhe fizesse a proposta de uma aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, com ou sem a sua provocação. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover *et al* (1999, p. 139), sustenta que a possibilidade da iniciativa da proposta pelo acusado, com a assistência de seu defensor, coaduna com o princípio da isonomia e com a informalidade adotada pelo legislador na audiência preliminar.

²⁵JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89.

²⁶COSTA, op. cit., nota 18.

²⁷TRINDADE, Karina Marqueze. *Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais*. 2006. 82 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2006, p. 32.



Percebe-se, deste modo, que a proposta de transação penal quando descumprida injustificadamente é um assunto polêmico e ainda não pacificado.

No dia 07 de agosto de 2017, foi editado a Resolução nº 181 do CNMP²⁸, que em seu art. 18 introduziu o “acordo de não persecução penal”, um novo mecanismo negocial, que busca expandir o espaço de consenso aos “crimes de médio potencial ofensivo”.

Conforme o art. 18 da Resolução do CNMP, o Ministério Público pode oferecer proposta de acordo de não persecução penal (acordo de barganha) aos crimes que é cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que não praticada com violência ou grave ameaça a pessoa. Para isso, o investigado deverá confessar o crime de maneira formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as condições expostas nos parágrafos do aludido artigo, que serão definidas cumulativa ou alternativamente a depender do caso concreto, pelo representante do Ministério Público, como bem explica Airton Zanatta²⁹.

A justiça negocial criminal é um instrumento de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. No Brasil, com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal, art. 28-A, no Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19)³⁰, o ordenamento jurídico passou a possuir mais uma oportunidade para evitar a aplicação ou cumprimento da pena, mediante certos requisitos e determinadas condições.

3. A JUSTIÇA NEGOCIAL NA DELAÇÃO PREMIADA: A APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENAL ATIVO

A *plea bargaining* é o mecanismo negocial pelo qual se realiza um contrato de natureza bilateral entre o Promotor de Justiça (prosecutor) e o acusado (*defendant*), podendo ser realizado antes da instauração da ação (*plea bargaining* como instrumento pré-processual) ou no seu decorrer (*plea bargaining* como instrumento processual), no qual o réu aceita os crimes a ele imputados (*guilty plea*) ou deixa de contestá-los (*plea of nolo contendere*), em contrapartida, o Promotor lhe concederá certos benefícios legais. Realizado a *plea bargaining*, poderá se aplicar a pena nos termos acordados, assim, encerrando o processo de forma

²⁸BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁹ZANATTA, op. cit., nota 16.

³⁰BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 2 mai. 2021.

antecipada. Assim, negocia-se o direito o acusado em se defender, podendo se dar por duas condutas distintas. O acusado pode confessar sua culpa no delito imputado (*guilty plea*), ou simplesmente abrir mão da contestação. Tal acordo é denominado *no-contest plea*, ou do latim, *nolo contendere*. Segundo o conceito de delação premiada, Maria Lúcia Martinelli³¹ lembra que:

inicialmente, alerta-se para a opção de utilizar o termo ‘delação’ em vez de ‘colaboração’. A lei faz uso de ‘colaboração’, porém, entende-se, aqui, que há diversas formas de colaborar com a investigação dentre as quais a delação. No caso em tela, o agente ‘delata’ seus cúmplices em troca de benefícios legais ou delata a si mesmo. Assim, deve-se conceituar a delação premiada a partir de suas características, finalidade e consequências. Todas essas informações são extraídas da lei e da doutrina, fontes primordiais de uma discussão multilateral

A delação premiada vista como um negócio jurídico bilateral entre o delator e o Estado, empregada como ferramenta capaz de combater o crime organizado deve atentar aos princípios constitucionais. Referidos princípios funcionam como mecanismos que limitam a política criminal e as posturas pragmáticas, no entender de Rogério Sanchez Cunha.³²

O conceito de colaboração premiada pode ser extraído do art. 4º e seus incisos da Lei nº 12.850/2013³³. O instituto da delação premiada pertence à chamada “Teoria Premial”, oriunda da doutrina Alemã e, segundo, Guilherme de Souza Nucci³⁴, pode ser definida como

[...] a denúncia cujo objeto é narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os coautores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição de pena ou, até mesmo, em perdão judicial.

Delatar, no sentido processual significa denunciar alguém, empregando-se o termo quando um acusado ao admitir a culpa pela prática criminosa relata que outro criminoso também o auxiliou de alguma maneira. A delação premiada nada mais é do que a concessão de um prêmio para o criminoso que colabora com a justiça, constituindo-se em uma medida de política criminal, em que existe interesse do Estado a fim de que o agente interrompa a prática criminosa. No entanto, segundo Lopes³⁵:

³¹MARTINELLI, op. cit., nota 12.

³²CUNHA, Rogério Sanchez; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

³³BRASIL. *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>. Acesso em: 19 abr. 2021.

³⁴NUCCI, op. cit., nota 14.

³⁵LOPES, op. cit. nota 20.



A crise de credibilidade do processo e da jurisdição conduz à ampliação dos casos de prisão preventiva, a menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelamento procedimental). Em suma, conduz à ilusão de que, acelerando de forma utilitarista os processos, restringindo direitos, limitando o uso do habeas corpus e ampliando o espaço de justiça negocial, se chega o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo

A concessão de um prêmio para o criminoso na aplicação de um direito penal ativo. Delatar, no sentido processual significa denunciar alguém, empregando-se o termo quando um acusado ao admitir a culpa pela prática criminosa relata que outro criminoso também o auxiliou de alguma maneira. A delação premiada nada mais é do que a concessão de um prêmio para o criminoso que colabora com a justiça, constituindo-se em uma medida de política criminal, em que existe interesse do Estado a fim de que o agente interrompa a prática criminosa. Segundo Nucci³⁶:

[...] a denúncia cujo objeto é narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os coautores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição de pena ou, até mesmo, em perdão judicial.

No mesmo sentido, Walter Barbosa Bittar³⁷ afirma que a delação premiada é:

[...] instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução, podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).

A delação premiada beneficia o investigado pela prática de um crime por fornecer, de alguma forma, informações ou auxiliar na persecução de crimes. Constata-se também, que a delação pode ser feita na fase de investigação, na fase judicial, e até mesmo já em sede de execução penal, desde que o conteúdo delatado tenha relevância e seja, até o momento, desconhecido. Ademais, Bittar³⁸ chama atenção para o fato de que a delação não precisa se referir, obrigatoriamente, a supostos criminosos que respondem no mesmo processo penal que o delator; podendo também alcançar outros procedimentos

No que tange à sua forma, a delação deve ser feita oralmente, sendo reproduzida de forma escrita para assegurar a preservação da memória do ato através da documentação. De

³⁶NUCCI, op. cit., nota 14.

³⁷BITTAR, Walter Barbosa. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 225-50, 2011. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/41/58>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

³⁸Ibid.

acordo com Cunha, Taques e Gomes³⁹, justifica-se a forma oral devido à necessidade de a autoridade analisar a credibilidade da declaração do delator apoiada em elementos presentes na comunicação que acompanham a palavra falada.

A regulamentação da delação premiada, na forma da Lei nº 12.850/2013⁴⁰, autorizou a realização de um acordo formal entre Ministério Público (ou, se for o caso, autoridade policial) e acusado e, seguindo uma tendência de justiça consensual, mitigou a obrigatoriedade da ação penal, valorizando o princípio da oportunidade regrada, isto é, regulamentada expressamente pela lei. Esta tendência é verificada também nos crimes de menor potencial ofensivo, com institutos como a transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo, como ressalta Frederico Lustosa Costa⁴¹.

Neste contexto insere-se a delação premiada. Ainda segundo Costa⁴², o acordo entre acusação e acusado para fins de cooperação com a produção de provas configura uma relativização ou, no caso do não oferecimento da denúncia, uma verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em todo caso, jamais se afasta o princípio da legalidade, o qual impõe a necessária observância do procedimento em todas as fases do acordo

Importante ressaltar que o respeito à legalidade é uma imposição para a efetividade das garantias constitucionais, haja a vista que se está diante de um modelo de justiça pautado na disponibilidade dos direitos fundamentais e de intrusão mais aberta dos órgãos investigativos sobre a esfera de liberdade do acusado.

A delação premiada realizada na fase pré-processual está consagrada no art. 4º, § 2º da Lei nº 12.850/2013⁴³.

Marcelo Batlouni Mendroni⁴⁴ assevera que a fase investigativa é aquela que reúne maior chance de efetividade do ponto de vista da colheita de elementos probatórios, além de conferir maior segurança jurídica para fins de conferência do conteúdo da colaboração (e, conseqüentemente, maior segurança no recebimento do prêmio). Voltando a Frederico Lustosa da Costa⁴⁵, o autor demonstra que à tendência de potencialização desta fase preliminar da persecução penal, acrescenta-se a ampliação das faculdades da autoridade

³⁹CUNHA; TAQUES; GOMES, op. cit., nota 32.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 33.

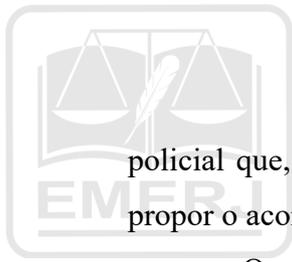
⁴¹COSTA, op. cit., nota 18.

⁴²Ibid.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 33.

⁴⁴MENDRONI, op. cit., nota 21.

⁴⁵COSTA, op. cit., nota 18.



policial que, conforme o art. 4º, § 6º do diploma em comento, passou a ser legitimada para propor o acordo de delação premiada e negociá-lo.

O mesmo Costa⁴⁶ defende que tal legitimidade é importantíssima do ponto de vista da eficiência do instituto, pois possibilita a realização da colaboração em situações de urgência, nas quais a demora na submissão do acordo à apreciação do Ministério Público pode comprometer o resultado positivo que se quer alcançar .

CONCLUSÃO

A justiça negocial é um modelo de justiça que, pelo princípio da oportunidade, pode resolver os conflitos criminais através do consenso entre a acusação e a defesa. Dessa forma, ao ajustar as condições alternativas que o réu deve cumprir, pode não ser necessário executar integralmente o processo (ou mesmo evitar seu início). A justiça de consenso (restaurativa e negociadora) permite a resolução de conflitos criminais de maneiras alternativas. Dessa forma, se possível, primeiro deve-se buscar o consenso entre as partes, ao invés de conflitos entre as partes.

É o modelo de justiça que, decorrente do princípio da oportunidade, permite a solução dos conflitos penais por meio do consenso entre a acusação e a defesa. Dessa forma, seria possível dispensar a necessidade da realização integral do processo (ou até mesmo evitar a sua instauração), por meio de ajustes de condições alternativas a serem cumpridas pelo acusado.

A justiça consensual (tanto a restaurativa quanto a negocial) possibilita uma resolução alternativa do conflito penal. Desta forma, ao invés do conflito entre as partes, busca-se a princípio, se possível, o consenso entre elas.

O veredicto vencedor beneficia a pessoa sob investigação do crime, fornecendo informações de alguma forma ou auxiliando no julgamento do crime. Ressalte-se também que, desde que o conteúdo denunciado seja pertinente e até o momento desconhecido, as denúncias podem ser feitas durante a fase de investigação, judicial ou mesmo de execução criminal. Além disso, a reclamação não se refere necessariamente ao criminoso acusado que respondeu no mesmo processo penal que o denunciante; outros procedimentos também podem ser implementados

⁴⁶Ibid.



Quanto à forma da reclamação, esta deve ser apresentada oralmente e reproduzida por escrito, para garantir que a memória do ato seja preservada através do arquivo. A razão pela qual a forma oral é razoável é que é necessário analisar a credibilidade da declaração do denunciante com base nos elementos da comunicação que acompanha a expressão oral.

Regular o pedido de outorga na forma da Lei nº 12.850 / 2013, autorizar a execução do acordo formal entre o Ministério Público (ou o órgão policial, se aplicável) e o réu, e mitigar a execução de atos criminosos conforme a tendência de consenso voluntário, e valoriza o princípio da oportunidade regulada, ou seja, o princípio claramente estipulado pela lei. Essa tendência também se confirmou em crimes menos ofensivos, como as transações criminais, a composição civil de danos e a suspensão condicional de processos.

Neste caso, insira vitória. O acordo alcançado entre a acusação e o arguido para cooperar na produção de provas constitui uma relativização ou, sem reclamação, constitui uma verdadeira exceção ao princípio do processo penal obrigatório. Em qualquer caso, o princípio da legalidade nunca se desviará, o que significa que os procedimentos devem ser seguidos em todas as fases do acordo

Deve-se enfatizar que, considerando que o modelo de justiça adotado é baseado na disponibilidade de direitos fundamentais, e que os órgãos de investigação estão mais abertamente envolvidos na liberdade do réu, o respeito à legitimidade é uma manifestação da eficácia das garantias constitucionais.

Além da tendência de fortalecer a fase inicial do processo penal, as atribuições das autoridades policiais também foram ampliadas. O artigo 4.º, n.º 6, relativo aos diplomas, torna-se a base jurídica para propor acordos de atribuição e conduzir negociações.

Do ponto de vista da eficiência do instituto, essa legitimidade é extremamente importante, pois permite cooperar em situações de emergência, caso em que a demora na apresentação do acordo ao Ministério Público pode prejudicar os resultados positivos que a consensualidade pode alcançar.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Walter Barbosa. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 225-50, 2011. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/41/58>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2021.



_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 2 maio 2021.

_____. *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>. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 42, p. 829-74, set.-out 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CUNHA, Rogério Sanchez; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilicito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GENACÉIA, Alberton Silva. *Juizados especiais criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2018.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINELLI, Maria Lúcia. *Serviço social: identidade e alienação*. 16 ed. São Paulo: Cortez, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

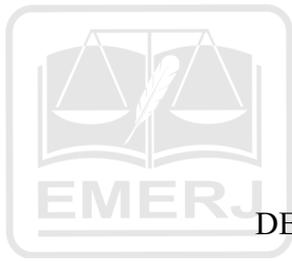


NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TRINDADE, Karina Marqueze. *Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais*. 2006. 82 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



DETERMINADOS ASPECTOS LIMITADORES NA LEI DAS ESTATAIS

Alexandre Pache Faria Moritz

Graduado pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a Lei das Estatais incorpora procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, na Lei nº 10.520/02, instituidora da modalidade de licitação denominada pregão e na Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas (RDC). A governança corporativa especificada pela importância do *compliance* e da transparência que chegam cada vez mais à própria administração pública exigindo uma significativa mudança de comportamento do gestor. Com isso, a implementação das citadas regras são vetores da administração pública moderna. A regra da prévia licitação é afastada nas contratações necessárias ao desempenho negocial das empresas estatais, tais como as relacionadas à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com seus respectivos objetos sociais, desde que demonstrada a inviabilidade do procedimento competitivo com fundamento nos princípios constitucionais e na transparência. Aqui empenha-se na efetivação da eficiência. Por outro lado, a lei direciona o atuar do gestor quando determina a preferência da contratação semi-integrada à integrada.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Regime. Diferenciado. Contratações. Estatal.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação do conceito de governança com o objetivo de melhorar o controle das Estatais e implementar a sua função social 2. A necessidade de se efetivar a eficiência pública com o mercado privado 3. A análise dos regimes de execução dos institutos da contratação integrada e semi-integrada com ênfase para sua substituição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico aborda a Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, chamada Lei das Estatais, que incorpora procedimentos previstos na Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), na Lei nº 10.520/02, instituidora da modalidade de licitação denominada pregão, e na Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, extraíndo-se a essência dessas três normas. A citada lei surge para trazer às Estatais uma sistemática licitatória menos burocrática e adequada às suas especificidades, já que estas atuam de modo a interferir diretamente no mercado privado, na economia do país e em concorrência com a iniciativa privada.

A lei é o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas



subsidiárias, prestadoras de serviço ou exploradoras de atividade econômica. Isso significa dizer que, não há qualquer distinção entre as estatais exploradoras de atividade econômica e estatais prestadoras de serviços públicos. Portanto, todas devem respeitar as regras contidas no citado diploma.

Com a nova Lei das Estatais, o protagonismo, que era de direito público, desloca-se de forma expressa e indelével para o direito privado. Os acréscimos e supressões, por exemplo, não serão mais passíveis de imposição ao contratado, sob nenhuma hipótese. No caso da rescisão a situação é ainda mais relevante, porquanto sequer foram inseridas normas nesse sentido, ressalvadas as hipóteses estabelecidas no contrato.

A "Lei das Sociedades Estatais" apresenta alguns recursos mais flexíveis em seu texto para lidar com o sistema jurídico anteriormente vigente, o que é consistente com a sua natureza jurídica mista, as nuances das leis públicas e privadas e as disposições expressas. Além disso, os artigos incluem contratos e atividades administrativas de imposição penas em caso de descumprimento.

Assim, a relevância do presente tema se traduz no fato de que, um dos grandes desafios do legislador brasileiro sempre foi dosar a segurança versus eficiência no campo das contratações e licitações públicas. A Lei nº 13.303/16 passa a atender o comando constitucional delineando as normas específicas de licitações e contratações a serem aplicadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a governança corporativa especificada pela importância do *compliance* e da transparência que chegam à própria administração pública, com a instituição de mecanismos para prevenir, detectar e corrigir qualquer tipo de desvio - seja ato ilícito, fraude ou meras irregularidades administrativas - que não cumpram o novo modelo de combate à corrupção ou suborno.

No segundo capítulo, demonstra-se que a Lei das Estatais traz, por meio de padronização de processos e procedimentos, maior agilidade às licitações, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, efetivando a eficiência pública frente ao competitivo mercado privado pautado no controle dos atos realizados.

No terceiro capítulo da pesquisa, conceitua-se contratação integrada e semi-integrada, esclarecendo suas nuances, o real objetivo do instituto por conta da relação conflituosa entre o executor do serviço e o elaborador do projeto, e controle nos delicados aspectos de afastamento de uma contratação por outra.



O método de abordagem do presente estudo é o dedutivo. A metodologia empregada se traduz numa pesquisa bibliográfica e documental, qualitativa, por meio de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados quanto ao tema escolhido, bem como análise da legislação envolvida e de outras fontes importantes ao desenvolvimento do trabalho.

1. A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE GOVERNANÇA COM O OBJETIVO DE MELHORAR O CONTROLE DAS ESTATAIS E IMPLEMENTAR A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Inicialmente, deve-se observar que a redação original da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não abordava a necessidade da criação de uma lei própria à Empresa Pública, à Sociedade de Economia Mista e as suas subsidiárias¹. Na realidade, na última década do século XX, tal demanda aparece no ordenamento jurídico pátrio por conta do pensamento político neoliberal. Assim, foram realizadas diversas alterações constitucionais e legislativas para a implantação do modelo de administração pública denominado administração gerencial – que, em tese, apresenta fundamentação no princípio da eficiência.

No Brasil, a chamada “reforma administrativa” teve na Emenda Constitucional nº 19/1998² o seu maior instrumento de implantação. A citada emenda introduziu o princípio da eficiência na cabeça do artigo 37 da Constituição³ e modificou diversas relações do Estado com os agentes públicos, os agentes econômicos e com o terceiro setor.

Com relação à ordem econômica e financeira do estado brasileiro, foi com a implementação da mudança da redação do artigo 173, da Constituição⁴, que nasceu a necessidade da criação do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, ou seja, regras de governança. Além disso, se mantém a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributários e, por outro lado, a licitação e a contratação de obras, de

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

² BRASIL. *Emenda Constitucional nº19/98*, de 4 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc/emc19>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³ BRASIL, op. cit., nota 01.

⁴ Ibid.



serviços, as compras e as alienações de produtos e serviços, obedecem aos princípios e regras de direito público.

Assim, após dezoito anos da publicação da Emenda Constitucional nº 19/98⁵ e por causa dos escândalos de corrupção descobertos pela operação lava jato que envolveram as contratações, por exemplo, da Petrobrás, sobreveio a prometida Lei nº 13.303/2016⁶, dispondo sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, apresentando regras de governança objetivando um maior controle do seu patrimônio e materialização da função social.

Dentro desse contexto, cabe esclarecer que a governança pública se soma aos diversos instrumentos de controle já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo, encontram-se na Carta Magna o Controle do Tribunal de Contas, o Controle Judicial e o Controle Político. Dessa forma, a lei amplia o controle exigindo que o estatuto da estatal contenha regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno e mecanismos de proteção dos acionistas⁷.

As noções de governança objetivam limitar o New Public Manager – NPM, modelo de gestão surgido na Europa que objetivava modernizar as práticas administrativas de gestão sem analisar as especificidades de cada governo e considerando a sociedade na condição de mero usuário⁸. Portanto, a lei das estatais acaba por estabelecer novos paradigmas de controle, que notadamente se apoiam na transparência e no *compliance*. Vale ressaltar que tais conceitos se estendem às estatais já existentes, na forma do artigo 91⁹, da referida lei, que exige a sua devida adequação às exigências da lei no prazo de 24 meses.

Nessa linha, a governança é um atributo que visa a modificar a relação do setor público com o setor privado para a condição de parceiros que desejam um melhor desempenho em conjunto dos dois setores. Com isso, o setor público e o setor privado não são adversários em suas relações, entretanto são atores sociais que devem conjugar suas execuções com sinergia para cumprir da melhor forma a função social da Estatal, porque a sociedade não deve ser vista

⁵BRASIL, op. cit., nota 02.

⁶BRASIL. Lei nº.13.303/16, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em:20 fev. 2021.

⁷Ibid.

⁸BRAGAGNOLI, Renilda Lacerda. Lei nº.13.303/16: reflexões pontuais sobre a lei das Estatais. Curitiba: Grupo JML, 2019, p. 20.

⁹ Ibid.



apenas na condição de usuária, mas de cidadã. Nesse aspecto, apesar do tema ter sido abordado no artigo 7º, inciso VIII da Lei nº 12.846/2013¹⁰, as regras de transparência e *compliance*, que já são realidades nas sociedades empresárias privadas, chegam tardiamente às Estatais Brasileiras.

Diante da presente dinâmica, percebe-se que há um desafio no ordenamento em controlar as Empresas Estatais, pois seu regime jurídico é híbrido, ou seja, nelas incidem normas públicas e privadas e, por isso, busca-se o controle administrativo de seus atos e os seus resultados econômicos.

A referida matéria encontra-se em plena contemporaneidade, visto que a função social das estatais busca a realização do interesse coletivo ou o atendimento a imperativo de segurança nacional¹¹, conceitos jurídicos indeterminados que podem ser ajustados a depender do caso em análise. Nesse ponto, o legislador se preocupou, por exemplo no §1º do artigo 8º¹², em determinar parâmetros para se evitar qualquer tipo de desvio e estabeleceu que o interesse público da estatal manifesta-se pelo alinhamento de seus objetivos e os de políticas públicas¹³. Assim sendo, nota-se que o controle das estatais deve abranger a legalidade do ato e o resultado das ações administrativas, especificamente com relação a eficiência, eficácia e a destinação dos recursos públicos¹⁴, por serem um *longa manus* do Estado tanto cumprindo a função social de um determinando serviço público, bem como cumprindo a função social na atividade econômica. Logo, a governança, o *compliance* e a transparência são normas compulsórias estabelecidas na referida lei¹⁵.

A lei determina no artigo 9º¹⁶ que as estatais adotarão regras de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, área de *compliance*, objetivando a autofiscalização e limitando a autonomia dos governantes e dos gestores das empresas. Por derradeiro, observa-se que a ética se encontra constantemente presente, no aspecto executório e no aspecto teórico, nas estruturas da referida lei. Aqui especificamente, a influência do Código de Ética do Tribunal de Contas da União¹⁷ é marcante, porque o desvio encontra limite em um ambiente

¹⁰ BRASIL. Lei nº 12.846/13, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 06.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ BRAGAGNOLI, Renila. A lei nº 13.303/16 e o (velho) *compliance* das empresas estatais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n.5228, 24 out. 2017b. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61227>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 06.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e corrupção*: aplicável a órgãos e entidades da Administração. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2017.



eskorreito, ou seja, ético. Então, observa-se que o *compliance* é um atuar às boas normas e, por isso, facilita o controle¹⁸.

A lei, especificamente no artigo 8^o¹⁹, estabeleceu diretrizes no atuar transparente, das estatais. Deve-se esclarecer que a exigência do atuar transparente da estatal não fica restrito ao artigo 8^o²⁰. Na verdade, o controle social é a participação da sociedade na gestão pública. Tal premissa é importante para efetivação do Estado de Direito e o fortalecimento da constituição cidadã. Mais uma vez, deve-se esclarecer que a sociedade deixa de ser apenas usuária, passando a ser cidadã e fiscalizadora do patrimônio estatal.

Assim, para que o controle ocorra é necessário que o princípio constitucional da publicidade seja efetivo por parte dos gestores a fim de que os administrados possam ter ciência das condutas dos administradores²¹. Para tal, é premissa básica que a transparência exige informações claras e objetivas que se possa reforçar o controle e a participação democrática. Nessa perspectiva, a transparência é uma vertente do princípio constitucional da publicidade, ou melhor, é um princípio constitucional implícito. É notório e imperativo a evolução disponibilizada pela Lei n^o 13.303/16²² com relação a matéria de controle social das estatais. Entretanto, ressalta-se que as informações estratégicas não fazem parte das informações disponíveis ao cidadão, na forma do artigo 23, §3^o, da lei²³.

Por fim, observa-se que a governança é uma realidade na Lei n^o 13.303/16²⁴ e materializa a função social das estatais. O Estado, nas diversas formas de controle da estatais, exige ato público e transparente, no seu conteúdo, inclusive quanto ao motivo e finalidade, objetivando uma atuação democrática no controle do patrimônio, de forma interna ou externa - *compliance*. Logo, é notável a capacidade do *compliance* e da transparência em combater condutas indevidas e em efetivar uma fiscalização cidadã das Estatais.

2. A NECESSIDADE DE SE EFETIVAR A EFICIÊNCIA PÚBLICA NO MERCADO PRIVADO

De início, salienta-se mais uma vez, com relação às estatais, que a Emenda

¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Empresas Estatais. Lei n.º 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 675.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 06.

²⁰ Ibid.

²¹ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.173.

²² BRASIL, op. cit., nota 06.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.



Constitucional nº 19/1998²⁵ determinou a criação do seu estatuto jurídico com a necessidade de licitar. Entretanto, o referido estatuto não foi de plano elaborado e por conta disso a Lei nº 8.666/93²⁶ passou a ser utilizada, visto que o seu artigo 1º, determina a sua aplicação às Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e subsidiárias. Ocorre que, a Lei nº 8.666/93²⁷ vai de encontro com a celeridade e com o dinamismo das relações privadas, ou seja, a sua aplicação agride o princípio da eficiência.

Então, por causa da omissão legislativa, do confronto ideológico, posto que em um ambiente de livre concorrência a agilidade é fundamental, e para que a Petrobrás, por exemplo, principal estatal brasileira, não sofresse com a aplicação da burocrática Lei nº 8.666/93²⁸, o chefe do Poder Executivo editou o Decreto nº 2.745/98²⁹, com base no artigo 67 da lei nº 9.478/97³⁰, que apresenta um procedimento licitatório simplificado.

A sua constitucionalidade foi questionada, visto que a Constituição de 1988 exigia a edição de lei para regulamentar a matéria. A Petrobrás, diante de decisão do Tribunal de Contas da União que determinou a observância da Lei nº 8.666/93³¹, impetrou o Mandado de Segurança nº 28.745 e conseguiu uma liminar no Supremo Tribunal Federal para utilizar o procedimento licitatório simplificado do citado Decreto³². Dessa forma, a Petrobrás manteve sua atuação com base no procedimento simplificado do Decreto até a edição da Lei nº 13.303/2016³³ que, no artigo 96, inciso II, revogou o artigo 67 da Lei nº 9.478/97³⁴.

Cabe esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, em 6 de março de 2021, no informativo 1008³⁵, fixou o entendimento de que o regime de licitação da Lei nº 8.666/90³⁶ não

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 02.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 8.666/1993*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

Acesso em: 21 fev. 2021.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL. *Decreto nº 2.745/98*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm
>. Acesso em: 10 ago. 2021.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 9.478/97*, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 26.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=151918>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³³ BRASIL, op. cit., nota 06.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Edição 1008/2021 Informativo*. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1008.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 26



se aplica às sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas próprias das empresas privadas que concorrem no mercado, visto que não é possível conciliar o regime licitatório da citada lei com a agilidade e concorrência típicas desse tipo de mercado.

Retornando à Lei nº 13.303/16³⁷, seus 97 artigos, trazem diversas disposições sobre as empresas estatais, regulando-as, quase que inteiramente, na forma do artigo 173, parágrafo 1º e seus incisos, da Constituição³⁸. O estatuto, por exemplo, apresenta normas sobre a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, a participação do capital privado na sua composição, contratos, procedimento licitatório e outras.

Um dos grandes desafios do referido diploma é compatibilizar a agilidade do mercado privado efetivando o princípio da eficiência, um dos fundamentos da administração pública brasileira, e a proteção do patrimônio público. Portanto, a lei surgiu para trazer às Estatais uma sistemática mais célere, menos burocrática e adequada as suas especificidades, já que elas atuam de modo a interferir diretamente no mercado e na economia do país, além de, em alguns casos, concorrerem com outras empresas que atuam nas mesmas atividades. A tarefa é complicada, porque mesclar normas de direito público com normas de direito privado focando, ao mesmo tempo, na proteção do patrimônio público e no resultado rápido e dinâmico que exige o mercado privado necessita de uma alta carga de sensibilidade jurídica.

Com relação à exigência de licitação, determina o artigo 28³⁹, *caput*, da lei que, os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos artigos 29 e 30⁴⁰.

No artigo 29⁴¹ a lei aborda a licitação dispensável, que é aquela em que a competição é viável, mas que fica a critério da administração a sua realização ou não. Já o artigo 30⁴² aborda a inexigibilidade de licitação, que ocorre quando a competição é inviável.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 06.

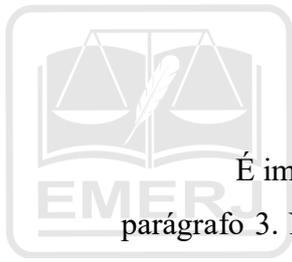
³⁸ BRASIL, op. cit., nota 01.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 06.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.



É importante esclarecer que os dois casos citados são diferentes do caso do artigo 28⁴³, parágrafo 3. Nesse ponto, a lei acerta em separar em artigos diferentes o caso de contratação direta, relacionada ao desempenho de atividade econômica, das outras duas hipóteses de contratação. Outro esclarecimento importante que se faz necessário é a aplicação, aos três artigos, da governança por meio da transparência, do *compliance*, das regras de fiscalização e do Código de Ética e Integridade.

O artigo 29⁴⁴ prevê 18 hipóteses em que é dispensável a realização de certame licitatório por empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo que, a título de exemplo, nas duas primeiras hipóteses o valor limite de cem mil reais para obras e serviços de engenharia e de cinquenta mil reais para outros serviços e compras, poderão ser alterados por meio de decisão do Conselho de Administração - órgão colegiado de caráter deliberativo com vistas a agilizar a tomada de decisões de interesse da estatal. Aqui, nota-se que o legislador, pautado na ideia de uma governança transparente, ética, proba e respeitando a especificidade de cada sociedade, aproxima o atuar da estatal da dinâmica privada.

A citada diretriz continua com o afastamento do regime licitatório notadamente no inciso XVIII do artigo 29⁴⁵, segundo o qual é dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de “bens que produzam ou comercializem”, ou seja, a compra e venda de material básico e insumos necessários à produção de bens e serviços por empresa estatal que explore atividade econômica, assim como a comercialização desses bens e serviços, não se sujeitam à regra da licitação.

Mantendo a proteção ao patrimônio público, a Lei nº 13.303/16⁴⁶ estabeleceu a regra geral da licitação às atividades contratuais das empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita a regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos. Entretanto, ressaltou no artigo 28, §3º, I⁴⁷, quando da comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, obras ou serviços especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais enunciados em seus estatutos. Assim, impõe-se, pois, a regra geral da licitação nas contratações das empresas estatais, salvo nas contratações

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 06.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.



em que for especificamente demonstrada a existência de obstáculos negociais ao desempenho de suas atividades finalísticas.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União já determinava que embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (artigo 28, § 3º, inciso I, da Lei nº 13.303/16⁴⁸), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da administração pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente. Já na vigência do estatuto, o Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 2.033/2017, manteve o entendimento acima citado, observando que mesmo com a dispensa de licitação, deve a estatal observar os princípios constitucionais, bem como realizar um processo impessoal e transparente⁴⁹.

O artigo 1º, § 2º⁵⁰, do referido diploma, estabelece que as disposições sobre licitações e contratações previstas nos Capítulos I e II do Título II se aplicam inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do inciso III, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 101/00⁵¹ (Lei de Responsabilidade Fiscal), a que explora atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou configure prestação de serviços públicos. Logo, o estatuto não distingue as estatais sujeitas segundo o tipo de atividade exercida – prestadora de serviço público ou de atividade econômica, ou suas características.

Portanto, a Lei nº 13.303/2016⁵² introduziu uma pluralidade de mecanismos jurídicos que restringem marcadamente a autonomia dos governantes e dos gestores na condução das atividades das empresas estatais⁵³, porém tal fato não afeta sua eficiência, porque a implementação de mecanismos de governança para um atuar transparente na realização da dispensa de licitação na atividade fim são necessários para uma maior proteção de seu patrimônio. Além do mais, a agilidade na concretização de tais medidas são uma realidade por conta da automação e de novas tecnologias que garantem celeridade e eficiência no atuar da Estatal, por exemplo.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 06.

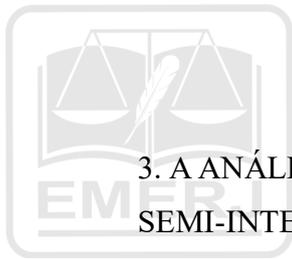
⁴⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/jurisprudencia-selecionada/%22JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-46218%22>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 06.

⁵¹BRASIL. *Lei Complementar nº 101/00*, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 06.

⁵³JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão – Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 11.



3. A ANÁLISE DOS REGIMES DE EXECUÇÃO DOS INSTITUTOS DA CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA E INTEGRADA COM ÊNFASE PARA SUA SUBSTITUIÇÃO

A Lei nº 13.303/2016⁵⁴ trouxe, a partir da seção III de seu título II, no capítulo I, normas específicas a serem seguidas no momento da contratação das obras e dos serviços. No artigo 42⁵⁵, da citada lei, encontram-se a empreitada por preço unitário, a empreitada por preço global, a contratação por tarefa, a empreitada integral, a contratação semi-integrada e a contratação integrada.

Dentre os regimes acima mencionados, um deles configura uma novidade ao ordenamento licitatório e merece destaque, é a chamada contratação semi-integrada, inspirada na modalidade de contratação integrada já existente no Regulamento de Licitações da Petrobras, item 1.9 do Decreto nº 2.745/1998⁵⁶, e no Regime Diferenciado de Contratação, Lei nº 12.462/2011⁵⁷. Deve-se ressaltar que o parágrafo 1, do artigo 42 da lei nº13.303/2016⁵⁸, estabelece que as contratações integradas e semi-integradas são regimes de execução dos contratos destinados a obras e serviços de engenharia às Empresas Estatais.

A contratação integrada torna viável o lançamento de licitações sem a realização de projeto básico, ou seja, a contratação integrada é realizada tão somente com o anteprojeto, ficando a cargo do concorrente vencedor da licitação a realização dos projetos e da execução da obra ou do serviço. Nitidamente, o legislador priorizou o princípio constitucional da eficiência permitindo ao contratado a execução do projeto básico e projeto executivo para materializar a melhor solução técnica do objeto do contrato, visto que a Administração Pública apresenta apenas o anteprojeto.

Assim, a Administração Pública se beneficia do *know how* do mercado privado na realização de obras ou serviços complexos. A contratação integrada, por meio do Regime Diferenciado de Contratação, é aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização, por exemplo, das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento, das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, entre outros.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 06.

⁵⁵Ibid.

⁵⁶BRASIL. *Decreto nº 2.745/98*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm>. Acesso em:22 fev. 2021.

⁵⁷BRASIL. *Lei nº.12.462/11*, de 04 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em:19 fev. 2021.

⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 05.



A questão que surge é que a realização de licitação sem um projeto básico faz com que os licitantes apresentem suas propostas sem possuírem as informações essenciais sobre a obra ou serviço, não sabendo, portanto, se será possível atender de forma suficiente e qualificada as necessidades de determinada contratação.

A referida afirmação é notada, porque o anteprojeto, para obras e serviços de grande complexidade científica e/ou executiva, por exemplo, se mostra tecnicamente insuficiente, por não conter elementos necessários à especificação das nuances do objeto do contrato. Com isso, do distanciamento das especificações técnicas do anteprojeto e dos projetos podem surgir graves e grandes problemas de ordem temporal, financeira, de fiscalização pelo poder contratante, de controle de qualidade e de manutenção após a sua conclusão.

Além das questões de ordem técnica, no decorrer da Operação Lava Jato, ocorreram diversos desvios com um cenário de corrupção sistêmica em relação às obras da Petrobrás. Com isso, vários ilícitos ocasionaram um superfaturamento nas obras públicas e um prejuízo bilionário⁵⁹. Logo, influenciado por conta das graves adversidades apresentadas, o legislador, ao editar a Lei nº 13.303/2016⁶⁰, inovou criando a contratação semi-integrada.

A contratação semi-integrada foi definida no inciso V, do artigo 42⁶¹, da lei das estatais. Ela determina que o contratado deve elaborar e desenvolver o projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia com montagem, testes, além de outras operações destinadas a entrega do objeto contratado. Em outras palavras, buscou o legislador passar ao contratado apenas o projeto executivo. Assim, a contratação semi-integrada é uma contratação integrada com projeto básico apresentado pelo contratante, destacando que se especificam os serviços executados por causa da difícil tarefa de mensurar seu custo diante das inúmeras tecnologias existentes no mercado⁶².

O parágrafo 4, do artigo 42⁶³, da lei em exame, determina que a contratação semi-integrada deve, no caso de obras e serviços de engenharia, ser utilizada prioritariamente⁶⁴. Essa é a regra do dispositivo.

Apesar de o citado direcionamento sugerir um possível engessamento nas referidas contratações, tal fato deve ser afastado. A justificativa encontra fundamento no próprio

⁵⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao/tcu-e-a-lava-jato.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 06.

⁶¹Ibid.

⁶²BITTENCOURT, Sidney. *A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais*. Leme (SP): JH Mizuno, 2017, p. 206.

⁶³BRASIL, op. cit., nota 06.

⁶⁴NOHARA, Irene Patrícia. *Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos*. Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em: 21 abr. 2021.



dispositivo legal que admite outras modalidades de execução, desde que seja devidamente justificada. Ademais, por conta dos óbices ocorridos com a contratação integrada, objetivou o legislador limitar o gestor das Estatais.

Nesse ponto, o legislador acertou por dois motivos. Primeiro porque o projeto básico se faz bem mais robusto tecnicamente, no que tange as nuances do projeto executivo e da execução, do que o anteprojeto. Com isso, contratante e contratado saberão detalhadamente as especificações do objeto do contrato a ser executado. Segundo porque direciona a atuação do gestor sem proibi-lo de afastar a contratação semi-integrada quando necessária, desde que devidamente justificada.

O ponto a se observar é que a simples justificativa não é suficiente para o afastamento da regra do dispositivo, porque o ato aqui apresenta requisito técnico específico que demonstre a vantajosidade – seja de ordem econômica, na ordem técnica ou temporal, à Estatal. Além disso, a publicidade do afastamento não pode ficar restrito apenas na divulgação do ato. Aqui as regras presentes no ato do mercado, se balizam no *compliance*, igualdade e transparência – pautada na clareza, acessibilidade das informações a todos os interessados. Portanto, a motivação simplória do ato administrativo não é suficiente para o afastamento da regra do dispositivo.

Além do mais, o parágrafo 1, inciso IV, do artigo 42, da Lei nº 13.303/2016⁶⁵, estabelece que a contratada poderá modificar o projeto básico quando demonstrar inovações com redução de custos, com aumento de qualidade, com redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação. A lei também direcionou as responsabilidades em eventuais contratempos que possam surgir na realização do serviço contratado. Portanto, com relação aos riscos por fatos posteriores à contratação, para a solução de eventual problema no projeto básico, o seu quantitativo será colocado como de responsabilidade do contratado na matriz de riscos, na forma do artigo 42, parágrafo 3⁶⁶, da Lei nº 13.303/2016. Logo, nota-se que houve um direcionamento legislativo no sentido de limitar os riscos ao patrimônio da Estatal com a transferência de eventual responsabilidade à contratada.

Dessa forma, conclui-se que a escolha do regime de execução nos contratos de obras e serviços de engenharia não é decisão de livre arbítrio do gestor, devendo ficar pautada no interesse público e sua modificação deve ser motivada, visto que o administrador só faz o que está permitido na lei por causa do princípio da legalidade administrativa.

⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 06.

⁶⁶Ibid.

CONCLUSÃO

As empresas públicas e sociedades de economia mista, também chamadas de Estatais, possuem um tratamento diferente daquele empregado aos órgãos públicos, visto que atuam como empresas e concorrem no mercado. A Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, chamada Lei das Estatais incorpora procedimentos previstos na Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), na Lei nº 10.520/02, instituidora da modalidade de licitação denominada pregão, e na Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, extraindo-se a essência dessas três normas.

Tal lei surgiu para trazer às Estatais uma sistemática licitatória mais flexível, menos burocrática e adequada as especificidades que as empresas estatais possuem, já que estas atuam de modo a interferir diretamente no mercado e na economia do país e em concorrência com outros ramos privados que atuam nas mesmas atividades.

A lei das estatais traz importantes inovações na interpretação jurídica das estatais, na abrangência legislativa conforme a proporção econômica da empresa, no exercício licitatório, na participação do capital privado, na sua composição, contratos, procedimento licitatório, neste último trazendo verdadeira flexibilização e redução do rigorismo formal e, principalmente, na administração das empresas públicas. O Estatuto carrega consigo normas sobre governança, *compliance*, transparência e ética na criação das empresas públicas e sociedades de economia mista – aqui é evidente a reverência à moralidade administrativa, ou seja, o referido princípio torna jurídica a exigência de uma atuação ética dos agentes das estatais. A norma, implementando a visão da hierarquia das leis administrativa-constitucional, defere a moral comum da moral administrativa por conta da força jurídica do citado princípio que, com isso, possibilita a invalidação dos atos que são realizados com a inobservância desse princípio e das correlatas formas de controle que foram trazidas.

Além disso, a participação do capital privado na sua composição, contratos e procedimento licitatório, neste último trazendo verdadeira flexibilização e redução do rigorismo formal.

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, reflete uma nova utopia ao tentar controlar de toda forma os excessivos desvios nas Estatais. Trata-se de imaginar que o direito dispõe de mecanismos de prevenção suficientemente satisfatórios para impor limites aos desvios verificados até o presente. Introduce uma pluralidade de mecanismos jurídicos que restringem



marcantemente a autonomia dos governantes e dos gestores na condução das atividades das empresas estatais. Tais mecanismos são encontrados tanto no Título I, quanto no Título II e no Título III. A limitação, apesar de não ser a melhor das hipóteses, se fez necessária por conta da importância das Estatais no cenário econômico nacional e do hibridismo jurídico que a cerca desde a ordem constitucional e legal.

Quanto às modalidades de licitação, a Lei das estatais se limita a mencionar que o pregão, modalidade instituída pela lei 10.520, deve ser a forma preferencialmente adotada pelas empresas estatais. O objetivo da referida modalidade foi acelerar todo e qualquer processo de contratação das Estatais. Assim, se prioriza o consagrado princípio constitucional da eficiência – que faz com que o bom resultado nos serviços e um melhor aproveitamento do dinheiro, sejam condutas exigíveis do administrador pela sociedade.

De acordo com a CF88, a licitação é a regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas. Somente será passível de exclusão em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais que oponham efetivo prejuízo às atividades da estatal, devidamente demonstrados, de modo a impossibilitar a licitação, seja porque materialmente inviável a competição, seja porque desta poderia resultar prejuízo ao interesse público presente nas finalidades institucionais da estatal (dispensabilidade da licitação).

A regra prévia é eliminada a partir dos empreiteiros necessários para o desempenho de negociação de empresas estatais, como aqueles relacionados ao marketing, fornecer ou implementar, diretamente, produtos, serviços ou trabalhos especificamente relacionados aos seus respectivos objetos sociais. Quando a escolha estiver associada a características particulares e ligadas a oportunidades de negócios definidas e específicas, desde que a competitividade do procedimento tenha sido demonstrada. No mesmo sentido, a compra e venda de materiais básicos e contribuições necessárias para a produção de bens e serviços pela empresa estatal que exploram a atividade econômica, bem como a comercialização desses bens e serviços, não estão sujeitos à regra da licitação.

Portanto, conclui-se que o legislador ordinário optou, por óbvias questões de abuso dos dirigentes das estatais, por priorizar algumas amarras na lei, apesar de implementar outras leves flexibilizações. A referida opção legislativa objetivou apresentar uma resposta ao mercado neoliberal que passou a duvidar da capacidade de direcionamento probó das estatais brasileiras, bem como a dar algum suporte de segurança com direção para que elas possam atravessar a difícil fase de desconfiança.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017.

ARAÚJO, José Francelino de. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo; Saraiva, 2010.

BRAGAGNOLI, Renila. A lei nº 13.303/2016 e o (velho) compliance das empresas estatais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n.5228, 24 out. 2017b. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/61227> >. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº19/98*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc/emc19 >. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração*. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2017.

_____. *Lei nº.13.303/16*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm >. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. *Lei nº12.846/13*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm >. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei nº12.846/13*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm >. Acesso em: 11 mar. 2021.

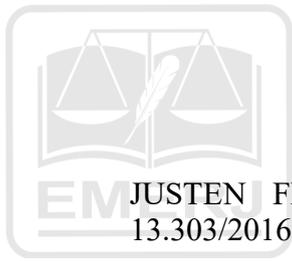
_____. *Lei nº.8.666/1993*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm >. Acesso em: 21 fev. 2021.

_____. *Decreto nº.2.745/98*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm >. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. *Lei nº.9.478/97*, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm >. Acesso em: 10 ago. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006.



JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2020.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson ReutersBrasil, 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Empresas Estatais. Lei n.º 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARBITRAGEM E A OBSERVÂNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

Amanda Teixeira Lombardi

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

Resumo - o Novo Código de Processo Civil de 2015 instituiu o chamado “sistema de precedentes judiciais” no ordenamento jurídico brasileiro. A vinculação das decisões proferidas pelos tribunais aos entendimentos pretéritos promoveu discussões acerca do seu alcance. O objetivo da presente pesquisa é avaliar a influência dos precedentes judiciais no procedimento arbitral e a existência de uma vinculação dos árbitros a observância do precedente judicial no Brasil.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Arbitragem. Precedentes judiciais.

Sumário – Introdução. 1. O desenvolvimento da arbitragem no Brasil e a consolidação de um novo método de resolução de conflitos. 2. O Código de Processo Civil de 2015: A discussão sobre a instituição (ou não) de um sistema de precedentes judiciais. 3. Precedentes judiciais na arbitragem e a possibilidade de vinculação dos árbitros. Conclusão. Referências.

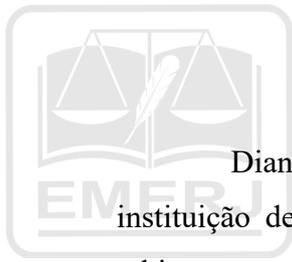
INTRODUÇÃO

A vinculação dos juízes e tribunais brasileiros aos chamados “precedentes judiciais” foi instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) que estabelece aos tribunais brasileiros o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A alteração legislativa busca assegurar não só a segurança jurídica, mas também o tratamento isonômico dos jurisdicionados e a estabilidade e integridade das decisões judiciais.

Com a ampliação do rol de precedentes vinculantes, se faz necessário analisar os efeitos jurídicos que esses precedentes judiciais - recepcionados no artigo 927 do CPC/15 - tem sobre a arbitragem - mecanismo de solução de conflitos regulamentado pela Lei nº 9.307/96. Isso porque, a criação de uma vinculação expressa dos tribunais brasileiros às decisões elencadas como “precedentes judiciais” promove o debate acerca da obrigatoriedade dessa observância também pelos tribunais arbitrais.

A arbitragem é um meio privado e extrajudicial de solução de conflitos caracterizado pela autonomia da vontade das partes que possibilita não só a escolha do julgador – que não será o juiz de direito em exercício no Poder Judiciário, mas também das regras e procedimentos a serem aplicados.

A possibilidade de escolha desse procedimento autônomo às normas aplicáveis as decisões do Poder Judiciário permite que as partes dentro de um procedimento afastem a aplicação da legislação brasileira seja ela de ordem processual ou material.



Diante desse cenário, questiona-se: é possível ao jurisdicionado que escolhe pela instituição de um procedimento arbitral em detrimento da jurisdição estatal utilizar-se da arbitragem para afastar o entendimento já consolidado dos tribunais judiciais brasileiros?

Enquanto parte da doutrina defende que a arbitragem é um sistema autônomo desvinculado no Poder Judiciário e, portanto, não há que se falar em obrigatoriedade do árbitro em observar os precedentes judiciais, a outra parte da doutrina argumenta que, em que pese o sistema de arbitragem se apoie em princípios informativos próprios, a arbitragem está inserida no ordenamento jurídico nacional e, por ser o precedente fonte de direito, o árbitro está vinculado ao seu teor.

Nota-se que o tema proposto é controverso e de extrema relevância para o Direito Processual Civil e para os demais ramos do Direito Privado, na medida em que a arbitragem é um dos meios de solução de conflitos mais utilizados atualmente e a aplicação – ou não – dos precedentes judiciais interfere diretamente nas relações jurídicas de direito material tuteladas pela arbitragem.

Afinal, é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que o procedimento arbitral não está obrigado a observar os precedentes judiciais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro?

A partir da análise das posições doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais pertinente ao tema, busca-se apresentar essa discussão acerca da existência – ou não – de vinculação obrigatória dos árbitros ao precedente judicial. Para tanto, o presente estudo utiliza-se de métodos qualitativos e fichamentos bibliográficos para contextualizar o tema, bem como adotar-se-á o modelo crítico-dialético para a partir da contraposição de ideias buscar-se uma solução final.

No primeiro capítulo, pretende-se apresentar o desenvolvimento da arbitragem no Brasil e as principais características desse método adequado de resolução de conflitos.

No segundo capítulo, é estudada a dinâmica do sistema de precedentes judiciais instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como o alcance da sua natureza vinculante.

Ao final, no capítulo três, é analisada a aplicabilidade do sistema de precedentes judiciais do Brasil e a sua inferência sobre o procedimento arbitral sob a ótica da existência – ou não – de obrigatoriedade da observância dessas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

1. O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL E A CONSOLIDAÇÃO DE UM NOVO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Historicamente, a arbitragem no Brasil foi disciplinada por diferentes legislações sem que houvesse um único instituto regulamentando o seu procedimento. Dentre esses diplomas legais, podem-se citar o Livro III, Título XVI, das Ordenações Filipinas (1603)¹, a Constituição de 1824², o Código Comercial de 1850³, o Decreto nº 737/1850⁴, a Lei nº 1.350/1866⁵, o Decreto nº 3.900/67⁶, a Constituição de 1891⁷, o Código Civil de 1916⁸ e o CPC de 1973⁹.

Não obstante a diversidade de previsões legislativas, verificou-se que os instrumentos existentes ainda eram insuficientes para o desenvolvimento da arbitragem no país, uma vez que a legislação brasileira criava inúmeros obstáculos que desestimulavam o desenvolvimento do instituto arbitral no país.

Nesse sentido, leciona Carlos Alberto Carmona¹⁰ que havia dois principais empecilhos que a legislação brasileira criava para a utilização da arbitragem. Primeiro, o legislador se abstinha quanto a existência da cláusula compromissória (o CC/16 e o CPC/1973 não estabeleciam qualquer dispositivo a esse respeito) e segundo, o diploma processual exigia a homologação pelo Poder Judicial da sentença arbitral.

A obrigatoriedade de homologação judicial da sentença arbitral implicava na submissão da arbitragem ao Poder Judiciário. Ocorre que as partes ao submeterem um conflito ao juízo arbitral buscavam justamente evitar a necessidade de interferência do Poder Judiciário à solução daquele conflito, razão pela qual impor às partes a necessidade de recorrer ao Poder

¹ ALMEIDA, Candido Mendes De. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 18 out. 2020.

² BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil* (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

³ BRASIL. *Código Comercial de 1850*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

⁴ BRASIL. *Decreto nº 737*, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁵ BRASIL. Senado Federal. *Lei nº 1350* – de 14 de setembro de 1866. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/543004/publicacao/15817410>>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁶ BRASIL. *Decreto nº 3.900*, de 26 de junho de 1867. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM3900.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁸ BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.



Judiciário para validade da decisão arbitral implicava na contradição da própria natureza do instituto.

Além disso, outro empecilho para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil residia na necessidade do denominado duplo grau de homologação. A sentença arbitral estrangeira para ser reconhecida e executada no Brasil precisava ser homologada tanto no país de origem quanto em território nacional pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, não eram todas as jurisdições estrangeiras que estabeleciam normas para homologação judicial de sentença arbitral, o que, por conseguinte, implicou na existência de diversas decisões estrangeiras que não podiam ser reconhecidas e executadas no Brasil¹¹.

Surge então, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, ao final do ano de 1991, a *Operação Arbitrer* que tinha por objetivo a elaboração do anteprojeto de lei que solucionasse as principais controvérsias da arbitragem e a assegurassem como meio adequado de solução de litígios no país. A iniciativa contou com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Comercial de São Paulo, de Universidades e de entidades classistas do comércio e indústria e de representantes de grandes escritórios¹². Os juristas Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes formaram o grupo de trabalho responsável pela elaboração do anteprojeto de lei. E coube ao ex-senador Marco Maciel a responsabilidade por apresentar o anteprojeto de lei no Senado Federal¹³.

Foram inúmeras contribuições, alterações e sugestões realizadas por diversos setores da economia e do mercado, o que demonstrou o interesse dessas entidades com a promulgação do projeto de lei. O anteprojeto privilegiava o princípio da autonomia da vontade, reforçava a natureza institucional da arbitragem, consolidava de forma conjunta os institutos da cláusula e do compromisso arbitral, equiparava a sentença arbitral à sentença judicial e terminava com os problemas referentes à necessidade de homologação da decisão arbitral¹⁴. Ao final, o Senado Federal aprovou o projeto com poucas modificações que foram introduzidas na Câmara de Deputados e o Presidente da República sancionou a Lei de Arbitragem em 23 de setembro de 1996¹⁵.

Atualmente, a arbitragem permanece regulamentada pela Lei nº 9.307/96¹⁶. A alteração legislativa representou um significativo avanço para a arbitragem no Brasil, na medida

¹¹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 31.

¹² CARMONA, op. cit., p. 9.

¹³ MUNIZ, op. cit., p. 32.

¹⁴ DIAS JR, Joel Figueira. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 42.

¹⁵ CARMONA, op. cit., p. 14.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

em que permitiu o desenvolvimento da arbitragem como meio adequado de solução de conflitos, desenvolvendo significativamente o instrumento ao regulamentar a cláusula compromissória lhe dando eficácia, bem como disciplinando o procedimento arbitral e a execução da sentença arbitral nacional e a homologação da sentença arbitral estrangeira.

Não obstante, vale lembrar que, em que pese a arbitragem seja um método de solução de conflitos antigo no país, a arbitragem apenas ganhou destaque no Brasil quando da declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/96¹⁷.

Isso porque, após a promulgação da Lei de Arbitragem¹⁸ foi arguido no Supremo Tribunal Federal (STF) a inconstitucionalidade de alguns dos seus dispositivos, sob o fundamento de violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88¹⁹, uma vez que ao equiparar a sentença arbitral à sentença judicial e, também, tornar obrigatório o uso da arbitragem quando da existência de cláusula compromissória a Lei de Arbitragem afastou definitivamente a jurisdição estatal²⁰.

Desse modo, discutiu-se no STF a constitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.307/96: art. 6º - que versa sobre a execução específica da convenção de arbitragem²¹, parágrafo único; art. 7º e parágrafos § 1º ao 7º - também relacionado à hipótese de execução específica da convenção de arbitragem²²; art. 18 – que dispõe sobre a inexistência de recurso e

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

²⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 16. Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

²²Ibid. Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

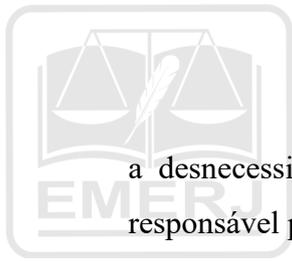
§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.



a desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário²³; art. 31 - responsável por equiparar a sentença arbitral ao pronunciamento definitivo judicial²⁴; art. 41 e art. 42 – por meio do qual altera-se a redação dos dispositivos do Código de Processo Civil²⁵.

Após inúmeras discussões sobre o tema, no ano de 2001, por 7 votas contra 4, a Lei nº 9.307/96 foi declarada constitucional pelo STF no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira Contestada do Reino da Espanha nº 5206-8/247. Os votos majoritários foram dos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Carlos Velloso²⁶.

Os fundamentos da declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem²⁷ se assentavam na conclusão de que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - quando da celebração do contrato - e a autorização legal concedida ao magistrado para que substitua a vontade da parte inconformada em firmar o compromisso não ofendem o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário²⁸.

Com a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/96²⁹ adveio também a consolidação do instituto no Brasil, que hoje é o país da América Latina com o maior número de partes envolvidas em procedimentos arbitrais³⁰. Esse desenvolvimento também pode ser atribuído às vantagens e principais características da arbitragem como a possibilidade de escolha do julgador, a celeridade do procedimento arbitral, a flexibilidade das normas procedimentais, a confidencialidade e a irrecorribilidade das decisões.

²³ Ibid. Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

²⁴ Ibid. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

²⁵ Ibid. Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

²⁶ CONJUR. *STF declara que Lei da Arbitragem é constitucional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional>. Acesso em: 18 out. 2020.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SE-AgR: 5206 EP*, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>>. Acesso em: 18 out. 2020.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 16.

³⁰ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Dispute Resolution 2019 Statistics*. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>>. Acesso em: 18 out. 2020.



Diante desse cenário, a arbitragem está se desenvolvendo cada vez mais no Brasil. Em contrapartida, quanto mais a arbitragem cresce no país mais frequentes se tornam os debates acadêmicos em torno do instituto.

2. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A DISCUSSÃO SOBRE A INSTITUIÇÃO (OU NÃO) DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

A concepção dos precedentes vinculantes (*stare decisis*) tem por origem os países do sistema da *common law*. O sistema *common law* é um sistema jurídico de origem anglo-saxão, por meio do qual os tribunais têm como principal função a pacificação dos litígios. A pacificação social poderá ocorrer à luz da lei ou de outro critério que seja considerado mais adequado à controvérsia do caso concreto³¹.

A ideia dos precedentes vinculantes parte do pressuposto de que as decisões dos tribunais proferidas nos casos anteriores poderão vincular a aplicação do direito aos casos posteriores quando verificado que os casos apresentam similares discussões jurídicas. O precedente judicial, portanto, se torna fonte de direito, sendo parâmetro para os casos futuros que serão julgados pela Corte.

Nesse sentido, Sérgio Gilberto Porto ensina que:

A proposta é, pois, de que nos países onde se segue a tradição anglo-saxônica da *commun law*, a decisão jurisdicional assuma a função não apenas de dirimir determinada controvérsia posta à apreciação do juízo, mas, além disto, também desempenhe a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que no futuro, em caso análogo, venha a ser decidido da mesma forma³².

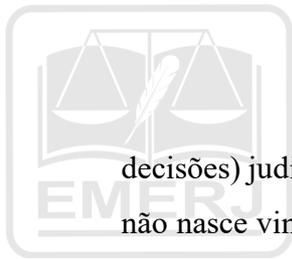
Das características do sistema da *common law* conclui-se que os precedentes não nascem com o status de precedentes, uma vez que não há a criação de enunciados que estabeleçam a vinculação do tribunal às decisões pretéritas da Corte. Na verdade, o precedente da *common law* se torna vinculante a partir da forma em que se dá a construção jurídica de determinada tese.

Para Matheus Vidal Gomes Monteiro, Thaís Freire de Vasconcellos e Allan Albuquerque Geremias³³ no *common law* o precedente se constrói a partir das interpretações (e

³¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1/3.

³² PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 29 de nov. 2020, p. 9.

³³ VASCONCELLOS, Thaís Freire de; GEMERIAS, ALLan Albuquerque; MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. O novo CPC inaugurou um ‘sistema de precedentes’ no Brasil?. In: *Direitos, minorias e inclusão social* [recurso



decisões) judiciais realizadas para determinados casos concretos. O precedente do *common law* não nasce vinculante, uma vez que sua eficácia não decorrerá do texto normativo, mas sim do próprio reconhecimento da sua vinculação pelas partes e pelos tribunais que aplicarão a sua *ratio decidendi*³⁴ nos julgamentos de casos similares posteriores.

No Brasil define-se que “a lei por si só é suficiente e plenamente aplicável, limitando qualquer interpretação do juiz no seu processo de aplicação aos casos concretos”³⁵. Nesse mesmo sentido, o art. 5º, inciso II, da CRFB/88 dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”³⁶. A partir dessas conclusões, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou o sistema da *common law*. No país vigora o modelo romano-germânico da *civil law*. Isso porque, o sistema jurídico do *civil law* – do mesmo modo que ocorre no Brasil - privilegia as fontes de direito escrito, de modo que a interpretação das discussões jurídicas realizadas pelos juízes se dão na estrita aplicação da lei³⁷.

Conforme ensinamentos de Leonardo Greco³⁸, na *civil law* que é o nosso sistema jurídico, o exercício da jurisdição é função estatal construída com o objetivo de aplicação do direito objetivo. Nesse sistema, os juízes são considerados a *boca da lei*, isso é os seus poderes se originam da lei e à lei devem estar sempre subordinados.

Apesar do sistema jurídico brasileiro ser predominantemente caracterizado pelo regime da *civil law*, isso não impediu que o ordenamento jurídico pátrio importasse alguns produtos do sistema do *common law*³⁹.

Nesse sentido, instituiu-se o chamado “sistema de precedentes judiciais” no Brasil, com a promulgação da Lei nº 13.105/15, que estabeleceu por meio dos artigos 926 e 927 do

eletrônico]. Organizado por Carlos José Pacheco; Cláudia Maria Gil Silva; Daniele do Amaral Souza; Pablo Jiménez Serrano; Úrsula Adriane Fraga Amorim. Volta Redonda: FOA, 2019, p. 241/272. Disponível em: <<http://editora.unifoa.edu.br/wp-content/uploads/2020/02/direitos-minorias-inclusao-social-ebook.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

³⁴ “A *ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a *holdins* - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rufe of law*)””. – DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 442.

³⁵ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 19.

³⁷ GALIO, Morgano Henicka. *História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas*. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

³⁸ GRECO, op. cit., p. 1.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, 2001. p. 11/22. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_11.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2021.



CPC/15 a obrigação dos tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, observando (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A introdução não é novidade. O art. 103-A da CRFB/88⁴⁰, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, já previa a possibilidade do Supremo Tribunal Federal aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Entretanto, a doutrina diverge sobre a instituição de um “sistema de precedentes” no Brasil, na medida em que o sistema de precedentes originalmente construído se inspira em um sistema jurídico com raízes distintas do sistema brasileiro.

Para Thomas da Rosa Bustamente⁴¹ o principal problema na distinção entre os precedentes nos sistemas do *civil law* é que nesses sistemas não existe o método casuístico de interpretação dos precedentes como nos sistemas de *common law*, o que ameaça às peculiaridades de cada caso e criar uma perigosa tendência à abstrativização dos casos.

Para Lenio Luiz Streck e Georges Abboud⁴² o grande problema é que não será um Código ou legislação que modificará o regime jurídico brasileiro fazendo surgir um sistema de precedentes. Essa tentativa de imposição de um sistema inspirado no *common law*, sem observar as próprias distinções entre os sistemas, parte da falsa percepção de que o *stare decisis* seria a solução para os números de conflitos sob tutela do Poder Judiciário.

A partir dessas perspectivas, é possível inferir que o NCPC trouxe mudanças à forma tradicional que o ordenamento jurídico brasileiro via a jurisprudência. No entanto, a simples previsão de que determinado tipo de decisão judicial terá eficácia vinculante não parece ser suficiente para caracterizar que no Brasil o NCPC tenha instituído um verdadeiro sistema de

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 19. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁴¹ BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativo do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR., F (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 288.

⁴² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 06 mar. 2021.



precedentes judiciais como se vislumbra na *common law*. A verdade é: o legislador brasileiro se inspirou no sistema de precedentes inglês e criou um sistema de decisões judiciais vinculantes próprio, no qual a obrigatoriedade de seguir a decisão judicial não parte da aceitação das partes ou dos tribunais, mas sim da própria imposição da lei.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS NA ARBITRAGEM E A POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DOS ÁRBITROS

O sistema jurídico da *civil law* é entendido a partir da análise de que a segurança jurídica deve estar pautada nas normas positivadas ou codificadas no ordenamento jurídico. Isso significa que a legislação codificada é extremamente relevante no momento da aplicação do direito. Por essa perspectiva, as decisões dos tribunais não teriam o mesmo relevo que em um sistema baseado no *common law*. Contudo, é possível reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro vem sendo influenciado pelo instituto, por meio do qual a mera aplicação da lei não traz mais todas as soluções possíveis, sendo necessário analisar também os entendimentos desenvolvidos pelos tribunais⁴³.

Com efeito, verifica-se que as alterações promovidas pelo CPC/15 visaram valorizar as decisões pretéritas proferidas pelos tribunais brasileiros. Entretanto, esse projeto de uniformização dos entendimentos dos tribunais trouxe à baila discussões acerca da aplicabilidade dos precedentes judiciais nos processos arbitrais. Isso porque, é possível verificar três cenários que poderão ser elencados acerca da obrigatoriedade (ou não) de observância dos precedentes judiciais pelos árbitros quando da aplicação do direito brasileiro.

Primeiramente, tem-se a hipótese de instauração de uma arbitragem a partir de uma convenção arbitral que, expressamente, estabelece a aplicabilidade dos precedentes vinculantes proferidos pela jurisdição estatal ao tribunal arbitral. Em segundo lugar, pode-se ressaltar o cenário em que a instituição de um procedimento arbitral ocorre a partir de uma convenção de arbitragem que, expressamente, afasta a aplicabilidade dos precedentes judiciais vinculantes na sentença arbitral. Por fim, reconhece-se a possibilidade de o procedimento arbitral ser instaurado a partir de cláusula compromissória que estabelece de forma genérica a aplicação das regras do direito brasileiro para solução do litígio, sem, expressamente, consignar acerca da aplicação dos precedentes judiciais⁴⁴.

⁴³ MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fóruns, 2018, p. 56.

⁴⁴ BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 164.



Nesse sentido, verifica-se que com relação aos dois primeiros cenários não há maiores discussões jurídicas, na medida em que a arbitragem é fundamentada no princípio da autonomia da vontade das partes. Pelo artigo 2º, *caput* e § 1º da Lei nº 9.307/96 as partes podem não só estabelecer que a arbitragem poderá ser de direito (com fulcro nas fontes de direito) ou de equidade (fundamentada no julgamento a partir do que seria justo e adequado para o julgador). Além disso, a Lei de Arbitragem dispõe que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem. Assim, independentemente de considerar que os precedentes judiciais vinculantes integram as regras de direito brasileiro, eles podem ser, expressamente, afastados ou vinculados ao procedimento arbitral.

Em vista disso, o presente estudo irá focar no terceiro cenário previsto, ou seja, na análise da convenção de arbitragem que não estabelece expressamente a incidência ou não dos precedentes judiciais. Desse modo, pretende-se estudar os entendimentos doutrinários sobre o tema e os principais argumentos utilizados para justificar a vinculação (ou não) dos precedentes estabelecidos nos artigos 926 e 927 do CPC/15 à arbitragem.

A principal discussão é entender se o precedente judicial enquanto fonte de direito brasileiro é obrigatoriamente vinculante a arbitragem ou se a arbitragem enquanto um sistema autônomo não exigiria essa vinculação hierárquica das decisões pretéritas do Poder Judiciário. Sob o tema, Rômulo Greff Mariani⁴⁵ afirma que os agentes envolvidos no procedimento arbitral não estão submetidos aos institutos próprios do processo estatal, motivo pelo qual os precedentes judiciais não vinculam o árbitro. A arbitragem estaria inserida em outro sistema, com princípios e regras autônomas estabelecidas na Lei de Arbitragem, de modo que o estabelecimento de uma vinculação do árbitro ao entendimento estatal afrontaria o próprio instituto arbitral, na medida em que caso se estabelecesse alguma vinculação do árbitro ao juiz estatal permitir-se-ia que por diferentes caminhos a parte insatisfeita buscasse uma decisão “melhor” perante o Poder Judiciário.

No mesmo sentido, Marcos Serra N. Fioravanti⁴⁶ defende que os árbitros não estão vinculados aos precedentes judiciais previstos nos artigos 926 e 927 do CPC/15, uma vez que o diploma legal não se aplica arbitragem, pois, em que pese a arbitragem possua natureza jurisdicional, não é possível equipará-la ao Poder Judiciário para todos os seus efeitos e, assim, aplicar indiscriminadamente as mesmas regras impostas na jurisdição estatal.

⁴⁵ MARIANI, op. cit., p. 88/89.

⁴⁶ FIORAVANTI, Marcos Serra Neto. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018, p. 158/159.



Lucas Buril de Macêdo e Maria Eduarda Almeida⁴⁷ sustentam que quando as partes convencenam que a arbitragem será de direito e optam por aplicar o ordenamento jurídico brasileiro os árbitros deverão observar os precedentes obrigatórios, sob o fundamento de que o precedente é fonte de direito. Todavia, destacam que a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais não ocorre em razão da existência de uma suposta hierarquia, mas pelo reconhecimento da força normativa do precedente.

Interessante entendimento é defendido por José Rogério Cruz e Tucci⁴⁸. O jurista argumenta que o precedente judicial se trata de subsídio para fundamentar o entendimento firmado pelo árbitro quando da aplicação da lei ao caso concreto, sustentando que o precedente judicial deverá ser abordado pelo árbitro inclusive quando não mencionado expressamente pelas partes. Contudo, isso não tornará o árbitro escravo do precedente, podendo este afastar sua incidência no caso concreto a partir das devidas motivações.

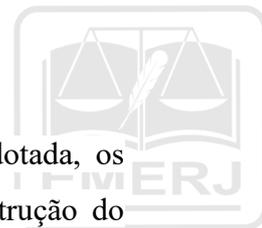
Para André Vasconcelos Roque e Fernando da Fonseca Gajardoni⁴⁹ a aplicação do direito pelo tribunal arbitral não pode se esgotar na interpretação restrita do texto legal, de modo que o árbitro deve observar os precedentes existentes sobre o conflito submetido à sua jurisdição, mas não por uma incidência subsidiária do CPC ao processo arbitral, mas sim porque a Lei de Arbitragem estabelece que a sentença arbitral deve ser fundamentada. Todavia, o árbitro pode (e deve) utilizar das técnicas de superação de precedentes (*distinguishing* e *overruling*) para afastar sua incidência quando necessário no caso concreto.

Em que pese os diferentes posicionamentos apresentados, não se pretende com o presente trabalho esgotar todos os entendimentos doutrinários presentes no país. Busca-se com a presente pesquisa apenas apresentar os argumentos mais recorrentes utilizados pelos juristas quando do estudo sobre o tema. A matéria é controvertida e dos dois lados é possível estimar fundamentos jurídicos coerentes para sustentar a aplicação ou não da vinculação dos precedentes judiciais à arbitragem.

⁴⁷ MACÊDO, Lucas Buril De; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?. *Revista de Processo*, v. 305/2020, p. 377/399. Jul/2020. Disponível em: <<https://www.academia.edu/download/64038899/MACEDO%20e%20ALMEIDA%20-%20Os%20precedentes%20obrigat%C3%B3rios%20vinculam%20o%20tribunal%20arbitral.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério e Tucci. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁴⁹ VASCONCELOS, André Vasconcelos Roque; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em: 24 mar. 2021.



De fato, o que se pode inferir é que, independentemente da posição adotada, os tribunais arbitrais não podem ignorar a fundamentação jurídica por trás da construção do precedente judicial. Desse modo, ainda que na sentença arbitral não exista vinculação, seja por inexistir submissão ao CPC/15, seja por uma hierarquização dos entendimentos empossados, o árbitro precisa se manifestar sobre aquele ponto que pode influenciar no convencimento do tribunal.

Logo, cabe ao árbitro afastar a incidência de determinado precedente por meio do uso de técnicas de distinção ou superação. Somente assim, o árbitro garantirá que as partes terão certeza de que os seus fundamentos foram considerados pelo julgador, trazendo maior garantia da validade à sentença arbitral evitando, assim, maiores discussões quanto ao cabimento de ação anulatória.

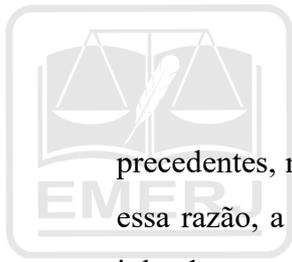
CONCLUSÃO

O CPC/15 estabeleceu um sistema de valorização das decisões pretéritas proferidas pelos tribunais brasileiros. A instituição de um chamado “sistema de precedentes” busca garantir maior segurança jurídica, coerência e isonomia nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Originalmente, o sistema de precedentes nasce a partir do sistema jurídico da *common law*, no qual o julgador busca interpretar o direito com base nas tradições e costumes e não necessariamente no texto positivado. Tal sistema se diverge do regime jurídico instituído no Brasil que foi inspirado no *civil law*, instituto que aplica o direito a partir da interpretação das normas codificadas. O estabelecimento de decisões judiciais vinculantes no Poder Judiciário flexibiliza a ideia de que o jurista deve apenas aplicar a norma escrita para julgar o conflito.

Entretanto, essa flexibilização não é suficiente para defender que o Brasil instituiu um sistema de precedentes como no sistema da *common law*. O Brasil se inspira para criar um sistema de valorização das decisões proferidas pelos tribunais, porém o faz a partir da normatização de quais entendimentos proferidos pelo Poder Judiciário serão considerados precedentes vinculantes.

Nesse sentido, surge a discussão sobre a vinculação dos precedentes judiciais ao procedimento arbitral. A arbitragem é marcada pela sua autonomia e liberdade das partes não só em contratar, mas também em eleger o julgador, estabelecer o procedimento e a lei aplicável ao litígio. Desse modo, verificou-se que não existe uma vinculação aos precedentes judiciais em razão de uma hierarquização. Entretanto, defendeu-se que, quando da análise dos



precedentes, não há como ignorar sua característica como de fonte do direito brasileiro e, por essa razão, a opção pela observância ou não dos precedentes precisa ser fundamentada pelo julgador.

Logo, sua observância não se trata de mera hierarquização, mas sim da própria força vinculante da fundamentação do precedente, que institui argumentos jurídicos que devem ser enfrentados pelo tribunal arbitral, seja para realização da distinção seja para sua superação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes De. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. *Decreto nº 3.900*, de 26 de junho de 1867. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM3900.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

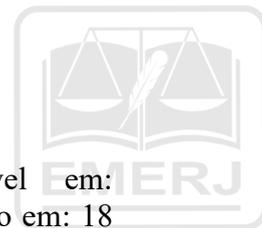
_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869imprensa.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil* (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Código Comercial de 1850*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020.



_____. *Decreto nº 737*, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *SE-AgR: 5206 EP*, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. Senado Federal. *Lei nº 1350* – de 14 de setembro de 1866. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/543004/publicacao/15817410>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativo do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR., F (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 275-294.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CONJUR. *STF declara que Lei da Arbitragem é constitucional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional>. Acesso em: 18 out. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FIORAVANTI, Marcos Serra Neto. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

GALIO, Morgano Henicka. *História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas*. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Dispute Resolution 2019 Statistics*. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>>. Acesso em: 18 out. 2020.

MACÊDO, Lucas Buril De; ALMEIDA, Maria Eduarda. *Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?*. Revista de Processo. vol. 305/2020. p. 377/399. Jul/2020. Disponível em: <<https://www.academia.edu/download/64038899/MACEDO%20e%20ALMEIDA%20-%20Os%20precedentes%20obrigat%C3%B3rios%20vinculam%20o%20tribunal%20arbitral.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fóruns, 2018.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, 2001. p. 11/22. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_11.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2021.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

TUCCI, José Rogério e Tucci. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

VASCONCELLOS, Thaís Freire de; GEMERIAS, Allan Albuquerque; MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. O novo CPC inaugurou um ‘sistema de precedentes’ no Brasil?. In: *Direitos, minorias e inclusão social* [recurso eletrônico]. Organizado por Carlos José Pacheco; Claudia Maria Gil Silva; Daniele do Amaral Souza; Pablo Jiménez Serrano; Úrsula Adriane Fraga Amorim. Volta Redonda: FOA, 2019, p. 241/272. Disponível em: <<http://editora.unifoa.edu.br/wp-content/uploads/2020/02/direitos-minorias-inclusao-social-ebook.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

VASCONCELOS, André Vasconcelos Roque; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

O PREJULGAMENTO E A INDUÇÃO DE SUSPEIÇÃO EM UM PROCESSO PENAL CADA VEZ MAIS CONECTADO ÀS REDES SOCIAIS

Ana Bárbara Cerqueira de Oliveira

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Cândido Mendes – Centro.
Advogada.

Resumo – o processo penal brasileiro não pode estar dissociado do dever de imparcialidade de todo órgão jurisdicional. As causas de suspeição são uma decorrência lógica da violação ao princípio constitucional da imparcialidade e o prejulgamento, embora não esteja descrito explicitamente entre as hipóteses de suspeição, pode assim ser concebido por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Emitir juízo sobre alguma coisa sem exame prévio constitui prejulgamento e conseqüente quebra dessa exigência constitucional. A contaminação do juiz torna-o suspeito. Difícil tarefa incumbe aos órgãos judiciais em detectar o que efetivamente constitui prejulgamento e o que se trata de mera liberdade de expressão do magistrado enquanto sujeito privado.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prejulgamento. Suspeição.

Sumário – Introdução. 1. O dever de imparcialidade do órgão jurisdicional. 2. O prejulgamento como presunção de contaminação do juízo. 3. O processo penal nas redes sociais e a delicada tarefa dos órgãos judiciais em realizar o controle dos atos privados praticados pelos magistrados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa apontar o prejulgamento como causa de suspeição do magistrado, embora não haja respaldo legal, e demonstrar como as redes sociais são um terreno fértil a quebra da imparcialidade do órgão julgador. Ademais, pretende-se possibilitar uma reflexão acerca da conduta pessoal do magistrado na vida privada face ao exercício da função judicante.

A abordagem inicial do tema perpassa por uma diferenciação necessária entre a neutralidade e a imparcialidade. São conceitos, por vezes nebulosos, mas que dependem de exata compreensão para que seja viável tratar do prejulgamento como causa de suspeição do órgão julgador. Isso porque é inerente ao ser humano não ser neutro e é um dever do magistrado ser imparcial.

Em um segundo momento busca-se delinear os motivos pelos quais o prejulgamento é uma causa de suspeição e relacionar o prejulgamento às redes sociais, de modo a comprovar a suspeição do magistrado através de versões pessoais divulgadas nas redes sociais. Quer-se demonstrar que o magistrado coloca em xeque constantemente o dever



de imparcialidade ao figurar como um internauta explanador de opiniões no ambiente virtual.

O magistrado é um ser humano e possui versões e visões de mundo, experiências pessoais e inquietações. Entretanto, a toga é incorporada àquele que a veste, sem ter dia nem horário para realizar o certo ou o errado, o justo ou o injusto. Ao escolher e ao ser escolhido ser um servo da sociedade o juiz não pode estar aberto a preconceitos, ao clamor social por reprimenda penal e aos holofotes da mídia.

O terceiro e último capítulo dessa pesquisa visa estabelecer indagações acerca da atuação do magistrado na vida privada, de modo a visualizar o que é prejulgamento e o que é opinião pessoal. A intenção é encontrar o limite de atuação, o fim da linha, o ponto final. Diante desse cenário tortuoso surgem delicadas indagações: É viável estabelecer um limite de atuação? A quem incumbe fazê-lo? Como assegurar o dever de imparcialidade do magistrado sem ferir o seu direito constitucional a liberdade de expressão?

Ao longo da pesquisa serão manejados alguns entendimentos jurisprudenciais e doutrinários com o fim de se constatar que o prejulgamento é uma causa de suspeição do magistrado. Contudo, é perceptível e compreensível a inexistência de uma solução para o vácuo acerca do limite de atuação do magistrado. Na verdade, o que há são princípios gerais e normas éticas que devem pautar a atuação do juiz e refratar a construção de prejulgamentos.

Por fim, ressalta-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, eis que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa. O objetivo é comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente e, para isso, se aborda o objeto desta pesquisa jurídica de maneira qualitativa. O pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar sua defesa.

1. O DEVER DE IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

A imparcialidade é um dos pilares de um processo penal acusatório, de um sistema processual calcado em valores eminentemente democráticos e de um ordenamento jurídico pautado na defesa de direitos e garantias individuais. A neutralidade, por seu

turno, é característica alheia ao ser humano, distante daqueles que possuem subjetividade. De acordo com Rubens Casara¹:

Neutralidade, por definição, indica ausência de valores. O homem, e o juiz não é exceção (deve-se abandonar o mito do “juiz quase divino”), é formado por valores que se agregam à personalidade durante a caminhada histórica. Há juízes reacionários e juízes progressistas, juízes racistas e sexistas e outros que respeitam a alteridade, juízes orgânicos de transformação e outros, mais comuns, que atuam, consciente ou inconscientemente, na conservação do *status quo*.

Pensar em um órgão julgador dotado de neutralidade é visualizar a robotização da prolação de decisões judiciais, é plastificar o processo penal, automatizar as condenações e as absolvições, desconsiderando-se que a ação criminosa é praticada por um ser com histórico profissional, familiar, social, econômico e moral. Percebe-se que a neutralidade jamais permearia o processo penal, pois o magistrado é um ser pensante com experiências pessoais, negativas e positivas, sentimentos e anseios por vezes desconhecidos.

Exigir a neutralidade é almejar o impossível. Por isso, o direito brasileiro resolveu adotar como representante do Estado um ser que esteja alheio as partes do processo, que figure como mero expectador da observância do devido processo constitucional. Alguém que não tome partido, que não seja protagonista, que esteja equidistante das partes. Como salienta Rubens Casara²:

Imparcialidade é sinônimo de alheabilidade; ou seja, o julgador deve estar equidistante dos interesses veiculados pelas partes e não pode retirar proveito do processo. Juiz imparcial é aquele que não tem interesse, próprio ou de pessoa que lhe seja próxima, no julgamento. Trata-se de um dos pilares da estrutura da função jurisdicional.

O magistrado não pode e não deve ter interesse na causa. Ao atuar com parcialidade é colocado em xeque o direito constitucional de cada cidadão de ser processado e julgado por um órgão jurisdicional equidistante. O cidadão tem o direito público subjetivo de acesso a um juiz imparcial e o magistrado tem o dever de conduzir o processo penal com a ciência de que a condenação ou a absolvição são consequências inevitáveis do conjunto probatório carreado aos autos. Conforme lição de José Antônio Mouraz Lopes³:

uma outra dimensão da imparcialidade começa a ser hoje absolutamente inequívoca: o juiz só é imparcial se estiver disponível a decidir somente com base

¹ CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 148.

² *Ibidem*, p. 144.

³ LOPES apud *Ibidem*, p. 145.



nas provas legitimamente carreadas para o momento da decisão sobre o seu objeto que, naquele momento e circunstâncias, deverá ser por si analisado.

Juiz imparcial é aquele capaz de formar sua livre convicção e rechaçar pressões políticas e sociais. Juiz imparcial não está despido de um histórico de vida, mas de conceitos pré-estabelecidos. Como explicita Cristiano Fragoso⁴:

Imparcialidade não significa, de modo algum, neutralidade. O juiz, assim como qualquer outro cidadão, é um ser no mundo, estando, portanto, sujeito a condicionamentos políticos, sociais, econômicos, culturais etc. Não se poderia exigir que o juiz fosse neutro; mas, precisamente pela circunstância de ser um ser no mundo, é que se pode e se deve exigir que o juiz mantenha conduta de imparcialidade.

A imparcialidade é exigência em qualquer sociedade livre, justa e igualitária, ou melhor, em qualquer sociedade embasada por ideais democráticos. Isso é corroborado pelos diversos diplomas internacionais que tratam expressamente do dever de imparcialidade do órgão julgador, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966⁶ e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁷.

Além desses diplomas estrangeiros, a própria normativa interna prevê o dever de imparcialidade. O código de processo penal elenca as hipóteses de impedimento e de suspeição do magistrado (artigos 252 a 254)⁸ e a lei orgânica da magistratura (lei

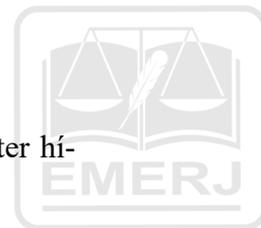
⁴ FRAGOSO, Cristiano. *Prejulgamento induz suspeição de juiz criminal*. Revista Interdisciplinar de Direito. Faculdade de Direito de Valença. v.14, n. 1, p. 239, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/259>>. Acesso em: 29. abr. 2021.

⁵ BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 07 mar. 2021. Artigo 10 “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

⁶ BRASIL. *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021. Artigo 14. 1. “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores”.

⁷ CIDH. *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021. “Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

⁸ BRASIL. *Código de Processo Penal*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021. “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:



complementar nº 35/1991)⁹ estabelece vedações aos magistrados de modo a manter hígido esse dever constitucional.

Como explicita o professor Gustavo Badaró “a palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial”¹⁰, ou seja, é impensável a parcialidade do órgão julgador por se tratar de um pressuposto para o exercício legítimo da função judicante. Segundo Aury Lopes Júnior¹¹:

a imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um estar alheio aos interesses das partes na causa [...].

Vê-se que a imparcialidade é um valor supremo que rege o processo penal brasileiro, funcionando como a rainha em um jogo de xadrez, peça indispensável sem a qual sequer subsiste o jogo como denominado. A imparcialidade é instituto central no devido processo constitucional e um Estado Democrático de Direito não prescinde de sua integral observância.

2. O PREJULGAMENTO COMO PRESUNÇÃO DE CONTAMINAÇÃO DO JUÍZO.

O Código de Processo Penal (CPP) não contemplou, expressamente, o prejulgamento como uma das hipóteses de suspeição do órgão jurisdicional. O artigo 254 do CPP¹², dentre seus incisos, não previu o prejulgamento como causa de suspeição e, diante

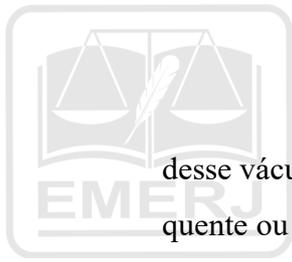
I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. Art. 253.”Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive. Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

⁹ BRASIL. *Lei complementar nº 35/1991*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acessado em: 07 mar. 2021.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014, p. 30-31.

¹¹ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

¹² BRASIL, op. cit., nota 8. “Art. 254 do CPP. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro



desse vácuo legal, indagações começaram a emergir: o silêncio legislativo teria sido eloquente ou teria advindo do mero esquecimento do Poder Legislativo? É possível estabelecer uma interpretação extensiva dessa norma processual penal? O prejulgamento seria uma vedação implícita a qualquer órgão jurisdicional?

Antes de discernir acerca dessas indagações é necessário explicitar que as causas de suspeição estão atreladas a questões subjetivas, a aspectos pessoais que envolvem o magistrado. Qualquer situação pessoal ou posicionamento na lide que indique quebra da imparcialidade é causa geradora da suspeição. As causas de suspeição estão atreladas ao *animus* subjetivo do juiz quanto às partes e geralmente são encontradas externamente ao processo.

As hipóteses de suspeição não podem ser analisadas por uma mera subsunção do caso concreto à norma processual penal. Demanda-se suficiente comprovação de que o magistrado está contaminado e imbuído de parcialidade, de que o magistrado, originária ou supervenientemente, traz consigo razões inidôneas para decretação da absolvição ou da condenação do agente e de que há certa inclinação indevida do magistrado, diante de questões pessoais, a se posicionar de modo favorável ou contrário a acusação ou a defesa.

Deve-se destacar que a violação ao dever de imparcialidade por suspeição ocasiona a nulidade absoluta do processo (artigo 564, I do CPP)¹³, dado o valor que a ordem jurídica constitucional vigente concede ao devido processo legal, ao juiz natural e aos deveres a ele inerentes. Desta forma, qualquer sujeito, parte ou terceiro, a qualquer tempo, pode arguir a suspeição do magistrado, pois a aplicação das normas de ordem pública, de caráter cogente, devem ser fiscalizadas e observadas por todo integrante do corpo social, mesmo que não possua qualquer interesse na causa.

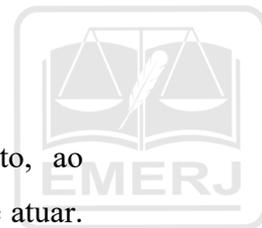
Mas o que seria, exatamente, o prejulgamento? O prejulgamento é o mero ato ou efeito de prejulgar. Prejulgar significa julgar antecipadamente, avaliar com antecipação ou considerar com antecipação, formar ou emitir juízo sobre (alguma coisa) sem exame prévio, conjecturar, presumir, supor¹⁴.

O prejulgamento pode advir de vivências pessoais, contínuas ou esporádicas, de situações que acometeram pessoas próximas a ele ou até mesmo de mera entrega

grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

¹³ Ibidem. “Art. 564 do CPP. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz”.

¹⁴ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. 5 ed. – Curitiba: Positivo, 2010, p. 1698.



psíquica ao clamor social. Independentemente da origem do prejulgamento, ao magistrado não é concedida essa forma desasiadamente subjetiva e arbitrária de atuar. Aquele que dá inequívocos sinais de que decidiu a causa é um juiz suspeito, que realizou prejulgamentos e que inevitavelmente está acometido pelo pulsante vício da parcialidade.

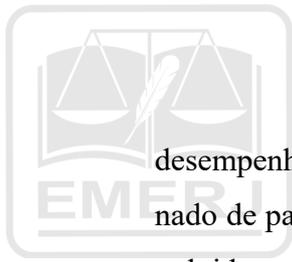
O prejulgamento torna o processo uma mera ficção, uma mera obrigação pela qual devem as partes ser submetidas a fim de que o juiz possa exercer jurisdição nos termos da lei. Ao prejulgar o magistrado fulminará o depoimento das testemunhas, o direito de manifestação do acusado, as razões finais das partes e todo um arcabouço probatório que eventualmente tenha sido manejado em sede judicial. Afinal, qual propósito terão se o juiz precipitadamente já prolatou sua decisão?

Feita uma pontual explanação do que configuraria essa quebra de imparcialidade denominada pelo Código de Processo Penal como suspeição e do que seria, em linhas claras, o prejulgamento, oportuno adentrar na análise da omissão legislativa quanto ao prejulgamento, na análise do caráter processual do dispositivo legal (artigo 254 do CPP)¹⁵ e na análise das interpretações sistemática e teleológica a fim de se solucionar as indagações acima ventiladas e que permeiam a temática. Relata-se que a pretensão é trazer à baila certas e relevantes circunstâncias jurídicas que direcionem ao motivo pelo qual o prejulgamento pode ser considerado como causa de contaminação de um órgão jurisdicional, embora não haja previsão legal expressa.

Traz-se três linhas de raciocínio. Como primeira linha de raciocínio, pontua-se que é humanamente impossível ao Poder Legislativo imaginar e compilar todas as hipóteses subjetivas de violação a imparcialidade. Inúmeras e imprevisíveis situações fáticas podem ocasionar a suspeição de um magistrado e desencadear a nulidade absoluta de um processo. Além disso, seria desarrazoado estabelecer um caráter exaustivo a um dispositivo legal que veicula normas de proteção ao princípio da imparcialidade, princípio com amparo constitucional.

O sistema acusatório, adotado pela Constituição Cidadã, cujo cerno é a dignidade da pessoa humana, delimita as três funções (acusação, defesa e julgamento)

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 8. “Art. 254 do CPP. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.



desempenhadas pelas partes processuais justamente para evitar que o processo seja inquinado de parcialidade pelo órgão julgador e que a dignidade de qualquer dos sujeitos envolvidos não seja transgredida. Embora o ordenamento jurídico brasileiro e a praxe fofrense estejam matizadas por um sistema inquisitório e primitivo, a imparcialidade continua a ser mandamental. As partes (acusador, defensor e acusado) são parciais, mas o juiz jamais poderá sê-lo.

Como segunda linha de raciocínio, destaca-se que o artigo 254 do CPP é uma norma processual e as normas processuais admitem ampliação, alargamento ou distensão. O artigo 3º do CPP¹⁶ admite, em termos expressos, o manejo da interpretação extensiva no processo penal brasileiro de forma a possibilitar ao operador do Direito estender o sentido da norma até que sua real acepção seja alcançada. A finalidade é extrair o espírito da norma e não promover o engessamento do julgador com as hipóteses trazidas exemplificativamente pelo legislador.

Cada caso concreto detém peculiaridades e não será viável, em todo momento, uma adequação exata da realidade fática as proposições trazidas pelo artigo 254 do CPP¹⁷, por isso é essencial a interpretação extensiva e até mesmo o manejo da analogia em sede processual. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes recentes destacando que “as hipóteses de suspeição previstas no art. 254 do Código de Processo Penal são de ordem subjetiva e meramente exemplificativas”¹⁸.

Como terceira e última linha de raciocínio, traz-se que um dispositivo legal não pode ser interpretado de modo desconectado do ordenamento jurídico, bem como sem avaliar os fins para os quais foi desenvolvido. Nenhuma norma é criada para operar por si

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 8 “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

¹⁷ Ibidem. “Art. 254 do CPP. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1721429/SP*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271721429%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271721429%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271721429%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271721429%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 07 mar. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1857774/RS*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271857774%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271857774%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271857774%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271857774%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acessado em: 07 mar. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1673264/PR*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

e independente das demais. O arcabouço jurídico funciona como uma teia na qual cada ponto se conecta e forma um todo inseparável.

As normas processuais penais não podem ser interpretadas em descompasso com a ordem jurídico constitucional vigente. A Constituição é o fundamento de validade de cada norma desenvolvida em solo nacional, não sendo possível que uma norma infraconstitucional, como o é o código de processo penal, lesione os postulados fixados pela Constituição, bem como dê ensejo a interpretações que a ela possam violar.

As hipóteses de suspeição, expressas ou não, devem ser analisadas com a finalidade de afastar qualquer transgressão ao dever constitucional de imparcialidade. Se qualquer ato ou conduta do magistrado tiver o condão de contaminar o processo penal, será causa de suspeição e acarretará a nulidade processual.

Oportuno mencionar, no tocante a interpretação sistemática, que o artigo 449, III do CPP¹⁹, relativo ao procedimento do Tribunal do Júri, é explícito ao vedar a participação de jurado que tenha manifestado prévia intenção de absolver ou de condenar o réu. Ou seja, vê-se que o prejulgamento já permeia o processo penal, de forma a transmitir uma só mensagem: a parcialidade contamina o julgamento e não é admitida, ainda que exarado por leigos. Se ao jurado não é dada a possibilidade de pré-julgar, não seria legítimo conceder essa possibilidade ao magistrado.

Aliado a essa vedação, o artigo 413, §1º do CPP²⁰ veda o denominado excesso de linguagem na decisão de pronúncia, isto é, nega ao magistrado qualquer tentativa de induzir os jurados ou promover juízo de valor acerca dos fatos sob *judice*. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o magistrado deve ser comedido no uso da linguagem ao proferir decisão de pronúncia, sob pena de nulidade.

Todas essas linhas de raciocínio, quando conjugadas, demonstram que o prejulgamento, embora não esculpido no artigo 254 do CPP²¹, consiste em um alerta de violação

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 8. “Art. 449. Não poderá servir o jurado que: I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior; II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado; III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado”.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 8. “Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. § 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”. Ibidem.

²¹ Ibidem. “Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver



aos postulados constitucionais. Um juiz que estabelece prejulgamentos transgride a Constituição, torna-se suspeito e ocasiona a declaração de nulidade do processo penal no qual atuou.

3. O PROCESSO PENAL NAS REDES SOCIAIS E A DELICADA TAREFA DOS ÓRGÃOS JUDICIAIS EM REALIZAR O CONTROLE DOS ATOS PRIVADOS PRATICADOS PELOS MAGISTRADOS

Com a difusão instântanea e em massa de mensagens na rede mundial de computadores, em especial nas redes sociais, o processo penal passou a fazer parte, com mais ênfase, de um palco midiático. A mitologia processual penal²² foi virtualizada, de modo que os internautas puderam trocar e divulgar informações e/ou opiniões acerca dos mais variados crimes supostamente cometidos por aqueles que estavam sob o pálio do sistema judicial.

O processo penal tornou-se visível aos olhos sociais e cada integrante do corpo social pôde manifestar, por vezes intensamente, seus anseios, lamentações ou inquietações quanto a segurança pública, a criminalidade, a marginalidade ou qualquer outro termo que a sociedade possa se referir quando o tema circunda o cometimento de infrações penais. Assim como os demais, os sujeitos processuais (órgão de acusação ou querelante, defesa e órgão julgador), inexoravelmente integrantes dessa mesma sociedade, também participam desse ambiente virtual e não haveria razão de ser para ser diferente.

O autor, o réu e o juiz são personagens processuais²³ que, assim como qualquer indivíduo, tem o direito de participar e ventilar visões pessoais em redes sociais. Não há vedações a participação em um mundo conectado. O problema se instaura quando o juiz, sujeito processual com o dever de imparcialidade, utiliza a rede social como instrumento de disseminação de informações ou visões preconceituosas, degradantes ou pejorativas e que possuem direta relação com os casos criminais que a ele são direcionados dia após dia.

Esse magistrado, de forma temerária e quiçá inconsciente, estabelece um juízo de valor sobre situações fáticas e aparentemente criminosas que são de sua competência

aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

²² CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 141.

²³ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44-45.



para processo e julgamento. É especialmente nesse cenário que se depara-se com o prejulgamento. O magistrado se contamina de tal forma, pressupondo teses com presunção absoluta de veracidade, mantendo-se inaudível as partes e tomando nítido partido que não possui a capacidade de se distanciar e de avaliar as circunstâncias com base naquilo que lhe é concedido pelas partes.

Em linhas gerais, o juiz é um servo da sociedade e atua no processo penal como sujeito incumbido de observar a imparcialidade, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de não culpabilidade, a individualização da pena, o devido processo legal. Ademais, deve atuar como um freio aos anseios advindos da sociedade. O juiz não pode e não deve ser contaminado por experiências negativas ou pelo “achamismo” de uma sociedade que clama por maior ou menor reprimenda penal. Essa prévia contaminação do juiz (carência de imparcialidade sob o vies subjetivo)²⁴ é um terreno fértil a julgamentos equivocados e porque não irracionais.

Agora, como compreender certas manifestações do magistrado como mero exercício do direito de liberdade de expressão ou como entendê-las como indesejável prejulgamento? O magistrado não deve ser alienado a todas as questões sociais, políticas e econômicas que permeiam qualquer sociedade e não deve ser privado de suas manifestações por se tratar de um indivíduo integrante do corpo social. Porém, a limitação imposta ao magistrado é alçada a um patamar diverso daquela prevista para qualquer outro indivíduo em sociedade.

A liberdade de expressão do magistrado é suscetível de maior desvalor e conseqüentemente maior controle estatal, visto se tratar de um representante do Estado em juízo e de agente que exerce função de caráter público. Toda manifestação que aparentemente seja privada, pode desaguar no exercício da função jurisdicional e matizar de parcialidade um personagem que deveria ser imparcial.

Nesse sentido, a Lei Orgânica Nacional da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979)²⁵ demonstra preocupação com a postura e a manifestação dos juízes no âmbito externo:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre

²⁴ Ibidem, p. 65.

²⁵ BRASIL. op. cit., nota 9.



despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Não se trata de tentativa de censura a liberdade de manifestação do magistrado, mas de vedar explanações pré-estabelecidas, sem qualquer cunho técnico e que digam respeito, especialmente, aos casos de sua competência. As redes sociais não podem ser manejadas como maneira de disseminar as versões do magistrado sobre as situações fáticas a ele direcionadas.

Há, todavia, uma linha tênue entre o direito a liberdade de expressão do magistrado e suas expressões aparentemente impertinentes, sob o ponto de vista da postura que deve por ele ser adotada enquanto sujeito investido de jurisdição. Não há como delimitar, com precisão, o que não pode ser alvo de manifestação e o que não pode ser alvo de postagem nas redes sociais. Essa delimitação, se passível de existência, beiraria a censura.

Nessa toada, resta ao próprio Tribunal de Justiça ao qual está vinculado o magistrado, bem como ao Conselho Nacional de Justiça²⁶ atentar-se as casuísticas, de modo a conter a deturpação do devido processo legal e a violação ao dever de imparcialidade de cada integrante de uma carreira pública que exige ética e serenidade no exercício da função.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021. “Artigo 103-B, §3º da CRFB/88. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa”.

CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa visualizou-se que o dever de imparcialidade não admite exceções, sendo imperativo na seara processual e demandando empenho do magistrado no cumprimento dessa exigência constitucional. A imparcialidade constitui dois lados de uma mesma moeda: trata-se de um direito subjetivo do indivíduo e um dever do órgão jurisdicional. O devido processo constitucional tem que ser permeado pela imparcialidade do magistrado, sob pena de nulidade.

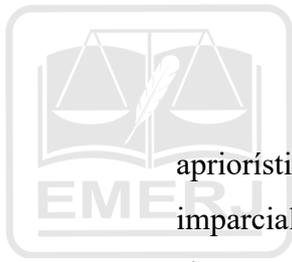
Constatou-se que a vedação a suspeição é decorrência lógica do princípio da imparcialidade e que está atrelada a questões eminentemente subjetivas, devendo-se comprovar a parcialidade do magistrado a fim de que se decrete a nulidade do processo. Três pontos cruciais foram ventilados com a intenção de demonstrar que o prejulgamento, embora não esculpido expressamente no código de processo penal, caracteriza-se como causa de suspeição.

O magistrado, ao atuar de forma suspeita, porá em xeque o dever constitucional de imparcialidade do órgão julgador e o direito constitucional da parte de ser processada e julgada por um órgão jurisdicional imparcial. Ao expor supostas opiniões pessoais nas redes sociais, atreladas a demandas que por ele são enfrentadas dia após dia, o juiz indubitavelmente contaminará o processo, fragilizará o dever de imparcialidade e violará um direito individual albergado pela Constituição.

Todavia, o limite entre o atuar do magistrado e a caracterização da suspeição em decorrência do prejulgamento é extremamente sensível, abrindo-se margem a discussões acaloradas e difíceis de serem solucionadas a olho nu. Não restam dúvidas de que o prejulgamento é causa de suspeição, mas delimitar a atuação do magistrado na vida privada depende da casuística, do bom senso e dos postulados normativos que circundam o ordenamento jurídico brasileiro.

A lei orgânica da magistratura estabelece genéricos entraves à atuação do magistrado na vida privada, porém não são suficientes ao controle da atuação *externa corporis*. O órgão jurisdicional deve atuar com seriedade, ética e compreensão do seu dever em sociedade, sendo necessário que o Estado-juiz incorpore seus deveres e não se deixe levar pelas insatisfações ou anseios próprios ou sociais.

O juiz deve atuar com base em todo lastro probatório carreado aos autos e não julgar com antecipação, disseminando comentários ou explanações contaminadas por visões pessoais e refratárias do dever de imparcialidade. Não há controle e solução



apriorísticos, mas balizas constitucionais e éticas aptas a efetivarem o dever de imparcialidade. O julgamento antecipado, a suposição e a presunção, típicos de um sistema processual penal inquisitório, não podem vingar em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. *Lei complementar nº 35/1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. *Lei Orgânica Nacional da Magistratura*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1673264/PR*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1721429/SP*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&li-vre=\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271721429%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271721429%27.suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&li-vre=(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271721429%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271721429%27.suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1857774/RS*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&li-vre=\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271857774%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271857774%27.suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&li-vre=(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271857774%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271857774%27.suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BADARÓ, Gustavo. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014.

CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIDH. *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

FRAGOSO, Cristiano. *Prejulgamento induz suspeição de juiz criminal*. Revista Interdisciplinar de Direito. Faculdade de Direito de Valença. v.14, n. 1, p. 235-246, 2017. Disponível em: < <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/259>>. Acesso em: 29. abr. 2021.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



O MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS

Ana Carolina Alves da Costa

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de o menor sob guarda ser considerado dependente para fins previdenciários, sobretudo após a reforma da previdência trazida ao ordenamento por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019. Para isso, primeiramente são abordados os diferentes tipos de guarda, e é feita a sua comparação com o instituto da tutela. Em seguida, o trabalho expõe a mudança no rol de dependentes previdenciários equiparados a filho ao longo do tempo, e versa acerca da posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela inclusão do menor sob guarda nesse rol. Por fim, defende a manutenção desse entendimento mesmo diante da nova norma.

Palavras Chave – Direito Previdenciário. Menor sob guarda. Reforma da previdência.

Sumário - Introdução. 1. Menor sob guarda X menor tutelado. 2. A exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes para fins previdenciários com o advento da EC 103/2019. 3. A Jurisprudência consolidada do STJ frente à mudança legislativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a questão do menor sob guarda enquanto dependente para fins previdenciários, tema que sempre foi alvo de discussão na doutrina e na jurisprudência, em razão da ausência de previsão expressa na lei previdenciária. Diante dessa lacuna na lei, o assunto foi repetidamente levado aos tribunais do país, com as crianças e adolescentes nessa condição buscando, por essa via, o reconhecimento do seu direito.

Nesse cenário, o Superior Tribunal de Justiça firmou tese, sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, (Tema 732), garantindo o direito à percepção de pensão por morte ao menor sob guarda.

A conclusão do Tribunal foi no sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente ostenta qualidade de lei especial, enquanto a legislação previdenciária é lei geral, de maneira que a primeira deve prevalecer em caso de conflito, e o ECA estende ao menor sob guarda todos os direitos, inclusive previdenciários.

Ocorre que, a nova redação trazida pela Emenda Constitucional 103/2019 prevê que são equiparados a filho exclusivamente o enteado e o menor tutelado, ou seja, excluindo expressamente quaisquer outras situações. Desse modo, a questão do menor sob guarda ficou novamente fadada à incerteza, mormente porque nesse caso a alteração normativa se deu por meio de emenda, deixando dúbia a persistência do argumento de que o ECA deveria prevalecer nesse novo cenário.



Nesse contexto, pretende-se, no primeiro capítulo, discorrer sobre os institutos da guarda e da tutela, analisando a condição do menor sob guarda na legislação atual, e comparando-a à do menor tutelado, sobretudo com relação aos efeitos práticos trazidos para a vida desses menores e adolescentes.

No segundo capítulo, a intenção é fazer uma abordagem histórica da situação do menor sob guarda frente às mudanças legislativas ocorridas desde a promulgação da Lei previdenciária, bem como a reação jurisprudencial à essas alterações, chegando à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse mesmo capítulo pretende-se avaliar a mudança trazida pela reforma da previdência, principalmente se ela implicaria em violação à Constituição Federal e ao ECA, que preveem proteção absoluta às crianças e aos adolescentes.

Por fim, no terceiro capítulo, o objetivo é defender que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o menor sob guarda sustenta qualidade de dependente para fins previdenciários, não está superado, mesmo diante da Emenda Constitucional 103/2019. Para isso, será feita uma análise dos fundamentos da decisão, além de um estudo acerca da hierarquia das normas, e do controle de constitucionalidade.

O método de pesquisa utilizado é bibliográfico, com coleta de dados a partir de livros, artigos e publicações em geral. Nesse sentido, para a abordagem do objeto estudado, a pesquisa é qualitativa, tudo com o objetivo de sustentar sua defesa.

1. MENOR SOB GUARDA X MENOR TUTELADO

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 227¹ da Constituição da República de 1988, segundo a qual é um dever conjunto da família, da sociedade e do Estado assegurar que a criança, o adolescente e o jovem tenham, com absoluta prioridade, os seus direitos preservados, bem como resguardá-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente² também consagra essa mesma doutrina expressamente em seus artigos 3º e 4º, e de maneira ainda mais específica que a Constituição, pois além de prever esse dever conjunto em garantir os direitos dos menores, ele ainda afirma

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

² BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.



que deve-se assegurar todas as oportunidades e facilidades para facultar o seu desenvolvimento em condições de liberdade e dignidade, que os direitos se aplicam a todas as crianças e adolescentes, sem nenhum tipo de discriminação, e também enumera os aspectos que a garantia de prioridade compreende.

O Código Civil de 2002, em consonância com a nova ordem constitucional que deu maior protagonismo a figura dos menores, abandonou a terminologia “pátrio poder”, substituindo-a pela figura do poder familiar, que na realidade não é apenas um poder, mas um poder-dever, que os pais possuem em relação aos seus filhos menores não emancipados, e que visa o interesse e a proteção desses filhos. Nas Palavras de Paulo Lôbo³, a definição de poder familiar:

A autoridade parental (“poder familiar”, segundo o Código Civil) é o exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do tempo, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária — voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos — para constituir um complexo de relações, em que ressaltam os deveres e as responsabilidades

Conforme aduz Rolf Madaleno⁴, em situação normal, os genitores exercem o Poder Familiar em sua plenitude, sendo responsáveis pelos deveres de cuidado, criação e educação dos filhos. Mesmo diante da ausência de um dos pais, havendo um dos genitores, este responderá pelos filhos, e, nessa hipótese restará configurada uma relação monoparental.

Ocorre que, há casos atípicos, em que o menor está fora do poder familiar. São casos em que ocorre extinção, suspensão ou perda deste poder, o que pode se dar por fatos naturais, como o falecimento de ambos os genitores, ou por decisão judicial na qual o magistrado determina essa situação, nos termos previstos pelo Código Civil. Nesses casos, o menor terá de ser reinserido em outro núcleo familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, prevê, em seu artigo 28, que a colocação do menor em família substituta se fará sob guarda, tutela ou adoção. A adoção, ao contrário dos outros dois casos, rompe o vínculo com a família biológica de maneira definitiva, e com ela o adotado adquire os mesmos direitos que os demais filhos, por força do princípio constitucional

³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018, [e-book].

⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

da igualdade entre filhos, trazido no bojo da Constituição da República⁶, em seu artigo 227, § 6º.

Com relação à guarda, vale ressaltar que esta se divide em dois tipos, a primeira, no âmbito do poder familiar, e a segunda, que é aquela trazida pelos artigos 33 a 35⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente, e que será objeto de estudo nesse artigo.

Leciona Flávio Tartuce⁸, que o objetivo principal da guarda, nesse caso, é regularizar a posse de fato do menor, e ela pode ser deferida de maneira liminar ou incidente nos processos de tutela ou adoção – excetuando-se o caso de adoção por estrangeiros. Por meio dela, o seu detentor fica obrigado a prestar assistência moral, educacional e material à criança ou adolescente, podendo se opor à terceiros, ainda que sejam os pais, o que acaba se traduzindo em verdadeiro poder familiar.

A guarda pode também ser deferida, em casos excepcionais, fora de processo de tutela ou adoção para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, caso em que pode ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados, conforme preceitua o ECA. Sobre essa situação, Rolf Madaleno⁹ observa:

A guarda vinculada a terceiros em muito se aproxima do conceito de família extensa ou ampliada, acrescentado ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/2009 e correspondendo àquela família que se estende para além da unidade pais e filhos e que é formada por parentes próximos, com os quais a criança convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Desse modo a criança cujos pais foram destituídos do poder familiar e, por conseguinte, da própria guarda física de sua prole, deverão ser prioritariamente, mantidos ainda em sua família consanguínea, mas em outra dimensão ou extensão, através da guarda de terceiros, como avós, irmãos tios e primos, mas que apresentem com a criança ou com o adolescente os necessários laços de afinidade e afetividade, compreendendo a família no seu sentido plural, onde o elo de importância está no sangue, mas fundamentalmente no amor.

Ressalte-se que a guarda, em regra geral, não impede a visitação dos pais, mas confere ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito.

A tutela, por fim, é deferida após a perda ou suspensão do poder familiar, e implica, necessariamente, no poder de guarda. Ela é dividida em três categorias, previstas no Código Civil.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

⁹ MADALENO, op. cit.



Primeiramente, no artigo 1.729, parágrafo único¹⁰, há a previsão da tutela testamentária, instituída por vontade dos pais, em conjunto, por meio de testamento ou outro documento autêntico, e sendo necessário que os pais detenham o poder familiar no momento do óbito.

A segunda hipótese é de tutela legítima, que é aquela trazida pelo artigo 1.731¹¹, cabendo aos parentes consanguíneos do menor, com preferência dos ascendentes sobre os colaterais, e sempre partindo daqueles de grau mais próximo para os mais distantes.

O artigo 1.732¹², por sua vez, traz o instituto da tutela dativa, caso em que o juiz nomeia tutor idôneo e residente no município do menor, diante da ausência de tutor testamentário ou legítimo, da exclusão ou escusa desses, ou ainda quando removidos por inidoneidade.

A tutela é instrumento por meio do qual é outorgada a representação, o governo e a assistência dos menores, diante da falta de seus pais, com finalidade na proteção e representação legal e oficial dessas crianças e adolescentes, bem como de seu patrimônio, e representa a substituição do poder familiar, conforme traduz Rolf Madaleno¹³.

Estudando os dois institutos, pode-se perceber que, ainda que cada um tenha as suas particularidades, as consequências práticas de ambos na realidade dos envolvidos é muito semelhante.

Mesmo diante dessa similitude prática dos efeitos trazidos pelos institutos da guarda e da tutela, sobretudo na vida dos menores por eles abarcados, a legislação previdenciária insiste em dar tratamento diferenciado aos dois casos, considerando como dependente somente o menor tutelado, e excluindo da sua proteção o menor sob guarda. Essa diferenciação representa verdadeira afronta à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme será exposto ao longo deste artigo.

2. A EXCLUSÃO DO MENOR SOB GUARDA DO ROL DE DEPENDENTES PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS COM O ADVENTO DA EC 103/2019

A Emenda Constitucional nº 103¹⁴, de 12 de novembro de 2019, consubstancia a reforma da previdência e, dentre as muitas mudanças trazidas por esse texto normativo, a mais relevante delas para o estudo do tema ora abordado está no artigo 23, parágrafo sexto, que prevê

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ MADALENO, op. cit.

¹⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 103*, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

que “equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”.

A questão do rol de dependentes para fins previdenciários é controversa, e já passou por diversas alterações normativas. Na redação original do artigo 16, parágrafo segundo¹⁵, da Lei nº 8.213/91 o menor sob guarda - assim como o enteado e o menor sob tutela - era expressamente reconhecido como dependente, equiparado a filho, desde que mediante declaração do segurado, e que a guarda tivesse sido estabelecida por decisão judicial.

Essa situação se manteve estável até a promulgação da Lei nº 9.528/97¹⁶. Com o advento dessa lei, que alterou o artigo 16, parágrafo segundo¹⁷ da Lei nº 8.213/91, o menor sob guarda foi retirado do rol expresso de dependentes previdenciários equiparados a filho, que passou a se restringir ao menor tutelado e ao enteado, desde que comprovada a dependência econômica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸, por outro lado, prevê, em seu artigo 33, parágrafo terceiro, que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”. Essa é mais uma demonstração do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, que são dois princípios basilares do Estatuto, indo ao encontro do previsto na Constituição da República¹⁹, sobretudo em seu artigo 227.

Sobre essa necessidade de proteção especial das crianças e adolescentes, Rolf Madaleno²⁰ observa:

Dotados de direitos especiais, têm as crianças e adolescentes, por sua exposição e fragilidade, prioridade em sua proteção, como fato natural dessa etapa de suas vidas, quer fiquem expostas por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por abuso dos pais ou responsáveis. Crianças e adolescentes são destinatários do princípio dos melhores interesses, conceito jurídico indubitavelmente indeterminado, mas que sempre haverá de prevalecer em favor do infante quando em confronto com outros valores, pois sempre será necessário assegurar o pleno e integral desenvolvimento físico e mental desse adulto do futuro, sujeito de direitos.

Desse modo, apesar da alteração normativa supracitada, a questão continuou a ser debatida, com menores em situação de guarda provocando o Poder Judiciário a fim de obter o reconhecimento da situação de dependência e conseqüentemente a percepção de benefício

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

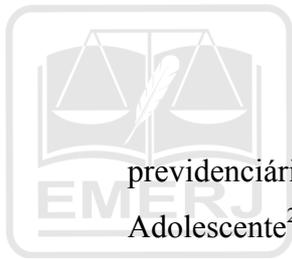
¹⁶ BRASIL. *Lei nº 9.528*, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm#art2>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ MADALENO, op. cit.



previdenciário instituído por seus guardiões, se baseando no Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ e na Constituição da República²².

Ao longo do tempo a Jurisprudência se tornou pacífica no sentido de reconhecer esse direito. A Turma Nacional de Uniformização julgou o tema em mais de uma ocasião, reconhecendo a possibilidade de concessão de pensão por morte ao menor sob guarda, mesmo nos casos em que o óbito do segurado tenha ocorrido na vigência da Lei nº. 9.528/1997²³, sob o argumento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente deve prevalecer²⁴, como ilustra a seguinte ementa²⁵:

Pedido de uniformização de jurisprudência formulado pela autora. Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda. Dependente para fins previdenciários. Prevalência do ECA. Óbito do segurado ocorrido sob a vigência da lei nº 9.528/97. Art. 33, parágrafo 3º, do estatuto da criança e do adolescente. Conflito aparente de normas. Incompatibilidade material do art. 16, parágrafo 2º, da lei 8213/91, com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Art. 227, parágrafo 3º, da constituição federal. Possibilidade de concessão do benefício. Questão de ordem nº 20 da TNU. Incidente conhecido e parcialmente provido.

No mesmo sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, que julgou a questão utilizando a sistemática de recursos repetitivos, sob o Tema 732, ocasião em que firmou a seguinte tese²⁶:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

A matéria é ainda objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5083, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona a alteração trazida pela Lei nº 9.528/1997²⁷ ao artigo 16, parágrafo segundo, da Lei nº 8.213/1991²⁸, sob o argumento de que

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

²³ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁵ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF 5005069-90.2012.4.04.7102*. Relator Juiz Federal Daniel Machado da Rocha. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 25/04/2021.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1411258/RS*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1411258>. Acesso em: 25 abr.2021.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.



ela estaria tratando de modo desigual filhos, enteados e menores tutelados em comparação ao menor sob guarda, quando todos estariam na mesma situação de dependência econômica.

A OAB alega que essa distinção violaria diversos princípios constitucionais, mormente o da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da proteção integral da criança e do adolescente. A ação segue pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

O advento da EC 103/2019²⁹, representa uma ameaça para este cenário, até então estável, de jurisprudência consolidada pela possibilidade de reconhecimento do menor sob guarda como dependente previdenciário. Isso porque, a legislação previdenciária anterior apenas omitiu a figura desse menor do artigo 16, parágrafo segundo, da Lei nº 8.213/1991³⁰, enquanto o artigo 23, parágrafo sexto da EC 103/2019³¹ dispõe expressamente que a equiparação de filho deve se dar exclusivamente ao menor tutelado e ao enteado.

Nota-se que houve uma preocupação do legislador em evitar o surgimento de quaisquer questionamentos acerca da possibilidade de extensão dessa equiparação para outros grupos - como o do menor sob guarda - bem como de suprimir a margem para interpretação jurisprudencial, à exemplo do que ocorreu previamente.

Outro ponto relevante é que a alteração legislativa dessa vez se deu por Emenda Constitucional, e não por lei ordinária, o que influencia diretamente na hierarquia entre as normas. Um dos principais argumentos para a manutenção do menor sob guarda no rol de dependentes seria justamente a afronta ao ECA, porém, em se tratando de Emenda Constitucional, não haveria mais como sustentar esse argumento, tendo em vista o status superior da última.

De outra sorte, o ECA em muitas ocasiões espelha previsões constitucionais, o que reacende a discussão, fazendo com que não haja, por enquanto, consenso formado.

3. A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ FRENTE À MUDANÇA LEGISLATIVA.

O poder constituinte é dividido pela doutrina em poder constituinte originário, e poder constituinte derivado. Sobre o poder constituinte originário, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco³²:

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 14.

³¹ Ibid.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 101.

A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário. Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, que a precede. Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.

A Constituição da República de 1988 é resultado de exercício do poder constituinte originário. Com a sua promulgação, houve um rompimento com a ordem constitucional anterior e uma modificação da estrutura constitucional do Estado em seus aspectos basilares.

O poder constituinte derivado, por sua vez, se subdivide em reformador e decorrente, e o poder constituinte derivado reformador é exercido por meio de emendas à constituição. Sobre o tema, nas palavras de Alexandre de Moraes³³:

O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil, pelo Congresso Nacional.

Considerando esse cenário, a emenda constitucional deve estar em consonância com o texto constitucional. O poder constituinte derivado, ao contrário do originário, não é ilimitado, ele tem a função de adaptar a Constituição a novos contextos sociais e políticos, sem, contudo, dissociar-se da sua base, precipuamente no que diz respeito às cláusulas pétreas.

Desse modo, para além dos requisitos previstos no artigo 60 da Constituição da República³⁴, a emenda constitucional deve ainda respeitar requisitos materiais, sob risco de ser objeto de controle de constitucionalidade, e, se for o caso, ter a sua inconstitucionalidade declarada. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade do poder reformador, leciona o Ministro Luis Roberto Barroso³⁵:

Encontrando fundamento na Constituição e sendo por ela disciplinado, o poder reformador é, na verdade, uma competência juridicamente vinculada. Como consequência, afigura-se natural e lógico que esteja sujeito aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. No direito brasileiro, tal possibilidade é mais do que puramente teórica: o Supremo Tribunal Federal já admitiu inúmeras ações diretas

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, [e-book].

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2015, [e-book].

de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, tendo acolhido diversas delas.

A Emenda Constitucional nº 103/2019³⁶, na tentativa de suprimir o direito do menor sob guarda à percepção de pensão por morte, tratou crianças e adolescente em situação igual como desiguais. Apesar das diferenças jurídicas entre o instituto da tutela e o instituto da guarda, na prática ambos se confundem.

Fato é que a situação de dependência do menor está presente nos dois casos, seja com relação aos tutores ou aos guardiões, e o ordenamento deveria priorizar o bem-estar desses cidadãos.

O princípio da isonomia e a ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente são diretrizes constitucionais, que estão sendo frontalmente contrariadas pelo conteúdo da emenda em questão, nesse ponto.

Além disso, o artigo 227 da Constituição da República³⁷, prevê expressamente que o menor deve ter direito a proteção especial e que esse é um dever que cabe também ao Estado, além da família e da sociedade. O parágrafo 3º, II, do mesmo artigo, inclui os direitos previdenciários e trabalhistas nessa proteção ao menor, enquanto o parágrafo 3º, VI, reconhece a vulnerabilidade do menor órfão ou abandonado, com estímulo do Poder Público ao seu acolhimento, sob a forma de guarda.

Desse modo, percebe-se que há um incentivo do legislador ao instituto da guarda enquanto forma de acolhimento, o que vai de encontro a essa distinção legislativa, que se mostra extremamente prejudicial aos menores nessa condição.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a alteração do art. 16, § 2º da Lei nº 8.213/91³⁸, pela Lei nº 9.528/97³⁹, no julgamento do Tema 732, concluiu que ela implicaria em um retrocesso normativo, indo contra o comando explícito e, sobretudo, o espírito da norma constitucional. Afirmou ainda que os direitos fundamentais são de inquestionável pertinência, e que os dispositivos definidores desses direitos devem ser interpretados de forma a garantir a sua plena eficácia.

No fundamento da decisão, que reconheceu o direito, o Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁴⁰, afirmou ainda:

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 25.



A alteração de uma norma concessiva ou ampliativa de direito fundamental previsto na CF atentam contra a proibição de retrocesso, princípio constitucional implícito que se destina justamente para os casos em que o direito fundamental exija a edição de normas para a consecução do seu fim, visando evitar que o legislador ordinário suprima arbitrariamente a disciplina infraconstitucional concretizadora de um direito fundamental social, sem criar alternativas que conduzam ao objetivo social.

Em suma, a conclusão da decisão foi pela preponderância do ECA sobre a Lei Geral da Previdência Social, sob o argumento de que a primeira é norma especial, que estende os direitos de esfera previdenciária ao menor sob guarda, enquanto a última é norma geral, e apenas silente nesse mérito.

Apesar desse ser o ponto central da tese definida, as razões que motivaram a decisão não se restringem a isso, de maneira que não se pode ignorar todo o restante da fundamentação.

Conforme foi amplamente demonstrado ao longo do artigo, o ECA está em perfeita harmonia com a previsão constitucional e com a ideologia do sistema jurídico, que prioriza as crianças e os adolescentes. Não se trata pura e simplesmente de uma previsão qualquer contida em lei especial, mas sim de uma situação em que o conteúdo constitucional está espelhado nessa norma.

Diante disso, ainda que a alteração tenha se dado por emenda constitucional, o que faz com que a previsão ostente *status* normativo superior ao ECA, o entendimento do STJ não está automaticamente invalidado. Os demais fundamentos que embasaram a decisão se mantêm inalterados, e são, por si só, aptos a garantir que o menor sob guarda tenha o seu direito de dependente previdenciário reconhecido.

CONCLUSÃO

A pesquisa constatou que mesmo com o advento da reforma da previdência, trazida ao ordenamento por meio da Emenda Constitucional nº 103/19, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de estender a equiparação a filho ao menor sob guarda para fins de reconhecimento enquanto dependente previdenciário tende a se manter válido.

Desde a promulgação da Lei nº 8.213/91 o rol dos considerados dependentes para percepção de pensão por morte já passou por algumas alterações. O texto original previa expressamente a inclusão do menor sob guarda nessa condição, na qualidade de equiparação ao filho, mas com a publicação da Lei nº 8.213/91, ele foi retirado desse rol, que passou a se restringir ao menor tutelado e ao enteado.



Com isso, a questão passou a ser constantemente judicializada, ou seja, as pessoas que se encontram nessa situação passaram cada vez mais a recorrer ao Poder Judiciário, a fim de obter o reconhecimento dos seus direitos. O argumento central utilizado nesses casos, era no sentido de que a exclusão do menor sob guarda iria de encontro ao Estatuto da criança e do adolescente, que prevê que a guarda confere ao menor todos os direitos, inclusive previdenciários.

A jurisprudência aos poucos foi se tornando pacífica, e se posicionando no sentido de reconhecer o direito dos menores nessa condição.

Nesse ponto, merece destaque o julgamento do Tema 732 pelo Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos, em que ficou definida tese reconhecendo os direitos do menor sob guarda na esfera previdenciária, desde que comprovada a dependência econômica e mesmo que o óbito do instituidor tenha ocorrido posteriormente à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97.

Essa importante decisão do STJ pôs fim à polêmica por um tempo, mesmo com Recurso Extraordinário ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, visto que os tribunais locais passaram a seguir a orientação do Tribunal Superior.

Ocorre que a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019 acabou reacendendo a discussão. Isso porque ela prevê que, para percepção de pensão por morte, equiparam-se a filho exclusivamente o menor tutelado e o enteado, ou seja, ela traz de maneira expressa a proibição de ampliação deste rol.

Como a EC ostenta status de norma constitucional, ela deveria, em tese, se sobrepor ao ECA, mesmo este sendo lei especial, de modo que a proibição de extensão do rol de beneficiários de pensão por morte, e a conseqüente exclusão do menor sob guarda deste rol, prevaleceriam, tornando assim sem efeito a prévia decisão do STJ em sentido contrário, visto que pautada em legislação de status inferior.

Analisando mais a fundo os fundamentos da sobredita decisão, porém, pode-se perceber que, apesar de pautada no ECA, ela encontra respaldo na Constituição da República. Muitos dos dispositivos do estatuto reproduzem princípios constitucionais, tanto implícitos quanto expressos, e, ainda que se tenha concluído que o ECA deveria se sobrepor à lei geral da previdência, não se pode ignorar todo o embasamento sobre o qual se construiu essa tese.

Não se trata pura e simplesmente da hierarquia entre as normas, mas sim de preceitos que norteiam todo o ordenamento jurídico, e encontram a sua maior base na Constituição, ou seja, no poder constituinte originário. Dessa maneira, mesmo se pautando na questão do status



normativo, não haveria motivo para considerar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça esteja superada.

A emenda constitucional, por representar espécie de exercício do poder constituinte reformador, não pode estar em dissonância com o texto constitucional, cabendo, nessa hipótese, até mesmo o exercício de controle de constitucionalidade.

Por esse motivo, nesse artigo defende-se a posição de que a edição da EC 103/2019 não importa em superação do entendimento do STJ, e, conseqüentemente, que os menores sob guarda devem continuar a ser considerados como dependentes para fins previdenciários, mesmo nos dias atuais, independentemente da data em que ocorreu o óbito do instituidor do benefício.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Curso de *direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2015, [e-book].

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. *Emenda Constitucional nº 103*, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei nº 9.528*, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm#art2>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF 5005069-90.2012.4.04.7102*. Relator Juiz Federal Daniel Machado da Rocha. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1411258/RS*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1411258>. Acesso em: 25 abr. 2021.



LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018, [e-book].

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, [e-book].

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, [e-book].

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 14. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].



OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES E MENINAS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Ana Carolina Graça Franco

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – os direitos sexuais e reprodutivos são direitos humanos que vêm, de forma sistemática, sendo desrespeitados pelo Estado brasileiro. Tal inobservância intensificou-se com a chegada da pandemia de Covid-19 no país. Cada vez mais se percebe a necessidade da implementação de políticas públicas para a promoção e manutenção de tais direitos, pois o descaso quanto ao tema custa a saúde e até mesmo a vida de milhares de mulheres. A essência do trabalho é apresentar e contextualizar a violência que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas sofrem no país, verificar a possibilidade de responsabilização do Estado pela inobservância desses e defender a necessidade da promoção dos direitos sexuais e reprodutivos e da justiça reprodutiva no Brasil em todos os tempos.

Palavras-chave – Direitos Sexuais e Reprodutivos. Justiça Reprodutiva. Mulheres e meninas. Covid-19.

Sumário – Introdução. 1. A violação sistemática dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher durante a pandemia de Covid – 19 no Brasil 2. A omissão estatal brasileira em relação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a possibilidade de responsabilização 3. A necessidade da promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher em todos os tempos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a situação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas brasileiras durante o período de pandemia de Covid-19. Dentre as tantas situações de vulnerabilidades que vêm sendo ainda mais evidenciadas em função da crise sanitária que se enfrenta, destaca-se a inobservância a tais direitos femininos. Procura-se demonstrar que a promoção e a manutenção dos direitos sexuais e reprodutivos, que possuem fundamento constitucional e convencional, se faz necessária em todos os tempos, não somente durante momentos de crise, tal como o que se vive.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias, documentos internacionais de direitos humanos, a legislação pátria, bem como pesquisas e dados relevantes quanto ao tema.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a existência de uma violação sistemática, inconstitucional e inconveniente dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas no Brasil e como ela ocorre.



Uma vez apresentada tal problemática, no segundo capítulo discute-se a possibilidade de responsabilização por parte do Presidente e do Estado brasileiro pela omissão e o descaso quanto à promoção e manutenção dos direitos sexuais e reprodutivos e da justiça reprodutiva das mulheres e meninas.

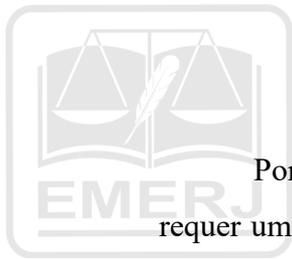
O terceiro capítulo versa sobre a necessidade da observância aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher por meio da implementação de políticas públicas em todos os tempos. Procura-se demonstrar como é indispensável o devido cumprimento de tais direitos para a vida digna das mulheres e meninas brasileiras e para a manutenção de um efetivo Estado Democrático de Direito.

A pesquisa elaborada para a produção do trabalho se dá pelo método hipotético-dedutivo, pois a pesquisadora elege um conjunto de proposições hipotéticas objetivando comprová-las ou rejeitá-las por meio da apresentação de argumentos. A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, já que a pesquisadora se vale da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar sua tese.

1. A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Os direitos humanos são conquistados ao longo dos tempos por meio de muitas lutas sociais. Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas são compreendidos como direitos humanos e hoje estão previstos em diversos tratados internacionais como resultado de um custoso processo histórico marcado, principalmente, pela luta dos movimentos feministas. Além disso, os direitos relacionados à saúde sexual e reprodutiva da mulher também são classificados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio e têm como fundamento o superprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Quanto à classificação dos direitos sexuais e reprodutivos nas dimensões de direitos humanos, pode-se dizer que estes se encaixam ora na primeira, ora na segunda dimensão. Isso porque, no que se refere aos direitos sexuais, há a predominância do direito à liberdade e da autodeterminação, requerendo uma atuação negativa por parte do Estado. Como exemplos desses, pode-se citar: o poder de decisão sobre o próprio corpo, de decisão quanto ao planejamento de vida, do livre exercício da sexualidade, do direito de ter relação sexual independente de reprodução, do direito de viver plenamente a sexualidade, sem medo, vergonha, culpa ou falsas crenças, etc.



Por outro lado, em relação aos direitos reprodutivos, a demanda é oposta, porque requer uma atuação estatal positiva a fim de que se implementem políticas públicas aptas à promoção e manutenção destes. Como exemplo de tais direitos, pode-se citar o direito à saúde, direito à informação, meios, métodos e técnicas para a contracepção, direito ao sexo seguro para prevenção de gravidez indesejada e de doenças sexualmente transmissíveis, etc.

As primeiras previsões acerca dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas no Brasil eram relacionadas, necessariamente, à família ou ao Direito Penal, deixando evidente um entendimento de que a sexualidade feminina se relacionava, de forma obrigatória, à reprodução ou a um comportamento ilícito quando exercida de forma livre. Tal fato é reflexo de um modelo patriarcal e sexista de sociedade e, por consequência, do Direito, que resulta em um histórico de controle dos corpos femininos e de repressão do exercício de sua sexualidade.

Observa-se, ainda, que os direitos reprodutivos no país eram comumente analisados na seara demográfica, ora incentivando o crescimento populacional, ora visando o controle de natalidade. Tais medidas foram adotadas sem se preocupar com o bem-estar feminino. Quanto ao tema, afirma Pegorer¹:

Assim como os direitos reprodutivos, os direitos sexuais só puderam ser plenamente entendidos e distinguidos dos primeiros na medida em que se passou a compreender a possibilidade de manter relações sexuais sem reprodução (utilizando-se métodos contraceptivos) e de se reproduzir sem a necessidade da relação sexual (por via das técnicas de reprodução assistida).

No Brasil, o processo de redemocratização foi marcado pela atuação do movimento feminista e, principalmente, do “Lobby do Batom”, responsável pela elaboração da “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”, documento que versava sobre diversas reivindicações femininas e que teve influência direta na positivação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas no ordenamento jurídico pátrio. Ressalte-se que somente com a chegada da CRFB/88 a mulher brasileira passou a receber um reconhecimento igualitário em diferentes áreas do Direito, passando a ser considerada, de forma incontroversa, sujeito de plenos direitos.

Outros marcos da experiência normativa brasileira no tocante às conquistas relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas são: o Código Penal²

¹PEGORER, Mayara Alice Souza. *Os Direitos Sexuais e Reprodutivos da Mulher: Das políticas públicas de gênero à diferença múltipla*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.27.

²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto Lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 12 abr. 2017.



que possui previsão referente ao aborto legal e que criminaliza condutas atentadoras à liberdade sexual, a Consolidação das Leis do Trabalho³, que positiva proteção à maternidade na esfera trabalhista; o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴, que dentre outras matérias positiva normas sobre educação sexual; a Lei Federal nº 9.263 de 1949⁵, que versa sobre planejamento familiar; o Código Civil⁶, que trata sobre direito de família; e a Lei Maria da Penha que aborda a temática da violência doméstica.

Quanto à violação sistemática dos direitos humanos da mulher brasileira, afirma Piovesan⁷:

A realidade brasileira revela um grave padrão de desrespeito aos mais elementares direitos humanos de que são titulares as mulheres, mais da metade da população nacional. Destacam-se, no quadro das graves violações aos direitos humanos das mulheres: a) a violência contra a mulher; b) a discriminação contra as mulheres; e c) a violação aos direitos sexuais e reprodutivos.

A partir do ano de 2018, com a eleição de Jair Bolsonaro para o cargo de Presidente da República, a extrema direita e o fundamentalismo religioso avançaram expressivamente no território nacional, refletindo a tendência de um padrão conservador da política atual em níveis globais. Tal fato configura um verdadeiro retrocesso em relação às lutas pelos direitos humanos no país. Como exemplo do que se afirma, pode-se citar a nomeação de Damares Alves, pastora evangélica, para o cargo de ministra da Mulher, Família e dos Direitos Humanos que, de forma aberta, se posiciona contra a implementação de políticas públicas benéficas à saúde sexual de mulheres e meninas, tal como a legalização e institucionalização do aborto livre, bem como da educação sexual nas escolas.

Com a chegada da pandemia de Covid-19 no início de 2020, instaurou-se uma crise de proporções mundiais. A circulação do vírus no Brasil aprofundou a pobreza, agravando os quadros de desigualdades sociais e evidenciando ainda mais algumas vulnerabilidades. Nesse sentido, pode-se dizer que a violência sistemática aos direitos sexuais e reprodutivos e à justiça reprodutiva⁸ das mulheres intensificou-se neste período.

³BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 abr.2021.

⁴BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 12 abr.2021

⁵BRASIL. *Lei nº 9263*, de 12 de Janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm> Acesso em: 12 abr.2021.

⁶BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm> Acesso em: 12 abr. 2021.

⁷PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

⁸O conceito “justiça reprodutiva” foi desenvolvido por feministas negras estadunidenses na década de 90 e alia as lutas por direitos reprodutivos e por justiça social, como forma de reparação histórica.



Um estudo publicado pela revista médica *International Journal of Gynecology and Obstetrics*⁹, revelou que o Brasil se tornou o país com o maior índice de mortalidade materna em função do novo coronavírus, sendo responsável por 77% das mortes mundiais desse grupo. De acordo com a pesquisa, tal porcentagem significa um número 3,4 vezes superior ao total de mortes maternas relacionadas ao tema e relatadas em todo o mundo.

Quanto aos índices de mortalidade materna apontados, deve-se atentar para a interseção de gênero, raça e classe social. O trabalho *Disproportionate impact of Covid-19 among pregnant and postpartum Black Women in Brazil through structural racism lens*¹⁰ da *Oxford Academic*, elaborado com base em dados divulgados pelo Ministério da Saúde do Brasil, demonstrou que as mulheres negras, grávidas e puérperas, sofrem um verdadeiro impacto desproporcional em função dos desdobramentos das infecções pelo novo coronavírus, já que a taxa de mortalidade do grupo mais do que dobra em relação às mulheres brancas em iguais condições clínicas. Sendo assim, pode-se concluir que a omissão estatal quanto ao tema impacta ainda mais a justiça reprodutiva das mulheres negras do que a inobservância aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres brancas no país.

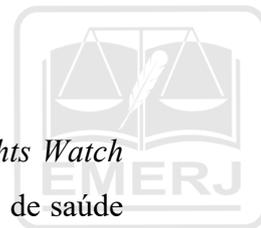
Em meio à situação alarmante da saúde no país e na contramão do que se espera por parte de um Estado Democrático, o governo Bolsonaro determinou a retirada da Nota Técnica nº 016/2020 do site do Ministério da Saúde¹¹. A Nota em questão versava sobre a continuidade dos serviços de assistência aos casos de violência sexual e de aborto legal, bem como do fortalecimento das ações de planejamento sexual e reprodutivo no país dentro do contexto da pandemia de Covid-19. Tal manobra configura um retrocesso no âmbito da saúde pública brasileira, especialmente quanto à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher.

O Ministério da Saúde publicou outras duas Notas Técnicas que versam sobre a saúde da mulher em tempos de pandemia (07/2020 e 09/2020), mas essas restringem-se a traçar diretrizes para assuntos relacionados à gestação, ignorando muitos outros pontos de relevância para a manutenção da saúde integral feminina. O episódio acima narrado chamou a atenção

⁹TAKEMOTO, Maira L.S. *The Tragedy of COVID-19 in Brazil: 124 maternal deaths and counting*. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*. Disponível em: <<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/fu11/10.1002/ijgo.13300>> Acesso em: 08 out. 2020.

¹⁰SANTOS, Debora de Souza, et tal. *Disproportionate impact of COVID-19 among pregnant and postpartum Black Women in Brazil through structural racism lens*. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/42509>>. Acesso em: 07 out. 2020

¹¹CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *NOTA: CNS repudia retirada de documento técnico sobre saúde sexual e reprodutiva das mulheres durante a pandemia*, do site do Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1223-nota-cns-repudia-retirada-de-documento-tecnico-sobre-saude-sexual-e-reprodutiva-das-mulheres-durante-pandemia-do-site-do-ministerio-da-saude>>. Acesso em: 07 out. 2020.



de organizações que lutam pelos direitos humanos, dentre as quais a *Humans Rights Watch* que se manifestou¹² no sentido de que o Brasil deveria cuidar do acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o aborto, como serviços essenciais que precisam ser mantidos durante a pandemia e sem interrupções.

2. A OMISSÃO ESTATAL BRASILEIRA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO

Tanto no cenário interno, quanto no externo, o Brasil vem sendo dura e amplamente criticado em função do desgoverno no combate à pandemia que se reflete em uma necropolítica capaz de ceifar milhares de vidas por dia. Em incontáveis ocasiões, o Presidente da República proferiu declarações contrárias à ciência, desinformando a população enquanto poderia se valer do cargo de Chefe de Estado para propagar ao máximo orientações de proteção à saúde em um momento tão crítico.

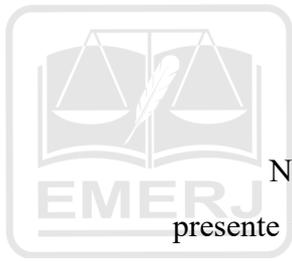
Por meio do incentivo à aglomerações, ao desestímulo do uso de máscaras, à indicação de remédios sem eficácia científica comprovada contra a Covid-19 ocorre a banalização da gravidade da doença por parte do governo Bolsonaro. A ausência de uma orientação correta por parte do Estado promove um cenário de desinformação mortal, deixando milhares de brasileiros às margens dos avanços da ciência e do respeito aos Direitos Humanos.

Ignorando a caótica crise sanitária brasileira, em 26 de setembro de 2020, dois decretos presidenciais focados no desmonte da saúde pública nacional foram publicados. O Decreto nº 10.530¹³ tinha como objetivo ampliar a privatização da atenção primária à saúde no país, contudo, ao encontrar grande resistência da sociedade civil, o decreto foi revogado. Em seguida, com a publicação do Decreto nº 10.531¹⁴, intitulado “Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil”, o governo Bolsonaro traçou diretrizes para que, nos próximos 10 anos, a saúde pública brasileira promova o direito à vida, desde a concepção até a morte natural, com o intuito de engrandecer uma pauta antiabortista no país. Diante de tal retrocesso na proteção aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, organizações feministas brasileiras se manifestaram por meio de notas de repúdio:

¹²HUMANS RIGHT WATCH. *Brasil: proteja os direitos sexuais e reprodutivos durante a pandemia*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/06/12/375413>> Acesso em: 07 out. 2020.

¹³BRASIL. *Decreto nº 10.530*, de 26 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=403237>> . Acesso em: 27 abr. 2021

¹⁴BRASIL. *Decreto nº 10.531*, 26 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.531-de-26-de-outubro-de-2020285019495>> Acesso em: 27 abr.2021.



No que se refere à eventual responsabilização de Bolsonaro no âmbito interno, até o presente momento, existem 27 pedidos de *impeachment* protocolados (de um total de 74 pedidos elaborados por cerca de 1.434 pessoas e mais de 476 organizações)¹⁵, cujos motivos referem-se à desarrazoada resposta estatal brasileira à pandemia. Como fundamento jurídico da maioria desses pedidos, encontram-se os artigos 7º e 9º da Lei nº 1.019 de 10 de abril de 1950 (crimes contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e dos crimes contra a probidade na administração). Conforme exposto anteriormente, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher estão inseridos dentro do direito à saúde e, portanto, devem ser compreendidos como direitos sociais fundamentais. Sendo assim, entende-se que é possível que o Presidente seja responsabilizado pela omissão estatal no que se refere à devida promoção e manutenção desses.

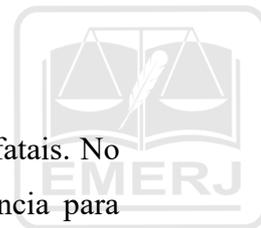
A quantidade de pedidos de *impeachment* do atual Presidente reflete de forma direta e inequívoca a insatisfação da sociedade civil com o tratamento que vem sendo dado à saúde no país. O SUS, sistema que é, apesar de inúmeras dificuldades ocasionados pelo seu desmonte sistemático e sucateamento, o verdadeiro sustentáculo da saúde de grupos vulneráveis e de milhões de mulheres e meninas brasileiras, colapsa ao tentar fazer o impossível: enfrentar a pandemia de Covid-19 que a cada dia toma proporções mais dramáticas em decorrência do descaso e da omissão estatal.

Em 22 de outubro de 2020, o Brasil assinou a Declaração de Consenso de Genebra. No total são 31 países, dentre os quais vários governados por meio de regimes totalitários, que assinaram o acordo e declararam defender a “família tradicional e a proteção do direito à vida antes e após o nascimento”, negando de forma latente a existência de um direito internacional ao aborto. Exercendo papel fundamental na luta pela defesa dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, lideranças feministas brasileiras denunciaram tal fato na ocasião do evento “*Escuchatorio Regional - Vulneraciones a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres*”¹⁶ promovido pela Articulação Feminista Marcosul, que dialoga com os sistemas de proteção dos Direitos Humanos em nível regional e global.

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de responsabilização penal internacional do Presidente da República por suas ações negligentes e irresponsáveis na sua condução do

¹⁵PUBLICA. *Os pedidos de impeachment de Bolsonaro*. Disponível em <<https://apublica.org/impeachment-bolsonaro/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

¹⁶ESCUCHATORIO REGIONAL – VULNERACIONES A LA SALUD Y A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES. *Zoom*. Disponível em: <<https://www.mujiresdelsur-afm.org/escuchatorio-regional-vulneraciones-a-la-salud-y-los-derechos-sexuales-y-reproductivos-en-tiempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



enfrentamento da pandemia de Covid-19 no país que conta com milhares vítimas fatais. No caso em apreço, por se tratar de pessoa física e não de um Estado, a competência para julgamento de crimes contra a humanidade, além de crimes de genocídio, guerra e agressão é do Tribunal Penal Internacional (TPI), com sede em Haia, na Holanda. O Brasil se submete à jurisdição da referida Corte Internacional por ter assinado, ratificado e internalizado o Estatuto de Roma. Sendo assim, é perfeitamente possível que Bolsonaro seja julgado pelo TPI.

No ramo do Direito Internacional, o crime contra a humanidade é compreendido como uma prática de atos deliberadamente cometidos em forma de um ataque generalizado e/ou sistemático contra a população civil, e encontra fundamento legal no art. 7º do Estatuto de Roma. Considerando haver dolo e intenção na postura do Presidente e por entender restar configurado tal crime na gestão do governo Bolsonaro frente à pandemia do novo coronavírus, a Rede Sindical Brasileira UniSaúde, que representa mais de um milhão de trabalhadores da área da saúde no país (das esferas pública e privada), apresentou denúncia contra o Presidente no TPI.

Também apresentaram ao Tribunal Penal Internacional suas denúncias em relação à gestão da pandemia no país a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD) e a entidade internacional *Uni Global Union*. Até o presente momento, a Corte não realizou a análise de admissibilidade das denúncias formuladas¹⁷. Já em relação ao sistema global de proteção aos Direitos Humanos, em 15 de março de 2021, a Comissão Arns e a Conectas denunciaram Bolsonaro durante reunião da 46ª Sessão do Conselho Internacional de Direitos Humanos por promover uma tragédia humanitária¹⁸.

O Estado brasileiro, apesar de não ter legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que tramitem no TPI, pode ser responsabilizado pelo descumprimento dos tratados internacionais aos quais se vincula. Dentre esses, quanto aos direitos sexuais e reprodutivos de mulheres e meninas, podem-se citar os seguintes documentos internacionais: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim, a Declaração do Milênio e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio no Sistema ONU.

¹⁷MIGALHAS. *Bolsonaro é denunciado ao Tribunal Penal Internacional por “crime contra a humanidade”*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/316075/bolsonaro-e-denunciado-ao-tribunal-penal-internacional-por--crimes-contra-a-humanidade>> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁸JORNAL NACIONAL. *Entidades brasileiras denunciam Bolsonaro no Conselho de Direitos Humanos da ONU*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/03/15/entidades-brasileiras-denunciam-bolsonaro-no-conselho-de-direitos-humanos-da-onu.ghtml>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



Já no escopo do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, os seguintes documentos protegem os direitos sexuais e reprodutivos da mulher: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Quanto ao tema da justiça reprodutiva, ressalta-se que o Brasil já foi condenado no sistema ONU de proteção aos Direitos Humanos. Trata-se do emblemático caso de Alyne Pimentel. Em agosto de 2011, o Comitê CEDAW decidiu responsabilizar o Estado brasileiro pela morte materna evitável da mulher negra, jovem e periférica, moradora do Rio de Janeiro.

Alyne morreu em decorrência da demora em receber assistência médica e seu caso merece especial atenção por algumas peculiaridades: foi a primeira vez que ficou conhecida a discriminação interseccional, bem como a necessidade de promoção de políticas públicas voltadas para promoção e manutenção da saúde materna. Em função da omissão e do descaso por parte do Estado, este recebeu as seguintes recomendações: o dever de indenizar a família da vítima Alyne Pimentel, além da obrigação positiva de adaptar-se político e legalmente a fim de criar políticas públicas de atenção à saúde materna, objetivando a redução dos índices de mortalidade materna no país.

No Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o Brasil ainda não possui condenação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao descumprimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas. Contudo, o tema dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres é de grande importância no sistema regional latino-americano, havendo condenações da Corte em face de outros Estados-membros da OEA por sua inobservância e sendo corriqueiramente mencionado pela Comissão IDH em suas recomendações.

Em 21 de janeiro de 2021, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou denúncia¹⁹ contra Bolsonaro perante a Comissão IDH sob o argumento de que as atitudes do Presidente da República, entre outros funcionários do alto escalão do Executivo diretamente a ele subordinados, atentam contra os direitos humanos mais básicos, colocando em risco a integridade física e a vida de todos os cidadãos brasileiros. A OAB destacou a necessidade de intervenção da Comissão para que se restabeleça a observância do Estado democrático de Direito e então voltem a ser respeitados os Direitos Humanos.

¹⁹CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Petição de Denúncia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oab-denuncia-oea.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2021.



Em relação à pandemia de Covid-19, a Comissão IDH elaborou a Resolução n° 01/2020 (*Pandemia e los Derechos Humanos en las Américas*)²⁰, cujo item 53 indica de forma expressa a necessidade de os Estados-membros observarem os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres em tempos de pandemia, *ipsis litteris*:

53. Garantir a disponibilidade e continuidade dos serviços de saúde sexual e reprodutiva durante a crise pandêmica, incrementando, em particular, ações integrais de educação sexual e a divulgação de informações por meios acessíveis e com linguagem adequada, a fim de chegar às mulheres em sua diversidade.

Em recentíssimo Relatório de País²¹ feito pela Comissão IDH em 05 de março de 2021, o órgão se mostrou atento à importância da observância dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil. Isso porque, de forma explícita no referido relatório, discorre sobre o tema no Capítulo 6 (Inconstitucionalidade Democrática e de Direitos Humanos) nos itens 468, 469 e 470, bem como faz recomendações ao país nos itens 513, 522 e 527 do Capítulo 8 (Conclusões e Recomendações). Destaca-se, quanto ao documento citado, a recomendação n° 39, qual seja:

39. Adotar medidas integrais para respeitar e garantir os direitos à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, reforçando a disponibilidade e a continuidade na oferta de serviços essenciais. Em particular, garantir o acesso à saúde materna de qualidade; acesso seguro a métodos de contracepção, incluindo anticoncepcionais de emergência; interrupção voluntária da gravidez, quando aplicável; acesso a informações verdadeiras e não censuradas; bem como à educação integral necessária para que mulheres e meninas possam tomar decisões livres e autônomas.

Tais publicações demonstram que instituições e mecanismos de proteção aos Direitos Humanos na América Latina estão observando a omissão e negligência estatal brasileira quanto à observância dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no país e se manifestando contrariamente a tal descaso.

²⁰COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 01/2020*. Pandemia e los Derechos Humanos en las Américas. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²¹COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de País*: situação dos direitos humanos no Brasil. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2021.



3. A NECESSIDADE DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER EM TODOS OS TEMPOS

Com a chegada da pandemia de Covid-19, cada vez mais se evidencia a necessidade da implementação de políticas públicas voltadas aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Contudo verifica-se uma postura oposta por parte do governo federal que, sistematicamente, produz ataques aos direitos humanos, perpetrando uma agenda anti-gênero no Brasil.

No contexto atual, resta evidenciada a vulnerabilidade das mulheres gestantes, quando se analisa a alta taxa de mortalidade dessas ao contraírem coronavírus, por exemplo. Ademais, no tocante à imunização, verifica-se outro descaso, já que gestantes e puérperas foram tardiamente inseridas na lista do Plano Nacional de Operacionalização de Vacinação Contra a Covid-19²² como integrantes de um grupo prioritário, apesar de ser sabido que quando expostas ao vírus, possuem maior risco de desenvolverem complicações²³.

O acesso aos serviços de saúde reprodutiva vem sendo limitado pela sobrecarga dos serviços de saúde causada pela Covid-19. Com a ocupação de maternidades para o tratamento de pacientes infectados pelo vírus, por meio de cortes nas verbas voltadas a realização de procedimentos como os laqueaduras e vasectomias, e com a diminuição abastecimento de métodos contraceptivos como DIU, camisinhas e pílulas hormonais e do dia seguinte durante o período²⁴ por todo o país, o cumprimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encontra obstáculos. Tais medidas representam afrontas ao direito a um planejamento familiar e de vida, aos cuidados do corpo e da saúde das mulheres, bem como corroboram para a estigmatização da promoção e manutenção da saúde sexual e reprodutiva no país.

Em novembro de 2020, o projeto latino-americano *La Salud Reproductiva es Vital*, criado com o objetivo de monitorar as respostas que os Estados da América Latina dão para a garantia ao acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, em parceria com a Anis Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, divulgou um informativo²⁵ sobre a situação

²²MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Plano Nacional de Operacionalização de Vacinação Contra a COVID-19*. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/ptbr/media/pdf/2021/janeiro/25/planovacinaocovid_v2_25jan21.pdf>. Acesso em: 06 abr.2021.

²³EL PAÍS. *Grávidas têm mais risco de desenvolver complicações por causa da COVID-19, mostra estudo*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-11-05/gravidas-tem-mais-risco-de-desenvolver-complicacoes-por-causa-da-covid-19-mostra-estudo.html?prm>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

²⁴THE INTERCEPT BRASIL. *Coronavírus: serviços de saúde cortam contraceptivos quando mulheres mais precisam evitar gravidez*. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/04/20/coronavirus-evitar-gravidez-mas-cortam-contraceptivos/>>. Acesso em: 07 abr. 2021

²⁵LA SALUD REPRODUCTIVA ES VITAL. *Informativo Nacional Brasil*. Disponível em: <<https://saludreproductivavital.info/wp-content/uploads/2020/12/>/BRASIL.-InformeNacional-Anis-VersaoFinal>>



brasileira. Como um dos impactos decorrentes da chegada da Covid-19 aos direitos sexuais e reprodutivos das mulher brasileira, o referido informativo aponta:

[...] a demora na elaboração de protocolos, divulgação de informações e auxílio às mulheres no isolamento social durante a pandemia se somam à falta de insumos para o tratamento das mulheres infectadas, criando um cenário preocupante de altas taxas de mortalidade materna.

Em um país em que não há combate adequado ao vírus por parte do Estado, a atuação da sociedade civil organizada, especialmente por meio de coletivos e organizações feministas, é de extrema relevância. A fim de preencher de algum modo a lacuna da desinformação quanto aos direitos sexuais e reprodutivos, tais grupos empenham-se na divulgação e produção de conteúdos sérios sobre o tema. Valendo-se de postagens nas redes sociais, *podcasts*, vídeos, webinários, palestras, lives, pesquisas, elaboração de cartilhas e boletins informativos, bem como de notas de repúdio, os coletivos e organizações feministas espalham conhecimento sobre o tema dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas no Brasil e, assim, orientam inúmeras brasileiras.

Com o intuito de compensar a precariedade do acesso à informação agravado pela pandemia que se enfrenta e pelo isolamento social necessário, um grupo de voluntárias composto por enfermeiras obstetras desenvolveu o projeto “Fale com a Parteira”²⁶, serviço que oferece às gestantes atendimento à distância e tele-orienta mulheres, evitando a exposição desnecessária de mulheres grávidas a hospitais e clínicas médicas, locais onde há grande circulação do coronavírus.

Outro exemplo da luta feminista pela democratização ao acesso às informações sobre os direitos sexuais e reprodutivos é o canal “Eu Cuido, Eu Decido”²⁷. Desenvolvido pelo projeto de extensão do Cravinas/Universidade de Brasília (UNB) em parceria com a Anis - Instituto de Bioética, o canal pode ser utilizado por mulheres para terem acesso à informações seguras via aplicativo Whatsapp sobre prevenção de gravidez e métodos contraceptivos, orientações para gestantes em tempos de Covid-19, além de formas de denunciar violência obstétrica, sexual e doméstica e acesso ao aborto legal. Pode-se também citar “Vera”²⁸, linha de comunicação idealizada e desenvolvida pelo Grupo Curumim Gestaçã e Parto, de Recife

.pdf> Acesso em: 06 abr.2021.

²⁶FALE COM A PARTEIRA. Disponível em: <<https://www.instagram.com/falecomaparteira/>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁷CLAVINAS – CLÍNICA DE DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS. *Lançamento do Canal Informativo Eu Cuido, Eu Decido*. Disponível em: <<https://projetcravinas.wordpress.com/2020/07/01/LancaMento-do-canal-informativo-eu-cuido-eu-decido/>> Acesso em: 07 abr. 2021

²⁸GRUPO CUMURIM. *Quém é Vera?* Disponível em: <<https://grupocurumim.org.br/curumim/ajude-a-vera/>> Acesso em: 07abr. 2021.



ainda em 2017, que funciona como um canal de comunicação direto que auxilia mulheres a esclarecerem dúvidas sobre saúde sexual e reprodutiva.

Além da mobilização da sociedade civil organizada, destaca-se a relevante atuação da Defensoria Pública para a manutenção e promoção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres brasileiras durante a pandemia de Covid-19. Como instituição permanente e essencial para a manutenção da ordem constitucional e da defesa dos direitos humanos, a Defensoria Pública atuou por diversas vezes em prol da observância dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher por todo o Brasil.

Em São Paulo, por exemplo, o Núcleo de Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) da DPE/SP produziu uma cartilha²⁹ para a divulgação de informações referentes à contracepção, aborto legal, gestação, parto e pós-parto durante a pandemia de coronavírus. Já no Rio de Janeiro, a Defensoria Pública Estadual enviou recomendações administrativas³⁰ aos Secretários de Saúde dos 92 municípios do estado, a fim de que o direito da gestante de ser acompanhada antes, durante e após o parto, que é previsto em lei, seja respeitado em todas as unidades de saúde mesmo com a pandemia de coronavírus.

A necessidade da mobilização da sociedade civil organizada e a imprescindível atuação da Defensoria Pública, como instituição provedora de justiça, na luta para a promoção e manutenção dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil é reflexo da escassez de políticas públicas voltadas para a saúde sexual e reprodutiva da mulher e da política anti-gênero adotada pelo atual governo federal.

Pode-se dizer, portanto, que há sim uma necessidade latente de implementação de políticas públicas para a promoção e manutenção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher brasileira em todos os tempos, uma vez que o contexto pandêmico, como já dito, apenas acentua ainda mais algumas desigualdades e intensifica vulnerabilidades, principalmente as dos grupos que tradicionalmente já enfrentam desvantagens sociais e são sistematicamente marginalizados.

Sendo assim, entende-se que é de extrema importância para a vida das mulheres e meninas brasileiras que tais direitos sejam observados e promovidos a fim de que se consolide um Estado Democrático de Direito que se preocupe com o recorte de gênero e suas

²⁹DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Guia Sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres Durante a Pandemia da COVID-19*. Disponível em <[https://www.defensoria.sp.def.br/dpEsprepositorio/0/cartilha_DireitosSexuaisReprodutivos_v2%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpEsprepositorio/0/cartilha_DireitosSexuaisReprodutivos_v2%20(1).pdf)> Acesso em: 07 abr. 2021.

³⁰DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Direito a acompanhante deve ser mantido a gestante durante a pandemia*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10181-Direito-a-acompanhante-deve-ser-mantido-a-gestante-na-pandemia>>. Acesso em: 07 abr. 2020.

especificidades.

CONCLUSÃO

A pandemia de Covid-19 assumiu proporções nunca antes vistas pela sociedade contemporânea e abalou os Estados ao redor do globo, incluindo o Brasil. A ingerência do governo brasileiro no combate à pandemia agravou o quadro de crise sanitária que se enfrenta e intensificou as desigualdades sociais, o que evidenciou ainda mais algumas situações de vulnerabilidade, principalmente no âmbito da saúde. Dentre essas, a violação sistemática dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas brasileiras.

O presente trabalho demonstrou que a violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas no Brasil é um fenômeno de grande importância no contexto atual, uma vez tais direitos devem ser compreendidos como direitos sociais fundamentais no plano interno, bem como Direitos Humanos, no cenário internacional. Sendo assim, entendeu-se pela possibilidade de responsabilização estatal e do Presidente da República pela não observância desses. Isso porque, a atuação estatal brasileira é, por diversas vezes, contrária à diversas diretrizes nacionais e internacionais sobre o tema.

A pesquisa destacou a importância da mobilização e organização da sociedade civil, principalmente da luta de movimentos feministas e da atuação da Defensoria Pública na tentativa de preencher, de alguma forma, as lacunas deixadas pelo Estado no que se refere à promoção e manutenção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas brasileiras.

Constatou-se, portanto, que o Estado brasileiro deve deixar de ser omissivo e atuar em prol da saúde integral da mulher, compromisso que emana de sua própria Constituição Federal. Tal agir por parte do Estado inclui o fornecimento, em todos os tempos (não apenas em momentos de crise), de informações e a implementação, por meio de políticas públicas de meios, métodos e técnicas efetivas para a devida manutenção e promoção dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e meninas, tais como: a distribuição de itens de higiene íntima feminina, a divulgação e o fornecimento de métodos de contracepção, a educação sexual nas escolas, a divulgação de informações sobre gestação e a realização de programas voltados para o atendimento de mulheres gestantes (envolvendo o pré-natal, parto e pós-parto), a devida realização do aborto legal, bem como a prevenção contra a violência sexual.

Conclui-se que, para que haja a devida observância de um Estado Democrático de Direito, faz-se necessário um recorte de gênero que leve em consideração as especificidades das mulheres e meninas, a fim de que essas sejam atendidas e ouvidas em suas necessidades



e tratadas como sujeitos de plenos direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 12 abr.2021.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9263*, de 12 de Janeiro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm> Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. *Decreto nº 10.530*, 26 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=403237>> Acesso em: 27 abr. 2021

_____. *Decreto nº 10.531*, 26 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou//decreton10.531de26deoutubrode2020285019495>> Acesso em: 27 abr. 2021.

CLAVINAS – CLÍNICA DE DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS. *Lançamento do Canal Informativo Eu Cuido, Eu Decido*. Disponível em: <<https://projetcavinas.wordpress.com/2020/07/01/Lançamento-do-canal-informativo-eu-cuido-eu-decido/>> Acesso em: 07 abr. 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Petição de Denúncia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oab-denuncia-oea.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 01/2020. Pandemia e los Derechos Humanos en las Américas*. 2020. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>> Acesso em: 14 mar.2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de País. Situação dos direitos humanos no Brasil*. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>> Acesso em: 14 mar. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Direito a acompanhante deve ser mantido a gestante durante a pandemia*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10181-Direito-a-acompanhante-deve-ser-mantido-a-gestante-na-pandemia>> Acesso em: 07 abr. 2020.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Guia Sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres Durante a Pandemia de Covid-19*. Disponível em: <[https://www.defensoria.sp.def.br/dpEsprepositorio/0/cartilha_DireitosSexuaisReprodutivos_v2%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpEsprepositorio/0/cartilha_DireitosSexuaisReprodutivos_v2%20(1).pdf)> Acesso em: 07 abr.2021.

EL PAÍS. *Grávidas têm mais risco de desenvolver complicações por causa da COVID-19, mostra estudo*. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-11-05/gravidas-tem-mais-risco-de-desenvolver-complicacoes-por-causa-da-covid-19-mostra-estudo.html?prm>> Acesso em: 06 abr. 2021.

ESCUCHATORIO REGIONAL. *Vulneraciones a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres*. Disponível em: <<https://mujeresdelsur-afm.org/escuchatorio-regional-vulneraciones-a-la-salud-y-los-derechossexualesyreproductivos-en-tiemposde-pandemia/>> Acesso em: 15 mar. 2021.

FALE COM A PARTEIRA. Disponível em: <<https://www.instagram.com/falecomaparteira/>> Acesso em: 07 abr. 2021.

GRUPO CUMURIM. *Quem é Vera?* Disponível em: <<https://grupocumurim.org.br/cumurim/ajude-a-vera/>> Acesso em: 07 abr. 2021.

JORNAL NACIONAL. *Entidades brasileiras denunciam Bolsonaro no Conselho de Direitos Humanos da ONU*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/03/15/entidades-brasileiras-denunciam-bolsonaro-no-conselho-de-direitos-humanos-da-onu.ghtml>> Acesso em: 16 mar. 2021.

LA SALUD REPRODUCTIVA ES VITAL. *Informativo Nacional Brasil*. Disponível em: <<https://saludreproductivavital.info/wp-content/uploads/2020/12/>/BRASIL.InformeNacional-Anis-Versao-Final.pdf>> Acesso em: 06 abr. 2021.

MIGALHAS. *Bolsonaro é denunciado ao Tribunal Penal Internacional por “crime contra a humanidade”*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/316075/bolsonaro-e-denunciado-ao-tribunal-penal-internacional-por--crimes-contr-a-humanidade>> Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Plano Nacional de Operacionalização de Vacinação Contra a COVID-19*. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/marco/23/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19-de-2021>> Acesso em: 27 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PUBLICA. *Os pedidos de impeachment de Bolsonaro*. Disponível em: <<https://apublica.org/impeachment-bolsonaro/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

SANTOS, Debora de Souza et al. *Disproportionate impact of COVID-19 among pregnant and postpartum Black Women in Brazil through structural racism lens*. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/42509>>. Acesso em: 07 out. 2020.

TAKEMOTO, Maira L.S. *The Tragedy of COVID-19 in Brazil: 124 maternal deaths and counting*. International Journal of Gynecology and Obstetrics. Disponível em:



<<https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/ijgo.13300>> Acesso em: 08 out. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Coronavírus*: serviços de saúde cortam contraceptivos quando mulheres mais precisam evitar gravidez. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/04/20/coronavirusevitargravidezmascortamcontraceptivos/>> Acesso em: 07 abr. 2021.

ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E POSSIBILIDADES DE REVERSÃO DE SUA FALÊNCIA: DEFESA DAS APAC'S COMO REGRA

Anna Clara Gomes Souza Duarte

Graduada em Direito pela Universidade
Federal de Juiz de Fora.

Resumo – O Sistema Prisional Brasileiro tem demonstrado a cada dia mais, uma enorme violação aos direitos fundamentais dos presos. Nesse sentido, o próprio STF já decretou o Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional do modo como. Nesse sentido a metodologia APAC vem como solução para superar esse cenário. O objetivo é transformar as APACs em modo de aprisionamento convencional em detrimento do sistema atual que se tornaria exceção, isto é, seria apenas para casos de maior gravidade. A ideia das APACs se fundamenta na valorização humana e busca oferecer ao condenado condições de recuperar-se. É muito distinto do sistema carcerário comum, uma vez que os centros de recuperação são geridos pelos próprios recuperandos, não existem policiais e tampouco armas. Diante da necessidade de reverter o Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro, a metodologia APAC se mostra uma boa alternativa.

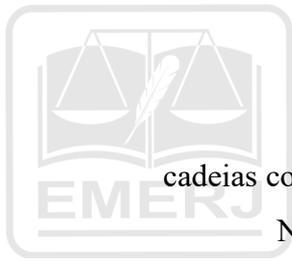
Palavras-chave –Direito Penal. Sistema Prisional Brasileiro. Estado de Coisa Inconstitucional. Apacs.

Sumário – Introdução. 1. Origem das penas e suas funções com foco na função ressocializadora. 2. A realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro:decretação do Estado de Coisa Inconstitucional. 3. A experiência do método APAC: necessidade de transformá-la na principal forma de aprisionamento em detrimento das penitenciárias convencionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo apresentado busca trazer a implementação do método APAC como resposta à problemática do Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro. O objetivo do presente estudo é identificar os problemas que geraram a decretação desse Estado, e propor a transformação do método APAC em forma principal de aprisionamento, em detrimento das cadeias convencionais, tendo em vista a capacidade que possui de solucionar a questão da violação de direitos fundamentais, bem como garantir a observância da função ressocializadora da pena. Para tanto serão ressaltados os pontos positivos e negativos da referida metodologia.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a origem dos sistemas penais e as funções das penas, com foco na função ressocializadora como principal forma de evitar a reincidência. Nesse momento já destaca-se a dificuldade do cumprimento dessa função no sistema prisional tradicional, tendo em vista a forma como são executadas as penas nas



cadeias convencionais.

No segundo capítulo, passa-se a abordagem da decretação do Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro. Analisa-se os principais problemas enfrentados nas penitenciárias comuns e como esses levam a violação de inúmeros Direitos Fundamentais. Busca-se demonstrar os prejuízos à segurança social como reflexo desse cenário, e a conseqüente necessidade de se alcançar um sistema em que o tratamento penal tenha como base a Dignidade da Pessoa Humana, seja em conformidade com a lei e objetive a reintegração social.

Com base na necessidade acima citada, segue-se apresentando, no terceiro capítulo, o método APAC como solução ao Estado de Coisa Inconstitucional, propondo-se a sua implementação como regra geral do aprisionamento, e conseqüente colocação da prisão convencional como forma excepcional de cumprimento de pena. Dcorre-se quanto aos desafios a serem enfrentados para sua implementação, esclarecendo-se a necessidade de superá-los, para que seja possível a reversão da falência de nosso sistema prisional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, ou seja, busca-se escolher um conjunto de proposições hipotéticas, as quais entende serem viáveis para analisar o objeto do trabalho, com o propósito de evidenciá-las ou rechaçá-las de argumentativamente.

Sendo assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa. Em relação aos procedimentos, adotar-se-á a pesquisa bibliográfica, por meio do estudo legislativo no direto pátrio, do exame da jurisprudência, bem como mediante a busca de referências por obras doutrinárias sobre a temática em foco, analisada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. ORIGEM DAS PENAS E SUAS FUNÇÕES COM FOCO NA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA

Inicialmente é importante ressaltar alguns pontos no que se refere ao surgimento das penas e suas funções. A partir disso busca-se explicar como essas finalidades acabaram levando a criação do Sistema Prisional Convencional, e suas conseqüentes mazelas, focando na função ressocializadora como forma de alterar tal cenário.

Estes pilares são necessários para que se possa entender como se chegou a decretação do Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro, bem como para

fundamentar a imprescindibilidade de reestruturação do nosso sistema, com foco nas Apac's como meio para tal reestruturação.

Em sua origem, a aplicação de penas era realizada de forma ilimitada. Isso porque vigorava a ideia de vingança privada em que o objetivo era punir o agente e intimidar os outros indivíduos. No período seguinte vem a conhecida Lei de Talião— um dos primeiros indícios do princípio de Talião foi encontrado no Código de Hamurábi, em 1 780 a.C. no reino da Babilônia, a principal ideia trazia é a de reciprocidade entre o crime e a pena— esta trouxe a premissa: "Olho por olho, dente por dente".¹ Nesse período, apesar de ainda estar distante de uma forma de punição justa e equilibrada, já era possível observar maior proporcionalidade, uma vez que não se podia ultrapassar a conduta do agente.

Em um terceiro momento surgiu a ideia da divinização da pena, isto é, a aplicação de penas passou a ser baseada em crenças religiosas. Isto é, acreditava-se que o modo de punição deveria ser com o objetivo de agradar a Deus. Com a evolução da sociedade, este modelo entrou em decadência, uma vez que as punições passaram a ser determinadas pelos soberanos. Esse período foi gravemente marcado por arbitrariedades e nenhuma segurança jurídica, visto que a proximidade com os monarcas era nitidamente um aspecto relevante para a definição do tratamento penal.²

Sendo assim, vigorou nesse lapso temporal, a crueldade das penas. A pena de morte, por exemplo, era demasiadamente utilizada, inúmerass vezes com o fim de gerar intimidação aos súditos, o que demonstrava o grande desvalor a vida dos condenados.³

No Brasil, mais especificamente, o cenário do Direito Penal era semelhante ao descrito. As prisões representavam um espaço de reclusão para possibilitar a aplicação de castigos corporais, tortura ou a pena de morte. Com o passar do tempo, o poder eclesiástico foi ganhando forças, e paralelo a isso vinha a ideia de humanização das penas. Nesse sentido, surge o aprisionamento pela privação de liberdade como forma de punição. Assim, a Igreja foi substituindo a pena de morte por penas reclusivas, inicialmente com os seus clérigos.⁴

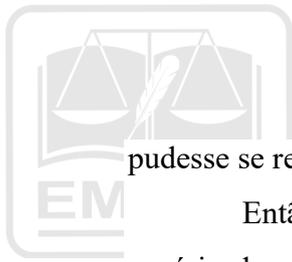
Posteriormente a essa evolução, viria um período de enorme retrocesso: a instituição dos Tribunais do Santo Ofício. Estes permitiam inclusive a aplicação da pena de morte aos considerados hereges. Apesar disso, conforme Batista, a penalidade vislumbrada no Direito Canônico tinha como ideal a reforma do delinquente. Ou seja, apesar da possibilidade da tortura e da pena de morte o que se objetivava era a penitência do pecador de modo que

¹ PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 81.

² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.940.

³ Ibid.

⁴ PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 6.ed. São Paulo: RT, 2010, p.83.



pudesse se regenerar e ser perdoado.

Então, por mais que tenha havido um retrocesso, também foi possível observar um cenário de reflexão e avanços: a reclusão do indivíduo possibilitaria seu arrependimento de modo que pudesse ser recuperado e salvo⁵, podendo retornar ao convívio social.

A partir da Idade Moderna, esse modelo foi de fato implementado, principalmente devido ao avanço do capitalismo e a ascensão do iluminismo, conforme destaca Rogério Greco⁶:

Verifica-se que desde a Antiguidade, até basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas.

A busca de soluções para a questão da responsabilização penal, sem dúvida, representa o maior foco do Direito Penal. A pena é considerada como a consequência jurídica mais relevante do delito, uma vez que consiste na privação ou restrições de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta por órgãos jurisdicionais competentes, ao agente de uma infração penal⁷. Existem inúmeras teorias que tentam explicar seu fim e fundamento específico o que faz surgir as chamadas Teorias da Pena. Estas Teorias representam sínteses de opiniões científicas a respeito da principal forma de reação ao delito que é a pena. As Teorias quanto à finalidade das penas dividem-se em: Teoria Absoluta, Teoria Relativa e Teoria Mista ou Unificadora.⁸

A Teoria Absoluta, de acordo com Moraes⁹, surge no período da Idade Média onde vigorava a concepção de Direito Divino dos Reis, ou seja, o monarca seria o escolhido por Deus para concentrar todo o poder em relação à sociedade. Durante essa época, a soberania se confundia com Estado, já que ambos eram concedidos por Deus. Com base nisso, aquele que praticasse alguma conduta imoral ou algum pecado, que contrariasse a igreja ou o Estado, na figura do soberano, era castigado.¹⁰

Esta Teoria é baseada na ideia de vingança, isto é, se o culpado realizou um injusto ele deve ser repreendido com um mal que seria a pena. Inclusive por isso que surge a ideia de proporcionalidade da pena, uma vez que a punição deveria ser aplicada de forma proporcional

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Impetus. 2008, p 463.

⁷ PRADO, op cit., p.488.

⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 62.

⁹ MORAES, op. cit., p.940.

¹⁰ Ibid.

a falta cometida. Kant¹¹ e Hegel são exemplos de ilustres pensadores partidários desta tese.

A Teoria Relativa também chamada Teoria Preventiva, por sua vez, baseia-se na ideia de que a finalidade da pena é inibir novas práticas delituosas. Segundo Fuerbach¹² “a concepção preventiva tomou dois rumos distintos: a prevenção geral e a prevenção especial” A primeira subdivide-se em Prevenção Geral Positiva, que tem por base o Terror Penal, ou seja, forma de coação que provoca o distanciamento da prática criminal. Fuerbach, destaca sua função psicológica no sentido de que o temor representa um freio para as ações dos cidadãos. E Prevenção Geral Negativa, que entende como conscientização social, uma vez que leva ao aprendizado, à confiança e à paz social.

Na lição de Damásio de Jesus¹³, “na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”. Já a Prevenção Especial, segundo J. Bentham,¹⁴ busca cumprir a exemplaridade da pena e reformar o homem, calculada de modo a enfraquecer os motivos enganosos e reforçar os motivos tutelares.

Por sua vez, a Teoria Mista ou Unificadora representa uma junção de aspectos das outras duas com a finalidade de superar deficiências apresentadas por elas. Essa teoria foi desenvolvida por Adolf Merkel¹⁵, sendo ela a predominante na atualidade. O Código Penal Brasileiro adota esta Teoria em seu artigo 59¹⁶. De acordo com Rogério Greco, esse artigo, dispõe que as penas devem ser suficientes para a reprovação e prevenção do delito. Com isso, conforme nossa legislação penal, a pena tem o papel de reprovar o mal provocado pela ação do infrator, e de prevenir que novas violações a lei venham a ser praticadas. Logo, a pena deve ser justa, mas também útil à sociedade.

Além disso, existe ainda a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade que consiste na busca pela reabilitação ou regeneração do indivíduo que infringiu praticou um ato ilícito. A segregação teria como finalidade propiciar ao indivíduo reflexão sobre os danos que causou, entendendo a importância do respeito às leis para um convívio social saudável. Em resumo, a ideia é que o reeducando aprenda que o ingresso no mundo do crime é extremamente prejudicial à sua vida e de toda a sociedade, e que, diante do encarceramento,

¹¹KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p.22.

¹² SOUZA, Paulo S. Xavier, *Individualização da Pena: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 75.

¹³ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 35.ed.São Paulo: Saraiva, 2014, p.563.

¹⁴Ibidem, p. 75.

¹⁵ SOUZA, op cit., p. 85

¹⁶BRASIL. *Código Penal* de 7 de dezembro 1940. Disponível em: <[https://DEL2848compilado\(planalto.gov.br\)](https://DEL2848compilado(planalto.gov.br))> Acesso em :4 abr. 2021.



possa aprimorar-se, tornar-se apto e seguro para o retorno a comunidade.

Entretanto, na maior parte das penitenciárias as condições materiais e humanas fazem com que o objetivo reabilitador seja inalcançável. Isso porque a infraestrutura é extremamente precária, deficiente em todos os seus aspectos, em que se predominam os maus tratos verbais, a insalubridade decorrente da umidade, falta de circulação de ar e de higiene e superlotação¹⁷.

A carência de alojamentos adequados e a alimentação suficiente podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. Mas, as consequências da segregação não atingem somente o físico do recluso, ferindo diretamente o seu psicológico. Acabam funcionando como um fator criminógeno em que se estimula a delinquência. O próprio convívio no ambiente carcerário, devido aos inúmeros problemas supracitados, por si só já estimula a delinquência. Nesse sentido, Bitencourt afirma “considera-se que a prisão, em vez de frear de delinquência parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”.¹⁸

Dessa forma, fica claro que o Sistema Prisional Convencional tem cada vez mais se afastado do objetivo da ressocialização, e pior, tem gerado o caminho para ampliação da delinquência, reincidência. É justamente essa situação que se quer modificar para caminharmos no sentido da paz social, e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo esse o foco do presente Trabalho.

2. A REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: DECRETAÇÃO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

O Estado Brasileiro se baseia em uma lógica punitiva que apresenta pilares como a relação de poder, o autoritarismo e a intolerância. Com base nisso, o resultado é que há uma projeção do outro como o inimigo que merece punição.¹⁹ Esse sistema não garante a segurança, pois segurança não é apenas punir. Nesse sentido:

Segurança é ainda, um tratamento penal de acordo com a lei, segundo seu objetivo maior – a ressocialização. A preocupação com o aumento da segurança apenas pela prisão, seria buscar soluções em seus efeitos e não em suas causas, obviamente incluindo soluções sociais estruturadas sob um clima de responsabilidade e organização (não por meio de esmolas em cartões regamente distribuídos aos não necessitados a se locupletarem à custa da fome e da vida dos mais necessitados).²⁰

A Constituição Federal Brasileira de 1988, assegura inúmeras garantias aos

¹⁷ PINTO, Celso de Magalhães. A lei de execução penal e a Realidade Prisional. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Magister Ltda, 2004, p.57.

¹⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 165.

¹⁹ LOURENÇO, Luiz Claudio. *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013, p. 31.

²⁰ PINTO, op. cit., p.57.



cidadãos, trazendo no bojo do seu artigo 5º, os direitos fundamentais. Aos presos, além dos direitos fundamentais, também são assegurados direitos infraconstitucionais, previstos na Lei de Execução Penal²¹. Apesar disso, na prática, na vida penitenciária, o que se observa é a constante violação dos direitos legais. Com isso, fica claro que ao receber uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, o réu não deixará apenas de ser livre, como também terá suprimidos grande parte de seus direitos fundamentais, tal como irá se evidenciar a seguir.

As penitenciárias brasileiras recebem cada vez um maior número de indiciados e não possuem capacidade de lhes ofertar mínima estrutura para subsistência. Segundo dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional)²², o número de presos no Brasil chegou a 773.151 no ano de 2019, sendo esse último dado tabulado por meio de relatório divulgado no dia 14 de fevereiro de 2020. Com esse elevado número, o Brasil se mantém como o 3º país com maior número de presos, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos.²³

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 88, estabeleceu que cada detento deve possuir um espaço de 6 metros quadrados, entretanto, diante da problemática da superlotação, alguns presídios chegam a oferecer espaço inferior a 23 centímetros quadrados²⁴. Com esses dados, fica evidente a falência do sistema prisional brasileiro.

Ademais, existem diversos outros pontos extremamente problemáticos dentro das penitenciárias, destaca-se a falta de higiene evidenciada pela enorme quantidade de ratos e baratas nas celas o que contribui para a transformação das prisões em foco de inúmeros tipos de doenças. Também são comumente observados casos de violência sexual e de compartilhamento de seringas para injetar drogas, o que cria o cenário ideal para a contaminação pelo vírus HIV. Logo, a expectativa de vida dos presos é cada vez menor.

Em resposta, os detentos organizam rebeliões, apenas no Presídio Anísio Jobim em Manaus, foram 56 detentos mortos e 200 foragidos²⁵ no ano de 2017. Destaca-se ainda a

²¹ BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²² DADOS sobre população carcerária no Brasil são atualizados. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²³ BRASIL se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo#:~:text=Estados%20Unidos%20e%20China%2C%20respectivamente,pela%20Birkbeck%20University%20of%20London.>>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

²⁴ ESPECIAL segurança pública- as condições das penitenciárias brasileiras. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/263730-especial-seguranca-publica-as-condicoes-das-penitenciarias-brasileiras-11-13/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁵ REBELIÃO em presídio de Manaus termina em massacre de presos. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/01/galeria_de_imagens/540242-rebeliao-em-presidio-de-manaus-termina-em-massacre-de-presos.html>. Acesso em: 22 jan. 2021.



rebelião ocorrida no ano 2021 na Penitenciária Odenir Guimarães, em Goiânia, que além de muitos presos feridos, foi feita uma transmissão ao vivo com mais de 10 mil expectadores.²⁶

Frente a esses fatos, fica corroborada a tese de falibilidade do sistema prisional brasileiro. Por esse motivo, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ajuizou pedido de medida liminar, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº347²⁷, visando ao reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Como principais argumentos, o Partido traz disposição no sentido de que a situação degradante vivenciada pelos presos, é incompatível com a Constituição Federal, uma vez que há a violação de diversos princípios por ela abrangidos, como Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Vedação à Tortura e ao Tratamento Desumano, Integridade Física e Moral, Direito à Saúde, Educação, Trabalho e Segurança dos presos.

Defendem a ideia de que o Poder Legislativo estaria se deixando influenciar pela mídia e, com isso, estabelece políticas criminais insensíveis. Afirmam que a intervenção do Supremo Tribunal Federal é essencial para a proteção da dignidade de grupos vulneráveis como é o caso dos presidiários.

No julgamento da referida ADPF, foi decretada pelo STF, a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Carcerário do Brasil. Conforme as lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos²⁸, o “Estado de Coisas Inconstitucional”, acontece quando se confirma a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, gerado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que somente com transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades pode-se alterar a situação inconstitucional. A referida expressão foi utilizada pela primeira vez na Corte Constitucional da Colômbia, com a chamada “Sentencia de Unificación (SU)”.

Com tal decretação, o STF reconheceu que, no sistema prisional brasileiro, realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios são penas cruéis e desumanas. Abaixo as

²⁶ DURANTE rebelião em presídio de Goiás, presos fazem transmissão ao vivo. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/02/4907558-durante-rebeliao-em-presidio-de-goias-presos-fazem-transmissao-ao-vivo.html>> Acesso em 16 mar. 2021.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF* Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em: 31 mar. 2021

²⁸ CAMPOS, Carlos. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 08 mar. 2021.

lições do Ministro Marco Aurélio²⁹:

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

As penitenciárias brasileiras, além de não servirem à ressocialização dos presos, acabam funcionando como incentivo para a prática de novos delitos; prova disso são as altíssimas taxas de reincidência.

Pelo cenário exposto, vislumbra-se a urgente necessidade de mudanças estruturais. É preciso ter em mente que a pena restritiva de liberdade não foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, visto que tem por objetivo punir crimes de maior potencial ofensivo; logo, não basta trazer apenas métodos alternativos como solução dos problemas, pois isso representaria perfeita utopia. É necessário buscar aperfeiçoamento do sistema carcerário e não se limitar a discutir a utilização e aprimoramento das medidas alternativas. Nesse sentido, chega-se às APACs, pois estas, como se verá a seguir, são sistemas de aprisionamento que atendem à ideia de maior punição para crimes mais graves, sem contudo deixar de respeitar os direitos fundamentais dos recuperandos.

3. A EXPERIÊNCIA DO MÉTODO APAC: NECESSIDADE DE TRANSFORMÁ-LA NA PRINCIPAL FORMA DE APRISIONAMENTO

A APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) é uma entidade civil de direito privado que tem como finalidade a recuperação e reinserção social dos condenados à penas privativas de liberdade³⁰. Esse método foi criado pelo Advogado Mário Ottoboni, com a finalidade de gerar a humanização das prisões sem deixar de lado o seu aspecto punitivo. Além disso, seria uma forma de proporcionar a recuperação do condenado e desse modo evitar a reincidência na prática de crimes.³¹

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF n° 347 MC/DF* Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³⁰ FBAC. *A APAC: o que é?* Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/realidade-atual/o-que-e-apac>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³¹ CASTRO, op. cit., p. 72.



A principal filosofia da APAC é: "matar o criminoso e salvar o homem".³² Nesse sentido, destaca-se a tríplice finalidade desse sistema:

A APAC tem uma tríplice finalidade: auxilia a justiça, preparando o preso para o retorno ao convívio social; protege a sociedade, retornando a ela apenas indivíduos reestruturados humanamente capazes de respeitá-la; e, por fim, é órgão de proteção aos condenados, pautando-se por método baseado no fiel cumprimento dos direitos humanos, executando um trabalho pautado no cumprimento das legislações vigentes e procurando sempre a eliminação da fonte geradora de novos criminosos.³³

Os condenados são denominados de "recuperandos", o que demonstra a valorização do ser humano. O método APAC exige a participação efetiva de cada recuperando para que se chegue ao resultado final positivo. Ou seja, é preciso que os recuperandos conheçam as normas, regulamentos e portarias do método APAC e as respeitem. O desvio de condutas conforme os regramentos poderão configurar faltas leves, médias ou graves. Para cada tipo de falta existe um procedimento diferente disposto no Regulamento Disciplinar das APACs.³⁴

A experiência das APACs mostra que duas das enormes mazelas do cárcere convencional podem ser superadas. Isto é, nos aprisionamentos em penitenciárias comuns é notável o altíssimo número de reincidentes, nas APACs por sua vez, apesar de ainda existir reincidência o número é muito menor, conforme a seguir será demonstrado. O outro ponto é em relação aos custos, os presídios convencionais representam muitos gastos com manutenção, o que não se observa nas APACs. Nesse sentido, cita-se:

Estima-se que a reincidência entre os egressos das unidades APAC gira em torno de 15% (quinze por cento), enquanto que os oriundos do sistema comum alcançam o percentual de 70% (setenta por cento). As dezenas de unidades APAC, que são mantidas por convenio com o Estado de Minas Gerais, custam aos cofres mineiros 1/3 (um terço) do valor que seria despendido para manutenção do preso no sistema comum.³⁵

Um aspecto que demonstra a enorme redução de gastos que APAC gera, é que todo o trabalho é voluntário, apenas algumas pessoas do setor administrativo são remuneradas. Para isso, reúnem-se esforços de todos os segmentos sociais através de ações integradas para que seja possível a concretização do trabalho. A segurança e a escolta são realizadas pelos voluntários e pelos próprios recuperandos. É realizado o "Curso de Formação de Voluntários em que são abordadas todas as fases da metodologia. Nesse

³² IDEM. *Filosofia da apac*. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/filosofia-da-apac>>. Acesso em: 08 jun. 2019

³³ SILVA, op. cit., p. 62.

³⁴ Ibid., p. 166.

³⁵ Ibid., p. 77.



ponto, destaca-se a existência de um desafio do processo de implementação, qual seja encontrar voluntariados:

Segundo nos relata o idealizador e presidente da APAC, Dr. Mário Ottoboni, inúmeras dificuldades se antepuseram à implementação desse modelo, pois a incredulidade e desconfiança eram muito grandes e no começo, o grupo de cidadãos que pretendia trabalhar com presos era visto com cautela pelas autoridades, mas impuseram a necessidade da experiência face à média de 75% de reincidência que agravava o grau de corrupção entre presos, provocado, principalmente, pela ociosidade nos presídios.³⁶

No que se refere ao trabalho, ele é obrigatório a todos os recuperandos e a disciplina é extremamente rígida, até mesmo porque a disciplina é um dos pilares desse método de recuperação. A rotina funciona da seguinte forma: às 6h os recuperandos acordam, nesse momento já arrumam as camas e organizam o dormitório. Às 7h há um momento de oração, sem imposição de uma crença específica, o objetivo é apenas valorizar a espiritualização que é um dos elementos idealizados no método. Às 7h e 30 é servido o café da manhã. Entre 8h e 17h, desenvolve-se o trabalho.

O tipo de trabalho a ser desenvolvido é determinado com base em cada regime. Os recuperandos que se encontram no regime fechado realizam trabalho artesanal. No regime semiaberto o objetivo é a capacitação profissional do recuperando, com isso realiza-se mão de obra especializada. Nesse caso, são feitas parcerias com empresas e outros projetos da comunidade de modo que seja possível a qualificação do recuperando. Nesse regime o trabalho é externo, os recuperandos saem para trabalhar e dormem nas APACs, logo há grande foco na inserção social.³⁷

No que se refere as instalações e acomodações, uma das grandes finalidades das APACs é manter um ambiente favorável, organizado e espiritualizado. Nesse sentido, existe o limite de quatro recuperandos em cada dormitório (cela) e cada um deles possui sua própria cama. Isso demonstra a superação de outro enorme problema do cárcere que é a superlotação. Ou seja, a estrutura das APACs já é criada visando a acomodação de um número determinado de recuperandos, de modo que a eles sejam garantidas as suas necessidades básicas, bem como seja observado o respeito aos seus direitos fundamentais como seres humanos que são. Ademais, são oferecidas assistência médica, psicológica e odontológica, garantindo o direito ao acesso à saúde previsto no artigo 14 da LEP, também existem advogados e estagiários para aptos a fornecer orientações e assistência jurídica.

³⁶ D'URSO, Luiz, *Uma Nova Filosofia Para Tratamento do preso APAC: Associação de Proteção e Assistência aos Condenados*. Fortaleza: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, 1997, p.171.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Método APAC: sistematização de processos*. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7821/1/APAC.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2021.



No tocante à organização interna das APACs é preciso destacar a figura do Centro de Recuperação Social - CRS. Esse, é extremamente diferente dos presídios comuns, pois apesar de ser uma forma de prisão, representa um ambiente favorável à recuperação. Ou seja, ao ingressar em um CRS, o recuperando traz os traumas vividos nos presídios convencionais, a revolta e a degradação a que era submetido. O método almeja reformular a autoimagem deles, gerar auto estima e valorizá-los como seres humanos que são. São tratados com educação, respeito e até mesmo recebem saudações de boas vindas, o que por si só já propicia enorme impacto, uma vez que no sistema comum são tratados muitas vezes como indignos e desprezíveis. Todos são chamados pelo nome e devem manter sempre o cabelo e barba feitos, roupas limpas e usar um crachá de identificação, o foco é garantir a observância do postulado da Dignidade da Pessoa Humana.

É importante esclarecer que para que a APAC possa assumir a administração de um CRS é preciso a fiscalização da FBAC (Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados), que é uma Associação Civil de Direito Privado sem fins lucrativos com o fim de manter a unidade de propósitos das suas filiadas e assessorar as APACs do exterior.

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

A FBAC, em parceria com a Prison Fellowship Internacional promoveu, nos dias 21, 22 e 23 de setembro, o Seminário Latino Americano de Estudos e Conhecimento do método APAC. Realizados nas dependências do Centro de Reintegração Social da APAC de Itaúna, contou com 11 participantes, de 5 países. Durante os três dias de seminário, os participantes puderam, além de conhecer *in loco* o CSR da APAC de Itaúna e o dia a dia dos recuperandos que nela se encontram, se aprofundar em temas de fundamental importância da metodologia, como os elementos fundamentais, a dupla função da pena, círculo vicioso, psicologia do preso, por que recuperando, espiritualidade, dentre vários outros. Também puderam assistir a documentários sobre a APAC e testemunhos de recuperandos, ex-recuperandos e voluntários.³⁸

Importante destacar ainda que a APAC possui responsabilidade objetiva por qualquer dano causado a detento que se encontre em estabelecimento por ela controlado, salvo nos casos em que inevitável o resultado. Isso porque, o Estado, em relação às APACs não exerce controle direto, de modo que ele responde apenas de forma subjetiva.

Tendo em vista a alta capacidade das APACs de superar mazelas do sistema convencional de aprisionamento, bem como a falência deste já decretada pelo STF, deve-se considerar como objetivo para curto e longo prazo a substituição gradual de presídios

³⁸ PINTO, op. cit., p.88.



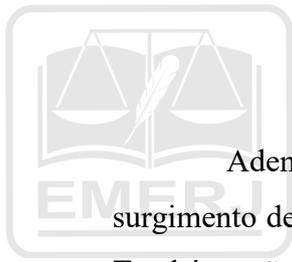
comuns por APACs, uma vez que estas representam custos mais baixos de manutenção, observam os direitos e garantias fundamentais dos recuperandos, reduzem expressivamente os índices de reincidência, permitem a ressocialização, não permitem superlotação, entre outros benefícios. O sistema das APACs já existe e funciona muito bem como se pretendeu demonstrar no presente artigo, basta que ele seja expandido e torne-se sistema prisional principal para que se possa superar a situação de Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a falência do sistema penitenciário brasileiro e a urgente necessidade de modificação das formas de aprisionamento de modo que os direitos fundamentais dos presos possam ser respeitados. Isso porque o Sistema Penitenciário como vem funcionando hoje, já foi determinado pelo STF como “Estado de Coisas Inconstitucional”, justamente pela violação de maneira generalizada dos direitos humanos dos presidiários, devido a aplicação de penas privativas de liberdade cruéis e desumanas.

Buscou-se abordar a origem das penas e a existência da função ressocializadora que claramente não vem sendo respeitada. Prova disso são os altíssimos índices de reincidência do Sistema Penitenciário comum. Nitidamente existem falhas estruturais que precisam ser revistas. Apesar disso, as penas privativas de liberdade continuam sendo uma realidade necessária para punir os crimes de maior potencial ofensivo. É inquestionável que é necessária a manutenção das penas privativas de liberdade. O que deve-se buscar é um modo para que tais penas consigam cumprir sua finalidade sem deixar de lado os direitos e garantias previstos em lei.

Como consequências das reiteradas violações aos direitos fundamentais do preso, constata-se que a pena privativa de liberdade, no Brasil, não cumpre, como regra, a sua função ressocializadora. Logo, alterar esse cenário mostra-se essencial, não só para garantir melhores condições aos presos, mas também para gerar mais segurança para sociedade, já que fato é que em boa parte dos casos, em algum momento àqueles indivíduos retornarão ao convívio social. Dentre as medidas importantes a serem tomadas na busca pela efetiva ressocialização, está a necessidade de oferecer melhores oportunidades de vida ao preso ao alcançar a liberdade. Para isso, é necessário disponibilizar educação e formação profissional, haja vista que a grande maioria não teve acesso.



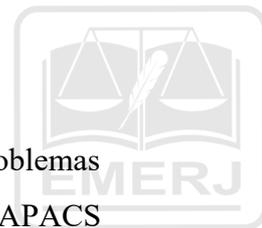
Ademais, é preciso acompanhamento psicológico ao detento para evitar o surgimento de qualquer quadro clínico de ordem psíquica e para tratar os já desenvolvidos. Também são relevantes os benefícios alcançados quando o trabalho é aliado a espiritualidade. A experiência religiosa restabelece o sentido da existência e resgata valores humanitários.

Com base nisso, defende-se a APAC como sistema prisional para substituir o sistema comum carcerário. Trata-se de um método inovador, porque oferece aos recuperandos, assistência espiritual, médica, psicológica, cursos supletivos e profissionalizantes. Eles são tratados com dignidade e respeito, são colocados a refletir e a evoluir como seres humanos que são. Têm como obrigação o trabalho e uma rígida disciplina a ser observada, a APAC tem alcançado ótimos resultados no que se refere a ressocialização, evidência disso é o baixo índice de reincidência.

Conclui-se que por meio do método APAC inúmeros recuperandos alcançam toda a assistência garantida na no Ordenamento Pátrio, e têm seus direitos observados, sendo esses dois aspectos essenciais e que o Estado, através do sistema comum, não é capaz de oferecer. Isso se dá devido à metodologia empregada e o baixo custo da implementação do sistema se comparado aos presídios comuns, já que quase a totalidade do trabalho é voluntário e os próprios recuperandos são responsáveis pela manutenção e organização dos estabelecimentos.

Um dos maiores desafios para a implementação do referido método é a dificuldade de encontrar voluntários ao trabalho, uma vez que a APAC depende totalmente da participação da comunidade e no seio social ainda é muito grande o preconceito e o conservadorismo. Por outro lado, esse é também um dos pontos positivos da metodologia, porque o fato de tudo ou quase tudo ser desenvolvido por meio de voluntários, traz à essas formas de prisão, o trabalho de pessoas que acreditam na capacidade de recuperação dos apenados e se propõem a dedicar o seu tempo a elas independente de retribuição financeira, faz com que a proposta apaqueana seja melhor recebida.

As vantagens da APAC são inúmeras, e é justamente por isso que se propõe que essa forma de prisão se torne a regra e não a exceção. Para que se supere o Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro, é preciso que sejam submetidos a ela todos os condenados, ou quase todos. Ressalta-se que a APAC é uma proposta e não uma imposição, então os condenados devem concordar em terem suas penas aplicadas nas APACs e não nas cadeias comuns, mas o que se almeja é que haja estrutura para que a todos isso seja oportunizado, de modo que gradualmente as APACs possam se tornar a



principal forma de prisão no Brasil. É certo que não há soluções fáceis para problemas complexos, como o do sistema carcerário brasileiro. Mas, a expansão das APACS representam um grande avanço em busca da efetiva ressocialização e da observância do postulado da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 6 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF* Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 08 fev. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>). Acesso em: 08 out. 2020.

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

COSTA NETO, Nilo. *Sistema Penitenciário Brasileiro: a fabilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24073/sistema-penitenciario-brasileiro-a-falibilidade-da-prisao-no-tocante-ao-seu-papel-ressocializador>. Acesso em: 24 mar. 2021.

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

FBAC. *A APAC: o que é?* Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/realidade-atual/o-que-e-apac>. Acesso em: 06 set. 2020.

FBAC. *Filosofia da apac*. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/filosofia-da-apac>. Acesso em: 06 set. 2020.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal Brasileiro. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1037, 4 de maio de 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret: 2004.

LOPES, Cláudio Ribeiro. *Breve estudo sobre as teorias dos fins da pena: um olhar histórico contemplativo sobre a realidade contemporânea*. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031289.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2020.

MARTINS, João. *Das teorias da pena no ordenamento jurídico brasileiro*. In: Jusbrasil: portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934870/das-teorias-da-pena-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 11 nov. de 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Henrique Viana Bandejas. Das funções da pena. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, a. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620> Acesso em: 14 de mar. de 2021.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

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

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1.º a 120. v. 1. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

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

O SISTEMA ACUSATÓRIO E OS ELEMENTOS DE INFORMAÇÕES OBTIDOS A PARTIR DA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

Aryane Pereira Verly

Graduada pela Universidade
Cândido Mendes. Advogada.

Resumo - O inquérito policial é uma peça investigativa, que possui o condão de recolher informativos para embasar a instauração da ação penal. É um instrumento preparatório para a ação penal. O objetivo desse estudo foi explorar a importância do inquérito policial para o processo penal e como ele concorre para a formação da *informatio delicti*, analisando o valor das provas colhidas em sede de inquérito policial e sua influência no processo judicial penal, mediante a atuação pré-judicial do órgão policial, do Ministério Público e do Juiz. Nesse ínterim, também se buscou estabelecer algumas possibilidades de cunho garantista, considerando a referência de nossa carta magna a um sistema acusatório e mais coerente com um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitório. Inquérito Policial. Contraditório. Prova Penal.

Sumário – Introdução. 1. Sistemas processuais penais: Sistema acusatório, Misto e Inquisitivo na Instrução processual. 2. O inquérito policial e os direitos fundamentais: Controvérsias acerca do acusado como sujeito de direitos. 3. O valor da prova colhida no inquérito policial. Conclusão. Referências.

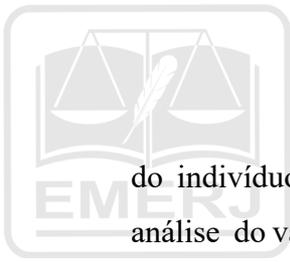
INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca delimitar o valor da prova colhida no inquérito policial e sua utilização pelo magistrado na fundamentação da sentença penal condenatória, analisando historicamente os sistemas processuais penais, desde o sistema de processo penal romano até os dias de hoje, representado por um Estado Democrático de Direito.

Na história jurídica, os homens buscaram a cognição de determinado assunto, nas mais diversas áreas, para que, a partir dela, pudessem tomar aquilo que entendiam ser a melhor decisão. Para tanto, criaram, nesse curso histórico, os mais variados sistemas aos processos de conhecimento, especificando, com lastro nesses sistemas, os limites da busca cognitiva.

Com efeito, é necessário também delimitar as características do sistema processual penal de cunho acusatório e, assim, verificar a dinâmica dos sujeitos presentes no cenário da relação jurídica processual, para que possamos concluir a relação principiológica entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941.

A análise sobre as características do sistema acusatório recairá, sobretudo, nos postulados constitucionais da separação de poderes e dos direitos e garantias fundamentais



do indivíduo, típicos de um modelo de Estado garantista, ou seja, o foco compreende a análise do valor das provas colhidas em sede de inquérito policial e sua influência no processo judicial penal, mediante a atuação pré-judicial do órgão policial, do Ministério Público e do Juiz, procurando estabelecer as possibilidades garantistas deste instituto.

O primeiro capítulo do trabalho trata sobre o sistema inquisitório e o sistema acusatório, analisando sob a perspectiva da evolução dos procedimentos, bem como, as influências das políticas criminais, no decorrer dos séculos, no intuito de definir os sistemas processuais penais, para que se entenda a posição dos sujeitos ou partes na relação processual penal, o modo como atuam e o valor da prova produzida.

Em seguida, no segundo capítulo analisa-se a natureza jurídica do Inquérito Policial, sob a ótica da consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal, no que tange à aplicação dos direitos e garantias fundamentais mesmo em sede de investigação policial.

Ao longo do artigo, a grande discussão também recairá sobre a prova penal e o princípio do contraditório, condição essencial para nortear os limites do valor encontrado nos elementos de informação colhidos na investigação preliminar. Importante também será fixar as funções desses elementos trazidas pela doutrina brasileira e pela jurisprudência a qual desempenhou grande papel na história do processo penal.

Por fim, a análise incide na síntese da crise generalizada do instituto do inquérito policial e da fase pré-processual no sistema penal como um todo, considerando a recente reforma do Código de Processo Penal de 1941 que modificou alguns temas, sobretudo, o tema das provas, dando origem à Lei n. 11.690/08.

A pesquisa é concretizada por meio do método exploratório e descritivo, almejando aparato doutrinário e legal para abordagem do tema, com o intuito de fomentar o debate jurídico sobre o tema, bem como acrescentar ideias e soluções para análise da questão proposta, extremamente atual.

Nessa toada, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é, necessariamente, qualitativa. No que se refere ao procedimento, a pesquisadora busca lidar com o assunto proposto por meio de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, analisando a ocorrência do fenômeno jurídico proposto na sociedade, considerando seus efeitos e consequências, sua relevância, sua urgência para então embasar sua tese.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: SISTEMA ACUSATÓRIO, MISTO E INQUISITIVO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A análise histórica acerca dos sistemas penais puros demonstra a existência de dois tipos: o sistema inquisitório e o sistema acusatório. No entanto, com a evolução dos procedimentos e com as influências das políticas criminais, encontra-se, hoje, não um sistema puramente acusatório que foi concebido no decorrer dos séculos como o modelo ideal, mas um sistema misto.

Sistemas jurídicos não se diferenciam pela mera distinção legal; eles trazem consigo uma historicidade que carrega um caldeirão de características. Uma vez separadas e elencadas, estas permitem ao estudioso uma compreensão mais profunda do tema analisado. Com o processo penal, não é diferente. Nesse entendimento, Mauro Andrade¹ conclui que um sistema jurídico representa uma espécie de inteligência ordenativa, pois estes

[...]consistem numa reunião conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continência e conteúdo, respectivamente.

Nessa toada, a compreensão do funcionamento e particularidades dos sistemas é de suma importância, visto que é necessária a definição dos mesmos para que se entenda a posição dos sujeitos ou das partes na relação processual penal, o modo como atuam e o valor da prova produzida².

A partir dessa premissa, o autor assevera que, pela manifestação histórica dos sistemas, existem elementos que os criam e sustentam (princípios reitores) e elementos que permitam seu funcionamento e maleabilidade (princípios variáveis) no mundo físico, dos fatos e que, portanto, não são necessariamente exclusivos de determinado sistema processual penal.

A maioria dos doutrinadores que aborda esse assunto costuma adotar uma postura mais simplificada, mas que concorda na conjectura de uma ou mais premissas que definem a base axiológica, e que seriam, por conseguinte, seu centro diferencial, fixando de forma mais ou menos abstrata os preceitos que a cercam e o grau de unidade das ligações entre eles.

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p.100-115.

² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 61-69.



O Processo Penal Romano, na sua segunda fase, a acusatória, foi de grande influência ao sistema atual, e suas características são encontradas principalmente no sistema do Tribunal do Júri³. A sua criação, pelo Estado Romano, objetivava uma persecução penal mais eficiente, uma vez que o Estado encontrava-se em expansão territorial e necessitava exercer a sua supremacia política perante os povos conquistados.

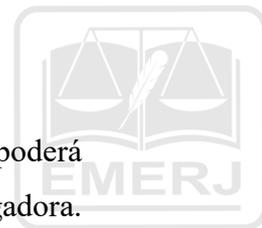
O sistema acusatório, por conseguinte, tem sua origem calcada na consolidação da formação do Estado Inglês, e aparece muito mais como mais uma tentativa de conter os poderes absolutos de um governante. Numa lógica jurídica que já era da common law, isto é, fundamentada na força consuetudinária, seus princípios levavam a um tipo de combate legal entre acusação e defesa que procurava colocar uma igualdade de condições. O réu passa a ser cidadão e não poderia, nessa lógica, ter seus direitos individuais retiradas a esmo, particularmente pela força coercitiva de um tirano. Aqui novamente aparece o âmago da questão: o sistema acusatório se baseia num processo de partes; o julgador não tem iniciativa probatória, mas atua – ao menos teoricamente – de modo imparcial, para “manter a ordem”.

O objetivo do processo penal de cunho acusatório é estipular que este ocorra em conformidade legal, isto é, de modo a assegurar um justo espaço de atuação tanto da defesa quanto da acusação, e o mérito passa a ser restringido – em tese – aos fatos que foram dispostos durante o julgamento. É uma posição do juiz, que se pretende imparcial, e a segurança de que o processo, desde sua gênese até sua conclusão, corra sob a égide acusatória, sem arbitrariedades ou excessos (inclusive por parte do próprio magistrado).

O magistrado fica afastado da fase investigatória e não é considerado parte na relação processual, justamente para preservar a igualdade e o equilíbrio entre o órgão que acusa e a defesa, sendo, além disso, além de mediador, o garantidor da legalidade e da efetivação dos direitos do acusado na busca da verdade processual.

O processo inquisitivo é marcado pela supressão de direitos e garantias ao acusado. Neste sistema processual, o juiz da causa possui a discricionariedade de iniciar a ação,

³ “Até hoje, no procedimento do sobredito Tribunal, adota-se procedimento similar àquele das *questiones perpetuae*, notadamente quanto à: (i) forma de recrutamento dos jurados: cidadãos de notória idoneidade, cujos nomes constam de lista anualmente confeccionada pelo juiz-presidente (CPP, ARTS. 436, 439, 440 e 441); (ii) denominação dos componentes do órgão judicante popular: jurados (CPP, art. 433); (iii) formação do órgão judicante mediante sorteio (CPP, arts. 427, 428 e 429); (iv) recusa de certo número de sorteados, sem necessidade de motivação (CPP, art. 459, § 2º); (v) prestação de juramento por parte dos jurados (CPP, art. 464); (vi) metodologia de votação, mediante resposta simples e objetiva: sim ou não (CPP, art. 485); (vii) decisão tomada por maioria de votos (CPP, art. 488); (viii) soberania dos veredictos (CR/88, ART. 5º, XXXVIII, c); (ix) atribuição do juiz-presidente (CPP, art. 497); (x) indispensabilidade de comparecimento do acusado para realização do julgamento (CPP, ART. 449)”. SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. *Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 842, ano 94, p.421, 2005.



acusar e julgar, ou seja, é este que irá dar início, de ofício, ao processo, bem como poderá colher as provas e, ao final, aplicar pena ao acusado, exercendo a função julgadora. Preceitua Tourinho Filho⁴:

O processo do tipo inquisitório é a antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras da igualdade e liberdades processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este parece em uma situação de tal subordinação que se figura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito.

Tratando-se de inquérito policial, pode-se dizer que este é absolutamente inquisitivo, pois, no seu procedimento, não se observam direitos e garantias do acusado, como do contraditório e da ampla defesa. No procedimento de inquérito, o acusado é objeto da investigação e sobre ela nada pode alegar.

Até mesmo as diligências requeridas pela defesa durante a investigação poderão ser aceitas ou não, conforme a discricionariedade da autoridade policial. Outrossim, as provas produzidas durante o inquérito não são judiciais, são meros indícios, e sobre estes não há oportunidade de defesa por parte do indiciado. Não obstante, a autoridade policial possui discricionariedade para realizar todas as investigações necessárias à elucidação do fato, realizar as diligências que julgue necessário, bem como requerer as medidas, tudo nas mãos de somente um órgão estatal.

Portanto, trata-se de um sistema completamente contrário ao Estado Democrático de Direito, um sistema fechado, antiquado e que fere de morte os preceitos trazidos na Constituição da República de 1988.

O sistema misto trata-se de um sistema processual híbrido que abrange tanto o sistema acusatório quanto o inquisitivo.

Nesse sentido, preceitua Tourinho Filho⁵:

Finalmente o processo de tipo misto. Desenvolve-se em três etapas: a) a investigação preliminar, a cargo da Polícia Judiciária, sob a orientação do Ministério Público; b) instrução preparatória, a cargo do Juiz Instrutor; e c) fase do julgamento. Das duas primeiras não participa a Defesa. Na fase do Julgamento, o processo se desenvolve contraditório.

Mirabete⁶ segue a mesma premissa:

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30. ed. V.3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35-36.

⁵ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 78-88.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 120.



O sistema misto, ou sistema acusatório formal, é constituído de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento). [...] no direito contemporâneo o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e se subdivide em duas orientações, segundo a predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão.

Diz-se misto, pois, durante a fase de investigação, que ocorre através dos inquéritos, é utilizado o sistema inquisitivo, em que não há participação da defesa. Depois de concluídas as investigações, inicia-se uma fase preparatória do processo penal, para que só então, na fase processual, recebida a denúncia ou a queixa, a defesa possa se valer do contraditório e da ampla defesa.

A problemática deste sistema é acreditar que, na fase de instrução processual, haverá um sistema acusatório puro, o que de fato não ocorre.

2. O INQUÉRITO POLICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTROVÉRSIAS ACERCA DO ACUSADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

O inquérito policial, quanto à definição legal, o Código de Processo Penal brasileiro não contempla, em sua estrutura, uma conceituação minuciosa do instituto, e delimita arestas pouco rigorosas para sua limitação procedimental. Pela doutrina, podemos trazer Tourinho Filho⁷ para uma definição mais legalista: o inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela polícia civil ou judiciária, visando a elucidar as infrações penais e sua autoria. Mais detalhadamente, tratando o inquérito já como procedimento, Mirabete assevera que:

O inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais, etc.

O inquérito policial é, por conseguinte, um procedimento administrativo, de persecução criminal, inquisitório, de instrução provisória, escrito, sigiloso e de competência da Polícia Judiciária, órgão responsável pelos atos essenciais de investigação.

Os elementos colhidos em sede de inquérito têm o objetivo de construir a *opinio delicti* do Ministério Público que, com base nesses elementos, decide sobre a instauração ou não da ação penal, através da denúncia ou arquivamento do inquérito, respectivamente, e

⁷ TOURINHO FILHO, 12.ed. op. cit., p. 122.

fundamentar pedidos com caráter cautelar.

A inexistência do contraditório formal, somada a grande concentração de poder discricionário na figura da autoridade policial desvincula o inquérito de uma natureza processual, embora este possua formas e princípios comuns ao processo penal que o seguirá. O inquérito é apontado no código de processo penal, no Livro I, Título II⁸, e compõe a persecução criminal estatal brasileira, caracterizando-se como o principal instrumento no âmbito de repressão ao crime.

Trata-se de uma peça escrita, cuja elaboração deve ser dada em prazo exíguo, nos ditames do art. 10 do CPP, visto que o objetivo primário é a mera confirmação da materialidade de um delito. Não obstante seja na legislação uma exceção, na prática o prolongamento do prazo ad aeternum ocorre em um grande número de vezes; este comportamento não é constitucionalmente coerente, visto que o inquérito perderia sua função primária para tornar-se flagrante abuso do poder investigativo estatal.

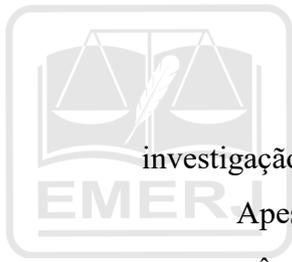
Aury⁹ enquadra o inquérito policial – instituto brasileiro – como representante de um sistema de investigação preliminar. A investigação preliminar está presente a outros modelos processuais penais que não o nosso, e podem diferir muito ou pouco de nossa modalidade policial. No sistema de investigação criminal brasileira, que se resume basicamente no inquérito policial, a atribuição é da Polícia Judiciária, também chamada de Polícia Civil. A autoridade policial competente está na pessoa do Delegado de Polícia, que detém a presidência da investigação preliminar: Esta destina-se a solucionar os crimes e auferir a autoria. A partir do conhecimento do fato delituoso a autoridade policial responsável instaura o procedimento administrativo adequado para apuração.

A fase investigatória preliminar, que compreende o Inquérito, não tem o rigor procedimental da fase processual, podendo o Delegado de polícia conduzir as investigações da forma que entender mais adequada, ao passo que os artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal⁹ contemplam um rol exemplificativo de diligências que podem ou não ser desenvolvidas pela autoridade policial.

Desse modo, a discricionariedade dada ao Delegado de polícia no procedimento do inquérito, implica liberdade de atuação nos limites da lei. Caso sejam ultrapassados esses limites, sua atuação será contrária à lei, o que não se permite, uma vez que a discricionariedade não é absoluta, pois há medidas que para serem executadas na fase de

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.50-55.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.



investigação precisam de autorização judicial¹⁰.

Apesar da constatação clássica de um poder discricionário que emanaria por aquele que se vê na posição da administração pública, sabe-se que o inquérito tem estrutura peculiar, que o difere de um ato administrativo comum. O inquérito policial é imbuído de caráter administrativo como mero mecanismo de legitimação, apenas para se “excluir” de qualquer força judiciária e eventuais exigências garantistas que esse título geraria. Por outro lado, se isenta de muitos princípios pertinentes à atividade administrativa, tais como a publicidade e a transparência.

As limitações legais do inquérito são muito tênues, pois este não dispõe de regulamentação de procedimento unificada; quando muito, a delimitação é genericamente posta por leis orgânicas estaduais. As providências, de cunho genérico, a serem tomadas quando instaurado o inquérito são no intuito de esclarecer a ocorrência, tipificando eventual conduta criminosa.

O entendimento na doutrina majoritária, é de que o inquérito policial possui caráter inquisitorial, ou seja, devido a sua natureza administrativa a ele não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa. Tratando-se de princípio do contraditório e ampla defesa, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição¹¹, consagra que esses princípios se aplicam aos “litigantes” e aos “acusados em geral” e, por esse motivo não aplicam ao procedimento do inquérito, pois, ainda que haja uma pretensão acusatória não há o que se falar em partes.

Em 2016, foi publicada a Lei nº 13.245/16¹², que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil¹³, em seu artigo 7º, inciso XXI, alínea “a”, concedendo o direito de defesas investigações preliminares, a alteração trouxe a seguinte redação:

Art. 7º São direitos do advogado:

XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração das infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) Apresentar razões e quesitos.

A referida lei não torna obrigatória a presença do advogado na fase do inquérito policial, apenas reforça o direito dos advogados de acessarem os autos de investigação e, também, de acompanharem todas as oitivas colhidas nessa fase.

¹⁰ SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.100-110.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.61.

¹² BRASIL. *Lei nº 13.245*, de 12 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹³ BRASIL. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.



Cumpra salientar que com a consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal, é possível afirmar que mesmo em sede de investigação policial os direitos e garantias fundamentais são aplicados, em que pese essa aplicação ser em uma escala bem reduzida. Segundo Fauzi Hassan Choukr¹⁴, independentemente da posição do indiciado ou acusado nas fases processuais, é imprescindível sua condição de pessoa humana, devendo o Estado se posicionar numa postura ética e democrática e admitir que, mesmo na fase pré-processual, o investigado é presumido inocente (art. 5º, inciso LVII, da CF/88¹⁵). Além de ser considerado culpado somente após o trânsito em julgado de sentença penal, não é obrigado a produzir provas contra a si mesmo¹⁶, nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da CF/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O investigado, como também sujeito de direitos, em que pese a natureza inquisitória do inquérito policial, tem a garantia de acesso aos autos pelo seu advogado. A questão foi pacificada nos Tribunais Superiores como corolário do princípio da ampla defesa e o STF editou a súmula vinculante nº 14¹⁷:

14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Em contrapartida ao que estabelecia o sistema inquisitivo, no sistema acusatório o acusado passa da categoria de objeto de investigação e acusação para a classe de sujeito de direitos e garantias fundamentais.

Como entende Denise Neves Abade¹⁸:

[...] sempre que as medidas processuais que facilitam a aplicação do *jus puniendi* entrarem em colisão com o *jus libertatis*, deverão ser ponderados o interesse estatal de persecução penal e os interesses dos cidadãos na manutenção do mais amplo grau de eficácia dos direitos fundamentais.

¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 32. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006, p. 3-17.

¹⁵ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.htm>> Acesso em: 01 abr. 2021.

¹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, nº 42. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994, p. 31.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143.641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%28143641%2E+O+U+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y647o7f6>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁸ ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 134.



O principal corolário do princípio acusatório é conceituado por Amilton B. de Carvalho¹⁹ que entende que o princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’, nesse momento histórico, da condição humana. Esse pressuposto pode ser desconstituído pelo órgão que acusa que deve estar em paridade de condições com a defesa, no seu sentido material e técnico. Como entende Geraldo Prado²⁰, “a compatibilidade com o princípio acusatório dependerá de a defesa concretamente estar em condições de participar em contraditório do processo (...)”

No entendimento de Tourinho Filho, o devido processo legal exige um regular contraditório, com o antagonismo de partes homogêneas. Deve haver uma luta leal entre o acusado e o acusador. Ambos devem ficar no mesmo plano, embora em polos opostos, com os mesmos direitos, e as mesmas faculdades, os mesmos encargos, os mesmos ônus²¹.

Ademais, o Direito ao contraditório e a ampla defesa, norma prevista no inc. LV do mencionado artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura a bilateralidade dos atos processuais e o livre exercício do direito de defesa²².

Desse modo, o exercício do direito de defesa pressupõe a ciência por parte do acusado acerca da imputação que em face dele é dirigida, daí se conclui que o réu tem direito à citação. Uma vez chamado a participar do processo e ciente da acusação, pode o acusado reagir à acusação, exercendo sua defesa, a qual engloba a autodefesa e a defesa técnica.

3. O VALOR DA PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, como exposto acima, possui natureza jurídica administrativa, de caráter informativo e preparatório para a persecução penal, sendo regido pela regra dos atos administrativos em geral.

Na fase de investigação preliminar não há a apreciação do contraditório e da ampla defesa, em virtude de sua inquisitorialidade. Assim sendo, não há o que se falar em provas durante o inquérito policial, e sim de colheita de elementos de informação conforme prevê o artigo 155, do Código de Processo Penal. Neste sentido Renato Brasileiro Lima²³ diz:

¹⁹ CARVALHO, apud Aury, op. cit., p. 185.

²⁰ PRADO, op. cit., p. 122.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.571.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 abr. 2021.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivim, 2018, p.100.

De seu turno, a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova.

Dessa forma, entende-se por prova os elementos produzidos no curso do processo judicial com a participação das partes, ou seja, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e por elementos de informação os produzidos na fase do inquérito policial, pois são colhidos sem o conhecimento das partes e sem o direito da ampla defesa.

Os elementos de informação tem por finalidade a formação de um juízo de probabilidade pelo Ministério Público e fundamentar as medidas cautelares, provas irrepetíveis e antecipadas. Logo, têm seu valor probatório bastante limitado o que é possível concluir pelo disposto no art. 12 do Código Processual Penal²⁴ quando diz que o inquérito policial deve acompanhar a denúncia ou a queixa para permitir ao juízo decidir sobre a admissibilidade ou não da acusação. Porém, a realidade judiciária penal mostra que esse ideal não ocorre.

De fato, os autos dos inquéritos policiais são anexados às denúncias, fazendo com que o juiz, que deveria ser imparcial, tenha acesso a esses elementos de informação. Portanto, diante dessa situação, propõe-se a cisão física entre o inquérito policial e a ação penal, e, ainda, a existência de um juiz de garantias²⁵ apto a analisar as medidas cautelares e a admissibilidade da denúncia, como ocorre na estrutura processual italiana, segundo Aury Lopes Junior²⁶:

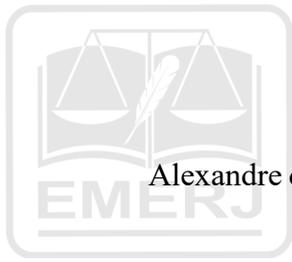
Elogiável, sem dúvida, a técnica adotada pelo sistema italiano, de eliminar dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar (*indagine preliminare*), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório. Como explicam Dalia e Ferraioli, um dos motivos da clara distinção entre o procedimento per *le indagini preliminari* e o processo é exatamente evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos na fase pré processual.

Neste diapasão, o inquérito policial tem valor probatório relativo, pois colhe-se elementos informativos para dar subsídios e convencer o titular da ação penal iniciar uma justa persecução penal. Quanto à relatividade do valor probatório do inquérito policial,

²⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

²⁵ Magistrado que atua apenas na fase de supervisão da investigação criminal. Dispositivo incluído no Código de Processo Penal, pelo Congresso Nacional durante a votação do pacote anticrime, sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro, mas a implementação está suspensa.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 140.



Alexandre deCastro Coura e Américo Bedé Junior²⁷

A relatividade do valor dos elementos de informação do inquérito policial se deve a mais de um motivo: (1) os elementos não são submetidos à formação contraditória; (2) o juiz não poderá tomar decisões fundadas apenas nos elementos de informação, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, valendo notar que o inquérito não é excluído fisicamente do processo, conquanto não seja idôneo para justificar isoladamente um decreto condenatório; (3) os elementos de informação devem ser interpretados em conjunto com as provas carreadas em juízo, sendo relativos justamente porque são vistos conjuntamente com vistas à compatibilidade com a prova constituída durante o trâmite do processo penal, sob crivo do contraditório.

Os elementos informativos obtidos na fase investigatória devem ser corroborados em juízo, em conjunto com as provas colhidas no curso do processo judicial, sendo assim, há de falar em valoração dos elementos de informação colhidos na fase do inquérito. Não corroborado em juízo, incidirá pena nas hipóteses do artigo 386 do Código de Processo Penal, conforme entendimento de Baradaró²⁸.

Em que pesa a natureza inquisitória do Inquérito policial, abre-se uma exceção à produção antecipada de provas, às provas irrepetíveis e às medidas cautelares pela própria natureza das provas e necessidade de garantia dos direitos fundamentais. No caso delas, o contraditório será mitigado²⁹ e postergado ao momento do processo, uma vez que é direito das partes contestarem as provas produzidas anteriormente, seja no seu sentido técnico, seja a sua própria confirmação no caso das medidas cautelares. O objetivo essencial é não comprometer o provimento jurisdicional e evitar as eminentes violações aos direitos e garantias.

Cumprido salientar como exemplo o exame de corpo de delito, perícias e depoimento de testemunhas disposto no art. 225 da Lei nº 3.689³⁰. Nesses termos, Ada Pellegrini Grinover³¹ conclui que a finalidade é assegurar o resultado da prova, ainda na primeira fase da *persecutio criminis*, ou seja, no inquérito policial:

O periculum in mora e o fumus boni iuris autorizam e exigem mesmo a antecipação dessas provas, ad perpetuam rei memoriam. Mesmo com relação a tais cautelares, contudo, não se pode olvidar o princípio do contraditório, simplesmente deslocado para momentos sucessivos.

²⁷ COURA, Alexandre de Castro; BEDE JUNIOR, Américo. *A atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, V. 105, nº 969, p.149-159.

²⁸ BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

²⁹ GOMES FILHO, apud MOURA. *As Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 252-254.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 5.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório: A marcha do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p.40.

O doutrinador Aury Lopes Jr.³², cita alguns requisitos para ser possível produzir provas antecipadamente, quais sejam: a relevância e precisão de seu conteúdo para sentença; impossibilidade de sua repetição na fase processual, com perigo de perecimento de prova; urgência da medida e; necessidade, proporcionalidade e adequação.

Sendo assim, os elementos colhidos na fase do inquérito policial serão valorados quando corroborados em juízo com apreciação do contraditório e ampla defesa. No entanto, sendo preciso a colheita de provas cautelares, não repetíveis e antecipáveis, estas são insignes como prova mesmo na fase de investigação preliminar e antes de ensejar uma persecução penal.

Nessa toada, observa-se que a natureza jurídica da prova colhida em sede de inquérito policial não é de prova em seu sentido técnico, mas sim de elementos informativos. Elementos que cumprem importante papel, uma vez que são capazes de fundamentar medidas cautelares e ajudar na formação da *opinio delicti* do membro do Ministério Público quando da ação penal.

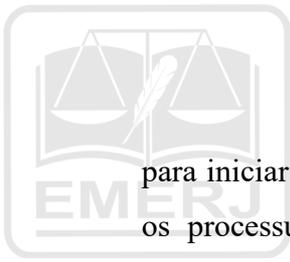
As garantias e os meios eficazes para a preservação dos direitos básicos da pessoa humana, em um Estado Democrático de Direito, são fundamentais para que não haja abusos por parte do Estado, detentor do poder de punir.

Insta destacar que antes da Carta Política de 1988, o direito processual penal era visto de forma inquisitiva e sem muitas garantias contra os abusos do poder estatal. Porém, após o novo diploma legal de 1988, vislumbrou-se um novo rumo no processo penal, visando à preservação dos direitos e garantias individuais frente às alterações de um Estado opressor e arbitrário, permitindo a plenitude do exercício de defesa daqueles indivíduos que estão sendo investigados ou acusados, conferindo aos cidadãos maior segurança jurídico-processual, em respeito aos princípios constitucionais do processo penal.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou que o inquérito policial, apesar de algumas críticas da doutrina e da jurisprudência, ainda assume um papel de significativa importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Através dele são colhidos indícios de autoria e materialidade para sustentar a instauração da ação penal. Além disso, é considerado um limitador para o exercício punitivo estatal. Suas características de sigiliosidade, disponibilidade, oficialidade e inquisitorialidade fazem com que ele seja um elemento basilar

³² LOPES JUNIOR, op., cit., p. 39.



para iniciar a relação processual. Esta última característica é tema de profundo debate entre os processualistas brasileiros, tendo em vista que impõe uma limitação ao direito ao contraditório assegurado na Carta Magna.

Existe uma corrente minoritária da doutrina que legitima a efetivação do contraditório durante o curso do inquérito policial, por entender que a sua não aplicação fere o modelo de Estado Democrático de Direito vigente no ordenamento pátrio. Nessa perspectiva, entende-se que o investigado é um sujeito de direitos e não deve ser considerado um simples objeto de investigação. Deve, desse modo, ter assegurado seus direitos previstos na constituição, especialmente no que se refere à sua defesa. Por outro lado, a doutrina majoritária entende que o inquérito policial é apenas um instrumento para colher elementos de informação, servindo de base para o início da ação penal, não sendo instrumento gerador de sanção para o investigado. Por isso, não tem um fim em si mesmo. Logo, trata-se de uma peça meramente informativa, mesmo porque, diante de alguma irregularidade, a ação penal não sofre a pena de nulidade.

Ademais, muitas controvérsias surgem quanto à eleição do sistema acusatório pela Constituição Federal. Há quem o considere inquisitivo, misto e acusatório, mas não há dúvida que a Constituição, através de seus expressos princípios, escolheu o sistema acusatório. O investigado também é sujeito de direitos fundamentais e isso decorre do princípio supremo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88) postulado na Constituição Federal. Dessa forma, é necessária a introdução de certas garantias constitucionais na fase de investigação, mas, sobretudo, adequá-las à natureza jurídica do procedimento administrativo que é instaurado para verificar a ocorrência de infração penal, o inquérito policial.

Nessa toada, o princípio do contraditório é a condição de validade da prova penal, ou seja, é a necessidade de informação e a posterior oportunidade de reação para contrariá-los, sendo fundamental para o devido processo legal e um processo justo. A grande parte da doutrina e da jurisprudência entende que não há possibilidade de introdução do princípio do contraditório na fase de investigação preliminar porque não existe processo nesta fase. A Constituição é clara no art. 5, inciso LV quando diz que o contraditório deve ser observado no processo. Portanto, devido à sua natureza de procedimento administrativo, o inquérito não comporta o contraditório nem a ampla defesa.

Os elementos informativos são assim chamados porque foram colhidos na fase de investigação preliminar e por não comportarem o princípio do contraditório. Não tem valor probatório na sentença penal condenatória, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e

irrepetíveis que observam um contraditório diferido. Assim, os elementos de informação possuem duas funções: estão destinados a formar o convencimento da *opinio delicti* do Ministério Público e servir de base nas concessões de medidas cautelares.

Essa linha de pensamento é aplicável ao ordenamento vigente. Isso porque a acusação formal é o momento adequado para o indiciado desenvolver seu contraditório. Conforme visto anteriormente, o art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que as provas produzidas no curso da investigação devem passar pelo contraditório. Para alguns doutrinadores, a hipótese do investigado efetivar seu contraditório durante a fase pré-processual poderia ser um obstáculo ao acesso das informações úteis à instauração penal. Ressalta-se, entretanto, que algumas provas produzidas no curso do inquérito policial são consideradas extremamente úteis e definitivas. Sob essa hipótese, é compreensível que haja uma espécie de antecipação ao direito de defesa a fim do investigado contradizer a prova pericial, que comumente são utilizadas tanto para a absolvição quanto para a condenação do réu.

Nesta senda, é importante avaliar e refletir acerca da aplicação ou não do contraditório e como essa questão pode interferir na vida pessoal do investigado, pois o fato de ser qualificado como indiciado é consideravelmente perturbador para todo sujeito consciente de sua responsabilidade social. Para exemplificar podemos considerar o exemplo de uma pessoa pública e inocente que está sendo objeto de investigação e a mídia, muitas vezes, exerce uma postura tendenciosa que, mesmo sem provas suficientes, o indiciado acaba sendo indiretamente condenado pela sociedade, causando danos pessoais irreparáveis.

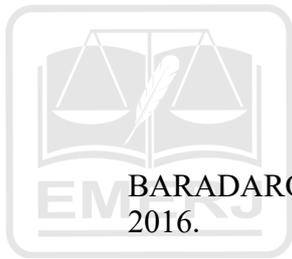
Dessa forma, apesar da maioria doutrinária assumir posicionamento contrário acerca da aplicabilidade do contraditório no inquérito policial, mostra-se oportuno e conveniente que haja uma análise mais crítica e sensibilizada dos casos concretos, a fim de atender as demandas sociais, observando o respeito pelo investigado, uma vez que é sujeito de direitos mesmo na fase preliminar, e não objeto de manipulação do Estado.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 4ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ANDRADE, Vinicius Lúcio de; OLIVEIRA, Gleick Meira. *Inquérito Policial: um modelo em colapso*. Paraíba: UEPB, 2011.



BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 abr.2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%28143641%2E%2E+OU+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8r42jfw>> Acesso em: 09 abr. 2021.

CEICRIM. *Centro de Estudos da Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://www.ceicrim.com.br/artigo/exibe/id/18>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

COURA, Alexandre de Castro; BEDE JUNIOR, Américo. *A atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, V. 105, n.º 969, p.149-159.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação: Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito e termo circunstanciado*. 12. ed. Goiânia: AB, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório: A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivim, 2020.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva,2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2003.



PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuaispenais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, V. 842, Ano 94. 2005.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivim, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, V.3, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



IMPACTOS NA PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Avidio Napoleon Mello e Castro

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

Resumo – o entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de que a presunção de inocência se prolonga até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, até que não seja mais cabível Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, nem Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, colide com o entendimento e a prática, pelos juízes e tribunais, do instituto da prisão preventiva. A essência do trabalho é abordar essa colisão entre os institutos da presunção de inocência e da prisão preventiva, a melhor interpretação a ser dada aos dois, comparando o entendimento teórico desses institutos com o que se vê na prática, examinando o que ensina a doutrina hermenêutica.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Presunção de Inocência.

Sumário – Introdução. 1. Interpretação dos art. 311 a 316 do CPP após mudança de entendimento do STF sobre o art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88. 2. O problema hermenêutico das presunções conflitantes. 3. Interpretação teórica *versus* realidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute os impactos no instituto da prisão preventiva em face da presunção de inocência considerada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para tanto, aborda-se a recente mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a presunção de inocência se prolonga até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, até que não seja mais cabível Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, nem Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, o que causou impactos em outros institutos como, por exemplo, o da prisão preventiva.

Objetiva o artigo discutir a melhor interpretação a ser dada ao instituto da prisão preventiva em face da recente interpretação constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Visa a confrontar as diferentes interpretações dos artigos do Código de Processo Penal atinentes à prisão preventiva em seus antagonismos e presunções colidentes com o dispositivo constitucional respectivo. Analisa, ainda, a difícil convivência de duas realidades distantes: o encarceramento com base em análise superficial e a liberdade mesmo após várias condenações analisadas em primeira e segunda instância por vários juízes e desembargadores.



Prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, conforme artigo 312, pode ser decretada em 4 (quatro) hipóteses: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal e, por fim, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Há, ainda, uma quinta hipótese, presente no parágrafo primeiro do art. 312, qual seja, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Essa presunção de inocência, como vê o Supremo Tribunal Federal, colide com o que o magistrado tem que presumir para decretar a prisão preventiva, num antagonismo de difícil solução: inocente não foge, inocente não destrói provas nem oferece perigo à ordem pública ou econômica.

O tema é instigante e provocador, principalmente se considerada a ampla utilização da prisão preventiva no Direito Processual Penal teórico e na prática dos juizados penais. A prisão preventiva é largamente utilizada, até mesmo numa cognição não exauriente, sem detido exame de provas e contraditório, para encarcerar, por períodos, não raras vezes, longo, suspeitos de crimes apenados modestamente. Por outro lado, condenados por mais de uma vez em primeira instância, com suas penas reanalisadas em segunda instância por órgão colegiado, apenados com algumas dezenas de anos de encarceramento, permanecem soltos por serem presumidos inocentes. Isso justifica um estudo científico mais aprofundado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como pode ficar a interpretação dos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal em face de recentes alterações, pelo Supremo Tribunal Federal, do alcance do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impondo que se considere inocente o acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Analisa-se a constitucionalidade desses dispositivos ante a novel interpretação. Discute-se o futuro da aplicação do instituto da prisão preventiva diante desse posicionamento do STF.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como posicionar a hermenêutica perante a dicotomia na interpretação desses dispositivos. Discute-se se são presunções antagônicas a de inocência e as que autorizam a prisão preventiva. Numa interpretação teleológica, verifica-se como fica a prisão preventiva, bem como numa interpretação sistemática.

O terceiro capítulo pesquisa a realidade forense e prisional confrontada com a interpretação teórica da prisão preventiva e mostra que há um abismo entre as duas, analisando como compatibilizar realidade e teoria no instituto da prisão preventiva.



A pesquisa é desenvolvida numa abordagem qualitativa, com análise dos principais institutos envolvidos e do que se tem de discussão sobre o tema até o momento. Pretende-se, com base nas técnicas de hermenêutica, tanto de norma constitucionais quanto de dispositivos infraconstitucionais, verificar a compatibilidade das interpretações comumente dadas aos institutos da prisão preventiva e da presunção de inocência. Examina-se a possibilidade de convivência harmônica ou, por outro lado, se uma delas tem que ceder à outra, por ser a concomitante observância impossível. 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 para sustentar a sua tese.

1. INTERPRETAÇÃO DOS ART. 311 A 316 DO CPP APÓS MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O ART. 5º, INCISO LVII, DA CRFB/88

A prisão preventiva, conforme Lima¹, é espécie do gênero prisão cautelar, tendo como principais características: 1) ser decretada pela autoridade judiciária competente; 2) mediante provocação durante as investigações, podendo ser de ofício durante o processo criminal; 3) presentes os requisitos do art. 313 do CPP – Código de Processo Penal²; 4) ocorrendo os motivos autorizadores do art. 312 do CPP³; 5) quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP⁴; 6) revisada sua manutenção a cada 90 dias, conforme parágrafo único do art. 316 do CPP⁵. Deve ser medida extrema, a ser tomada quando, na visão do magistrado que a decretar, não houver outra maneira de evitar os efeitos deletérios que a liberdade do investigado ou réu pode acarretar e que a lei não tolera.

Considerando a definição dada e a aplicabilidade excepcional da prisão preventiva, seria de se esperar que tal medida fosse rara e destacada. Não é o que acontece. Expressiva parte dos encarcerados no Brasil está presa preventivamente. Uns aguardam o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, outros estão respondendo a processo penal em curso, outros, ainda, já foram condenados em primeira ou segunda instância, mas não há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entretanto, nada disso tem sido considerado anormal. É situação comum, a se estranhar um estado diverso de coisas. Relatório do DEPEN –

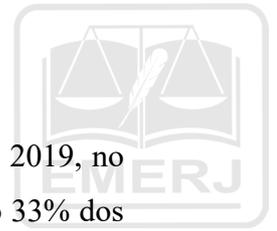
¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. Salvador: JusPodivn, 2019, p. 983.

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.



Departamento Penitenciário Nacional⁶ aponta que, no período de janeiro a junho de 2019, no Brasil, de um total de 752.277 presos, 248.929 estavam presos provisoriamente. São 33% dos presos nessa situação. O Ministro da Justiça e Segurança Pública, entretanto, já declarou que “do atual MJSP você não vai ouvir o surrado discurso de que se prende demais no Brasil”⁷.

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre a abrangência e o alcance do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸, no julgamento das ADC - Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43⁹, 44¹⁰ e 54¹¹, impôs que o início do cumprimento da pena deve ocorrer somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dito de outro modo, o acusado ou réu é presumido inocente até que não caiba mais recurso algum, aí incluídos o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Por ter sido tomada em sede de ADC, esta decisão tem efeitos *erga omnes*, vinculantes e retroativos.

Surge, daí, de maneira imediata, a pergunta: como fica a constitucionalidade e a aplicabilidade da prisão preventiva, em face da interpretação do dispositivo constitucional citado? Lembrando ser o Código de Processo Penal uma lei infraconstitucional e que já existia desde 1941, portanto, desde muito antes da Constituição, só restam três hipóteses: ou os artigos em comento colidem frontalmente com a Carta Maior e, assim, não foram recepcionados por ela, sendo revogados; ou estão plenamente de acordo com o texto constitucional, sendo desnecessário maior dispêndio de energia com a interpretação que os coadune à Constituição Federal; ou, ainda, merecem a chamada “interpretação conforme”, que, dentre as diversas interpretações possíveis dos dispositivos em análise, lhes confere a que melhor de adequa à Lei Magna.

⁶ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2019*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjZjZiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁷ INFOPEN 2019. “*Não há qualquer excesso de prisão preventiva no Brasil*”, defende Moro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/nao-qualquer-excesso-prisao-preventiva-brasil-moro>> Acesso em: 20 out. 2020.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949163&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.



Ocorre que nada disso aconteceu. As consequências da decisão da Suprema Corte ainda não alcançaram a interpretação que se deve dar aos dispositivos que tratam da prisão preventiva no CPP. Vai daí que surge um limbo hermenêutico. Para decretar a prisão preventiva de alguém, o magistrado deve, minimamente, considerar que o acusado ou réu pode fugir, pode destruir provas, ou pode oferecer perigo à sociedade se ficar solto. Entretanto, isso colide com a imposição de que deve presumir que ele é inocente. São mutuamente excludentes as presunções de inocência e de possibilidade de fuga, destruição de provas ou oferecimento de perigo à sociedade. Dito de outro modo, inocente não foge, inocente não destrói provas e inocente não oferece perigo à sociedade¹².

Note-se, não há saída possível para o impasse acima registrado a não ser a revisão, pelo Poder Legislativo Federal, ou da lei processual penal infraconstitucional, o que é mais fácil e exige menor quórum, ou do dispositivo constitucional previsor da presunção de inocência, ou de ambos. Estamos a olhar, mas sem querer ver, uma situação de completa incoerência no ordenamento jurídico, de consequências imponderáveis. Um magistrado poderia, com base na interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu à presunção de inocência, considerar que o instituto da prisão preventiva não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico. Poderia colocar, assim, perigoso delinquente em liberdade em respeito aos ditames da Lei Maior.

Esse estado de coisas em que condenados em primeira e segunda instâncias, com dezenas de anos de pena aplicada em concreto, já julgados por juízes e colegiados de desembargadores, sob dilação probatória exaustiva, com ampla defesa e contraditório garantidos, continuam soltos por poderem recorrer ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal em liberdade, ao mesmo tempo em que acusados e investigados, mediante cognição sumária não exauriente, com base em uma presunção colidente com a de inocência, são mantidos no cárcere por períodos, não raras vezes, de meses ou até anos, merece uma demorada reflexão e uma tomada de ação por parte do Legislativo e do Judiciário sem medo de atacar o problema de frente.

A melhor interpretação, em apertada síntese, ao dispositivo constitucional é aquela dada anteriormente e que aceitava que a presunção de inocência era mitigada conforme as sucessivas condenações iam ocorrendo, ou até com o evoluir das provas surgidas, mesmo com indícios que iam assessorando as provas a convencer o julgador do cometimento do crime. Ao

¹² Poder-se-ia argumentar que inocente pode oferecer perigo à sociedade. Me vem logo à mente o “inocente” que dirige seu automóvel em alta velocidade. Entretanto, até que provoque um acidente de consequências penais com seu comportamento, sua infração é meramente administrativa, sujeita a uma multa de trânsito. Pensar em encarcerar todo tipo de “inocente perigoso” e não haveria espaço possível em nossos presídios.



mesmo tempo dessa mitigação, ia aumentando a certeza da culpa e da justiça advinda do encarceramento. Por outro lado, as decretações de prisão preventiva devem ser parcimoniosas e revistas periodicamente, não cabendo a manutenção de encarceramento por mera conveniência de política criminal. Em suma, a finalidade de todo o aparato estatal, incluídos o Judiciário, a polícia, o sistema prisional, o Legislativo, deve ser revista: serve para proteger os cidadãos de bem dos malfeitores ou serve para proteger esses malfeitores dos excessos do Poder Público? Ou será impossível atingir os dois objetivos ao mesmo tempo?

2. O PROBLEMA HERMENÊUTICO DAS PRESUNÇÕES CONFLITANTES

No presente capítulo, é visto como posicionar a hermenêutica perante a dicotomia na interpretação dos dispositivos em comento. Discute-se se são presunções antagônicas a de inocência e as que autorizam a prisão preventiva. Numa interpretação teleológica, verifica-se como fica a prisão preventiva, bem como numa interpretação sistemática.

Conforme visto, para decretar a prisão preventiva de alguém, de acordo com o que estatui o Código de Processo Penal, o magistrado deve, minimamente, considerar que o acusado ou réu pode fugir, pode destruir provas, ou pode oferecer perigo à sociedade se ficar solto. Entretanto, isso colide com a imposição constitucional, conforme a última interpretação dada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, de que deve presumir que ele é inocente. São mutuamente excludentes as presunções de inocência e de possibilidade de fuga, destruição de provas ou oferecimento de perigo à sociedade. Conforme afirmei, inocente não foge, inocente não destrói provas e inocente não oferece perigo à sociedade.

Em seu festejado livro sobre hermenêutica, Soares¹³ ensina sobre as antinomias jurídicas, que podem ser próprias, quando uma norma jurídica proíbe uma dada conduta enquanto outra norma jurídica faculta a mesma conduta; ou impróprias, caracterizadas por contradições mais sutis entre as normas jurídicas, envolvendo o conflito de valores, finalidades, sentidos e terminologias do sistema jurídico. Entre estas, temos a antinomia imprópria teleológica, que ocorre quando uma norma jurídica estabelece os meios para a aplicabilidade de outra norma jurídica, mas os meios oferecidos se revelam incompatíveis com o fim previsto na norma originária. O citado autor dá como exemplo a lei que fixa o valor do salário-mínimo

¹³ SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. Salvador: Saraiva jur, 2019, p. 150.



não atendendo às necessidades vitais do trabalhador, aludidas na norma constitucional do art. 7º da Constituição de 1988¹⁴.

Esse seria o caso em comento: uma norma inculpada no bojo do Código de Processo Penal autoriza a prisão de um suspeito, que nem acusado ou réu ainda é, com base em cognição sumária, em oposição a uma norma constitucional que, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, só autoriza que se considere alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É dizer: um condenado em primeira instância a dezenas de anos de reclusão, com a pena aplicada confirmada em segunda instância, com seu caso apreciado e julgado em seu desfavor em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, ainda assim não pode ser considerado culpado e recolhido à cadeia para início do cumprimento da pena de dezenas de anos porque a norma constitucional, conforme o prisma hermenêutico do STF, impõe seja considerado inocente.

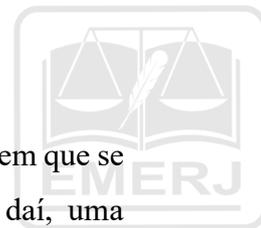
Concomitantemente, um suspeito de furto que, no entendimento precário de um magistrado, antes de devido processo legal, contraditório, ampla defesa, produção de provas e todo o detalhado rito de um processo penal, possa representar perigo à sociedade, é preso “provisoriamente”, prisão essa que pode durar anos. Se não tiver endereço fixo e ocupação demonstrável, pior sua situação.

O citado autor aponta como solução para a antinomia imprópria teleológica o critério hierárquico, que consiste em, havendo antinomia entre uma norma jurídica superior e uma norma jurídica inferior, prevalecer a norma jurídica superior, dentro da concepção piramidal e hierarquizada do sistema jurídico. Por exemplo, havendo conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, prevalecer a Constituição, por ser um diploma normativo de hierarquia superior.

Trazendo para o caso em análise, num conflito entre as normas que instituem a prisão provisória no Código de Processo Penal e a norma constitucional de presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve prevalecer a norma constitucional, de hierarquia superior à norma infraconstitucional. Simples assim. Conforme afirmado, inocente não foge, inocente não destrói provas, inocente não oferece perigo.

O problema reside nas implicações de tal proceder. Se não houver, no ordenamento jurídico, instrumento para alijar da sociedade um suspeito/acusado/réu/condenado recorrível, dada à morosidade da Justiça para que se opere o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, teremos um reinar de impunidades e caos nas ruas.

¹⁴ BRASIL, *op.cit.*, nota 8.



Trata-se da chamada “redução ao absurdo”, espécie de argumentação lógica em que se toma como verdadeira a negação de determinada assunção e infere-se, a partir daí, uma contradição, o que faz da negação da hipótese inicial um absurdo¹⁵. De outro modo: a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória leva a um resultado absurdo, qual seja, a impossibilidade de se encarcerar alguém antes de tal momento, sob pena de encarcerar um inocente. Vai daí que a presunção inicial está errada.

O respeitável doutrinador Maximiliano¹⁶, em sua brilhante obra, ao discorrer sobre o que denomina disposições contraditórias, entre outros critérios para sanar essas contradições, aponta alguns preceitos diretores, como chama, que devem inspirar o intérprete. Destaco a seguinte magistral passagem: “Prefere-se o trecho mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais da coexistência humana”. E continua a lecionar: “Sem embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exequível, útil, ligado por uma correlação natural”.

Em verdadeira aula sobre interpretação sistemática, aponta o professor que a hermenêutica aplicada a determinado dispositivo não pode romper com a harmonia do ordenamento jurídico como um todo. Extrai-se daí que a interpretação que destoa, que rompe com o entendimento direcionador de todo o sistema de normas como um todo, deve estar equivocada.

De qualquer modo, aplicando as técnicas de hermenêutica, quer se utilize a interpretação sistemática, quer se lance mão da interpretação teleológica, uma coisa desponta como certa: os institutos da prisão preventiva e da presunção de inocência, da maneira com que têm sido empregados, estão em colisão interpretativa. Se for utilizada a interpretação teleológica, deve prevalecer a norma de maior nível hierárquico, ou seja, a presunção de inocência, que repousa no seio da Constituição, devendo o instituto da prisão preventiva ser eliminado ou, no mínimo, ser mitigado drasticamente. Se prevalecer a interpretação sistemática, quem está desconforme com o sistema é a presunção de inocência, pelo entendimento que lhe deu o Supremo Tribunal Federal, que praticamente inviabiliza que se afaste um criminoso da sociedade, levando ao caos e à impunidade.

¹⁵ BARBOSA, João Paulo Carneiro; GALVÃO, Mateus de Souza; SANTOS, Leilane Araujo dos. *O Método de Redução ao Absurdo no Livro I do Elementos de Euclides*. Disponível em: <<https://revistas/uece.br/index.php/BOCEHM/article/download/61/19/>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 121



Causa espécie que, desde a decisão do STF sobre a presunção de inocência só cessar quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se tenha estranhado a antinomia entre os dois institutos em comento. Ou a presunção de inocência é princípio inarredável, sendo impossível a prisão de inocente, assim considerado quem não tenha sido condenado com trânsito em julgado da sentença, ou é possível a prisão preventiva de quem, em cognição sumária, parece culpado.

Como coadunar esses dois institutos tão diametralmente opostos, que levam a decisões tão díspares como as aqui apontadas? Como admitir a convivência pacífica entre institutos que levam a decisões tão inconciliáveis? Há, afinal, interpretação possível de um dos dispositivos conflitantes que leve a uma convivência pacífica? Como fica a realidade forense e prisional confrontada com a interpretação teórica da prisão preventiva, evidenciado o abismo entre as duas? Como compatibilizar realidade e teoria no instituto da prisão preventiva? Veremos no próximo capítulo.

3. INTERPRETAÇÃO TEÓRICA *VERSUS* REALIDADE

O presente capítulo pesquisa a realidade forense e prisional confrontada com a interpretação teórica da prisão preventiva e mostra que há um abismo entre as duas, analisando como compatibilizar realidade e teoria no instituto da prisão preventiva.

Relembrando, a prisão preventiva, prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal¹⁷, conforme artigo 312¹⁸, pode ser decretada em 4 (quatro) hipóteses: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal e, por fim, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Há, ainda, uma quinta hipótese, presente no parágrafo primeiro do art. 312¹⁹, qual seja, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Em outras palavras, garantia da ordem pública significa que o suspeito, se permanecer solto, provavelmente vai continuar a delinquir e trazer perigo para sociedade; conveniência da instrução criminal significa que o suspeito pode destruir provas se solto; assegurar a aplicação da lei penal significa que o suspeito pode fugir.

¹⁷ BRASIL, op.cit., nota 2.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.



Seja qual for a hipótese que o magistrado utilize para, cautelarmente, mandar encarcerar um suspeito, estará fazendo isso numa cognição não exauriente, ou seja, sem a produção exaustiva de provas sob contraditório e ampla defesa. Estará, esse magistrado, exercendo um juízo de probabilidade, com base na versão dos fatos a ele apresentada naquele momento. Deveria fazer isso parcimoniosamente, guardando tal medida para aqueles casos excepcionalmente graves em que o risco de errar ao decretar a prisão seja pequeno se comparado ao grande risco advindo da soltura do suspeito. Não é isso o que tem acontecido, pelo que se extrai dos dados estatísticos oficiais que se seguem.

Conforme dados do Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias²⁰, quase um terço dos encarcerados do país está preso provisoriamente. É dizer: não há sentença penal condenatória transitada em julgado que embase a prisão de um em cada três presos. É muita gente, principalmente na comparação entre as porcentagens: para cada dois apenados, com sentença transitada em julgado, temos um que está preso fruto de cognição sumária, cautelarmente, num juízo de probabilidade exercido por um magistrado sem exame detalhado de provas e oferecendo possibilidade de contraditório ao acusado. Um em cada três, pelo menos em tese, pode ser inocente e estar preso injustamente.

Por óbvio, tal realidade não se coaduna com a presunção de inocência de um acusado, suspeito, investigado ou réu. Se tal presunção de inocência, tão fortemente defendida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, a ponto de mandar soltar condenados a dezenas de anos em primeira e segunda instância, que passaram pelo devido processo legal, produção de provas sob o crivo do contraditório, direito de ampla defesa, fosse considerada com a rigidez e inflexibilidade que, conforme aquele Tribunal, são próprias de um imperativo constitucional, não deveríamos ter, como temos, quase um terço dos encarcerados do país em prisão provisória, o que inclui os presos preventivamente.

Para mostrar com que facilidade se pode prender preventivamente alguém, considere-se o exemplo da audiência de custódia, recentemente incluída no ordenamento jurídico pátrio, pela Lei nº 12.403/2011²¹. O inciso II, do artigo 310, do Código de Processo Penal²², prevê a hipótese de conversão da prisão em flagrante em preventiva, por ocasião da audiência de

²⁰ DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LThlMTEtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²¹ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

²² BRASIL, op.cit., nota 2.



custódia, prevista, essa audiência, para acontecer em até 24 horas após uma prisão em flagrante delito.

Apesar da prevista presença de advogado ou membro da Defensoria Pública, bem como de membro do Ministério Público, que poderia dar um ar de contraditório e ampla defesa ao episódio, fato é que o magistrado está tendo contato com o preso pela primeira vez. Mesmo assim, prevê a citada lei que a prisão em flagrante pode ser convertida em prisão preventiva. É dizer: o diminuto prazo previsto para a prisão em flagrante pode se tornar gigantesco ou sem previsão de término por conta de cognição sumária em uma simples audiência.

Repise-se que, na audiência de custódia, o magistrado está tendo contato com o suspeito pela primeira vez. O principal objetivo dessa oitiva é verificar se a prisão não foi arbitrária ou ilegal, se não aconteceram excessos por parte dos policiais, se o devido exame de corpo de delito foi feito. Excepcionalmente, remarca-se, o suspeito pode ter sua prisão em flagrante convertida em provisória. Pelo menos é o que se espera, em teoria, de um instituto tão drástico. Mais uma vez, não é o que nos mostram as porcentagens verificadas na prática, conforme segue.

Em dados estatísticos colhidos no sítio eletrônico do CNJ – Conselho Nacional de Justiça²³, vemos que uma grande proporção das prisões em flagrante é convertida em prisão provisória já na audiência de custódia (449.568 em 752.229, equivalendo a, aproximadamente, 60% dos casos). Infere-se, daí, que grande parte dos presumidamente inocentes que são apresentados a um juiz na audiência de custódia vai de lá para o cárcere sem previsão de data de saída.

A situação é ainda mais grave se for considerada a superlotação das cadeias brasileiras, um estado de coisas inconstitucional. Isso, por si só, já deveria levar a uma utilização bem mais cuidadosa de um instituto que objetiva alijar da sociedade, sem exame mais detido de provas, um suspeito que, provavelmente, é culpado.

Uma outra análise, sob o prisma inverso, pode ser feita dos dados apresentados. Se o número de presos cautelarmente for tomado como razoável, isso indica que o número de presos cumprindo pena fruto de sentença penal condenatória transitada em julgado é pequeno, muito pequeno. Além disso, da superlotação se extrai a necessidade de mais investimentos em complexos penitenciários, o que é difícil para um país com necessidades tão agudas não atendidas em áreas como saúde, educação, infraestrutura e outras.

²³ CNJ. *Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



Em síntese: a teoria e a prática não estão em sintonia. Há um abismo entre a realidade forense / prisional e a teoria estudada no Direito Constitucional e defendida pelos Tribunais Superiores, máxime pelo Supremo Tribunal Federal. Para se compatibilizar as duas, uma delas tem que se adaptar: ou o entendimento dado ao preceito constitucional da presunção de inocência cede à realidade das ruas, dos juizados criminais e dos estabelecimentos prisionais, ou o instituto da prisão preventiva se amolda ao comando maior da Carta Magna e passa a ser empregado muito mais comedidamente.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou a existência de um conflito entre duas interpretações para normas atinentes à prisão. De um lado estão os desdobramentos da recente mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a presunção de inocência se prolonga até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, até que não seja mais cabível Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, nem Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. No lado oposto, temos a prisão preventiva, que pode ser decretada mediante cognição sumária do julgador, antes mesmo de um processo judicial, produção de provas, contraditório e ampla defesa.

O grande problema apontado reside na colisão entre as presunções a serem feitas para se adotar um dos posicionamentos. Levando a extremos a presunção de inocência, não se pode decretar a prisão preventiva de alguém, pois, como apontado, inocente não foge, inocente não destrói provas e inocente não oferece perigo à sociedade. Portanto, faltariam os pressupostos enumerados na lei para que se possa prender alguém preventivamente. Tomando como aceitável e até recomendável a prisão preventiva, cai por terra a presunção de inocência na extensão que lhe deu a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Lançando mão das melhores práticas hermenêuticas e as aplicando ao conflito de normas apontado, se adotarmos a interpretação teleológica, manda a doutrina que se lance mão do critério hierárquico: deve prevalecer a norma jurídica superior, no nosso caso, a que consta na Constituição da República. Por outro lado, se adotarmos a interpretação sistemática, seguindo a melhor doutrina, deve estar equivocada a interpretação que destoa, que rompe com o entendimento direcionador de todo o sistema de normas como um todo. Desse modo, a presunção extremada da inocência não se coaduna com todo o restante do ordenamento jurídico e com a prática das decisões judiciais, devendo ser mitigada.



A realidade forense e prisional em nosso país não deixa dúvidas: 60% das prisões em flagrante são convertidas em prisão provisória - quase todas, preventivas - já na audiência de custódia e um terço dos encarcerados do país está preso provisoriamente. Em suma, o instituto da prisão preventiva é largamente utilizado na prática, sem que se dê atenção ao que prevê a norma constitucional conforme interpretada pelo Supremo Tribunal Federal. De modo simples, é difícil imaginar que o ordenamento jurídico não disponha de meios para embasar o encarceramento dos criminosos e dos afrontadores da lei antes de um demorado e custoso processo criminal, com todas as possibilidades de recursos, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme demonstrado no artigo, a teoria e a prática não estão em harmonia quando se trata do tema em análise. Há um abismo entre a realidade forense / prisional e a teoria estudada no Direito Constitucional. Um dos lados tem que ceder. Lançando mão da “redução ao absurdo”, em que se assume uma hipótese e se demonstra que essa assunção leva a um resultado absurdo, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória leva à impossibilidade de se encarcerar alguém antes de tal momento. Conclui-se que tal presunção é equivocada, pelo menos na extensão dada à interpretação da norma constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, João Paulo Carneiro; GALVÃO, Mateus de Souza; SANTOS, Leilane Araujo dos. *O Método de Redução ao Absurdo no Livro I do Elementos de Euclides*. Disponível em: <<https://revistas/uece.br/index.php/BOCEHM/article/download/61/19/>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

_____. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949163&>>

ext=.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2380p. LIMA, Renato B. de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 929-936.

CNJ. *Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: junho de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 20 out. 2020.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LThlMTEtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

INFOPEN 2019. *“Não há qualquer excesso de prisão preventiva no Brasil”, defende Moro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/nao-qualquer-excesso-prisao-preventiva-brasil-moro>> Acesso em: 20 out. 2020.

KHAN, Karen Louise Jeanete; MENDRONI, Marcelo Batlouni. *As medidas cautelares no processo penal brasileiro: reforma com a lei 12.403/2011*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1017-1046.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1125-1148.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Considerações sobre a prisão cautelar*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1047-1080.



MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *A constituição e a prisão penal cautelar*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 937-961.

SANGUINÉ, Odone. *Efeitos perversos da prisão cautelar*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1081-1124.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. Salvador: Saraiva jur, 2019.

O IMPACTO DO NOVO MODELO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL TRAZIDO PELA LEI Nº 13.964/2019 NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Beatriz Reis de Albuquerque Meyohas

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

Resumo – o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) promoveu mudanças na legislação penal e processual penal. Entre elas, foi modificada a redação do artigo 28 do Código de Processo Penal, que disciplina o arquivamento de inquérito policial e outros procedimentos investigatórios. A partir dessa alteração, o controle judicial do arquivamento foi substituído por um controle interno, realizado no órgão ministerial. Contudo, há outros dispositivos que se relacionam a esse artigo, mas que não foram alterados, como aqueles que preveem a estabilidade da decisão de arquivamento (art. 18) e o aditamento provocado da denúncia ou queixa (art. 384, § 1º). Então, analisa-se o impacto dessa alteração, trazendo as interpretações e os procedimentos que poderão ser adotados pelo ordenamento brasileiro, em observância ao Princípio Acusatório.

Palavras-chave – Direito processual penal. Pacote Anticrime. Inquérito policial. Arquivamento.

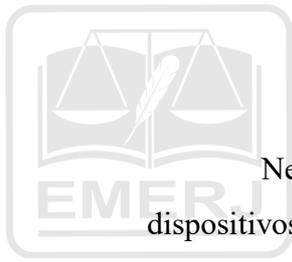
Sumário – Introdução. 1. O novo modelo de arquivamento do inquérito policial após a Lei nº 13.964/2019. 2. A estabilidade da decisão de arquivamento (art. 18 do CPP). 3. A inércia do Ministério Público quando necessário o aditamento da denúncia ou queixa (*mutatio libelli*) (art. 384, § 1º do CPP). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico irá abordar o impacto do novo modelo de arquivamento do inquérito policial trazido pela Lei nº 13.964/2019 em outros dispositivos do Código de Processo Penal (CPP). Para tanto, busca-se analisar esse impacto principalmente com relação a dispositivos que se referem ao arquivamento do inquérito policial, mas que não foram alterados por essa Lei.

A Lei nº 13.964/2019, chamada de Pacote Anticrime, foi responsável por introduzir uma reforma na legislação penal e na legislação processual penal. Sancionada em 24 de dezembro de 2019, essa Lei alterou alguns dispositivos do CPP. Dentre as alterações, foi modificada a redação do art. 28 do CPP, que disciplina o arquivamento do inquérito policial.

A fim de atender ao Princípio Acusatório, retirou-se o controle judicial da decisão sobre o arquivamento. Contudo, em que pese esse artigo tenha sido alterado, há outros dispositivos no CPP relacionados a ele que tiveram sua redação mantida.



Nesse cenário, urge a necessidade de se analisar como se dará a aplicação desses dispositivos diante da nova redação do art. 28 do CPP. No presente trabalho, destaca-se o caso do art. 18 do CPP, que disciplina o desarquivamento pelo surgimento de novas provas, tratando da estabilidade da decisão de arquivamento, e o caso do art. 384, § 1º do CPP, que, ao disciplinar a situação em que o Ministério Público não adita a denúncia ou a queixa, embora seja necessário o aditamento, remete ao art. 28 do CPP.

Considera-se que o presente tema é relevante devido a essa alteração ser recente, o que gera debates acerca do seu procedimento, que ainda não foram profundamente enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência. Ainda, como houve dispositivos relacionados ao art. 28 do CPP que não foram alterados por essa Lei, torna-se interessante a discussão dos impactos que sofreram com a nova redação desse dispositivo.

O primeiro capítulo do trabalho inicia-se analisando como se dá o procedimento de arquivamento do inquérito policial com nova redação do art. 28 do CPP. Nesse momento, será analisado o que foi alterado pela Lei nº 13.964/2019.

No capítulo seguinte, passa-se a abordar como se fundamenta a estabilidade da decisão de arquivamento do inquérito policial, prevista no art. 18 do CPP, com a nova redação do art. 28 desse diploma legal, tendo em vista que esta retirou a natureza judicial daquela decisão. Essa abordagem objetiva encontrar o fundamento adequado para a estabilidade da decisão de arquivamento por questões que envolvam mérito, a fim de evitar que o inquérito seja reaberto a qualquer momento, o que geraria insegurança jurídica ao investigado.

Por fim, o terceiro capítulo do trabalho analisa, diante da nova redação do art. 28 do CPP, o que ocorre quando, necessário o aditamento da denúncia ou queixa (*mutatio libelli*), o Ministério Público se mantém inerte, o que é disciplinado pelo art. 384, § 1º do CPP. Para tanto, busca verificar qual procedimento será adotado, analisando a eficácia desse dispositivo, que traz remissão expressa ao art. 28 do CPP.

A metodologia a ser utilizada no presente trabalho é de natureza de método hipotético-dedutivo, em que serão apresentadas hipóteses a serem discutidas e analisadas, a fim de, com base em argumentos, chegar a conclusões no sentido de as acolher ou afastar. A abordagem do objeto se dará pelo método qualitativo, utilizando-se o procedimento bibliográfico, e a abordagem do objetivo da pesquisa se dará pelo método exploratório, pois seu objetivo principal é esclarecer dúvidas, trazer discussões e acrescentar algo com a conclusão da pesquisa, e não apenas expor posições doutrinárias.

1. O NOVO MODELO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL APÓS A LEI Nº 13.964/2019

O art. 28 do CPP traz a sistemática de arquivamento do inquérito policial e dos demais procedimentos investigatórios. Em sua redação original, determinava o controle judicial: o membro do Ministério Público solicitava o arquivamento ao juiz competente. Caso concordasse, o magistrado homologaria. Caso contrário, remeteria os autos à Procuradoria-Geral, que teria a decisão final, designando novo Promotor caso entendesse pela denúncia.

Criticava-se essa redação por ser incompatível com a matriz acusatória constitucional, devido aos traços inquisitórios da intervenção judicial no juízo acusatório.¹ Ainda, violava a imparcialidade do julgador, que emitia um juízo de valor ao concluir pelo arquivamento devido à insuficiência probatória.² Essa sistemática foi alterada pelo Pacote Anticrime:

Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)³

Trata-se de alteração compatível com o sistema acusatório, o que é um acerto do Pacote Anticrime. Ao excluir o juiz da análise do arquivamento, posiciona os sujeitos na fase de investigação preliminar de acordo com o Princípio Acusatório.⁴ Como o Ministério Público é o órgão acusatório, cabe a ele decidir se há ou não condições para propor as ações penais, o que deve ser fundamentado, devido ao Princípio da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade da Ação Penal de Iniciativa Pública.⁵ Desse modo, é estabelecido um controle interno, por instância de revisão ministerial, órgão colegiado do próprio Ministério Público, e não pelo magistrado.

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 306.

² MENDONÇA, Stephan Gomes. *A nova sistemática de arquivamento do inquérito policial e demais procedimentos investigatórios*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/320999/a-nova-sistemática-de-arquivamento-do-inquerito-policial-e-demais-procedimentos-investigatorios>>. Acesso em: 07 out. 2020.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁴ MENDONÇA, op. cit.

⁵ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 307.



Ao decidir pelo arquivamento, deverá comunicar à vítima, ao investigado e à autoridade policial. Conforme prevê o § 1º, a vítima deve ser comunicada para que, querendo, ofereça impugnação da decisão no prazo de 30 dias. Essa inovação é elogiada por Mendonça⁶, pois há uma valorização da vítima ao permitir que ela influencie nos rumos do inquérito. Como não há procedimento definido, Lopes Jr.⁷ sustenta que esse pedido pode ser feito tanto com base em divergência quanto em mera inconformidade. Nesse sentido, Coutinho e Murata⁸ defendem que, em tese, não é exigido prejuízo, por ter como objeto ato provisório, em formação.

No dispositivo, a expressão “submeter a matéria à revisão” indica que a vítima participará do procedimento, com direitos e garantias. Como não exige a presença de advogado, Lopes Jr.⁹ defende que esse pedido pode ser feito diretamente pela própria vítima.

Por outro lado, não há previsão expressa quanto à legitimidade do investigado e da autoridade policial para intervir. Nesse cenário, Coutinho e Murata¹⁰ entendem que haveria ofensa à isonomia se a intervenção não incluísse o investigado, que tem interesse em defender o arquivamento, e a autoridade policial, que pode ter interesse em defender a investigação.

Segundo Lopes Jr.¹¹, não há previsão de recurso para o investigado por falta de interesse recursal, mas é possível a impetração de habeas corpus para rediscutir a fundamentação do arquivamento. Também não há previsão de recurso para a autoridade policial por falta de interesse recursal, de legitimidade e de capacidade postulatória. No entanto, considerando o processo como um procedimento em contraditório, Coutinho e Murata¹² defendem que todos aqueles que possam ser atingidos pela decisão devem participar do processo, a fim de ser observado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV da Constituição).

Ademais, destaca-se que, quando o arquivamento envolver crime praticado contra entes públicos, caberá ao chefe do órgão atribuído da representação judicial requerer a revisão, conforme dispõe o § 2º, que também deverá ser comunicado da decisão de arquivamento.

Em que pese o dispositivo seja silente quanto à comunicação ao juiz das garantias, esta é necessária, pois é ele quem realizará eventual baixa de distribuição ou de registros e eventual

⁶MENDONÇA, op. cit.

⁷LOPES JUNIOR, op. cit., p. 308.

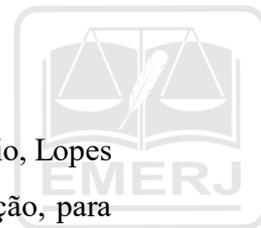
⁸COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, mai.2020.

⁹LOPES JUNIOR, op. cit., p. 308.

¹⁰COUTINHO; MURATA, op. cit.

¹¹LOPES JUNIOR, op. cit., p. 309.

¹²COUTINHO; MURATA, op. cit.



revogação de medidas cautelares, de acordo com o art. 3º-B, VI do CPP.¹³ Nesse cenário, Lopes Jr. e Rosa¹⁴, defendem que basta o pedido de arquivamento, mesmo sem homologação, para que sejam revogadas eventuais medidas cautelares pelo juiz das garantias.

No *caput* do dispositivo, determina-se o encaminhamento automático dos autos à instância superior para ser homologado. Por outro lado, o § 1º condiciona a revisão a um pedido da vítima ou de seu representante legal. Trata-se de redação confusa, o que deverá ser desenvolvido por regulamentação interna do Ministério Público.¹⁵

Aras¹⁶ entende que há uma espécie de remessa necessária à instância superior do Ministério Público, que poderá confirmar ou discordar da decisão, total ou parcialmente. Caso discorde, deverá designar novo membro para exercer a ação penal. Então, caberá à instância revisora analisar tanto a homologação quanto eventual impugnação. Nesse cenário, é recomendável aguardar o decurso do prazo de 30 dias, a fim de apreciá-las em conjunto.¹⁷

A nova redação do art. 28 não indica o órgão revisor, o que será determinado pelas respectivas Leis Orgânicas. Com relação ao Ministério Público da União, a Lei Complementar nº 75/1993 não estabelece expressamente, mas, em interpretação realizada com a sistemática anterior, considerava-se que a homologação era atribuição do Procurador-Geral, após a oitiva das Câmaras de Coordenação e Revisão Criminal. Na prática do Ministério Público Federal (MPF), o Procurador-Geral da República já não participava da decisão de homologação, cabendo à Câmara Criminal competente. Nos demais Ministérios Públicos, ausente a atribuição específica, cabe ao Procurador-Geral, como chefe da instituição, representá-la.¹⁸

Lopes Jr. e Rosa¹⁹ criticam essa revisão obrigatória, pois será mais fácil denunciar do que arquivar, resultando em uma tendência maior a denunciar. Então, cabe ao juiz das garantias analisar a pertinência da acusação, seja processando a ação penal, seja trancando as investigações (art. 3º-B, IX do CPP). Considerando que não há diferença ontológica entre trancamento e arquivamento, “o encerramento das investigações, independentemente do seu

¹³ARAS, Vladimir. *O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹⁴LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Como se procede o arquivamento no novo modelo do CPP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo>>. Acesso em: 10 set. 2020.

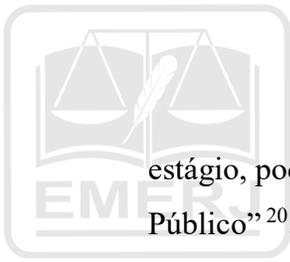
¹⁵MENDONÇA, op. cit.

¹⁶ARAS, op. cit.

¹⁷COUTINHO; MURATA, op. cit.

¹⁸ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. *O arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

¹⁹LOPES JUNIOR; ROSA, op. cit.



estágio, poderá ser determinado pelo Juízo, mesmo que discorde o representante do Ministério Público”²⁰. Então, caberá à doutrina fixar os parâmetros do que seria considerado fundamento razoável a fim de permitir o trancamento pelo juiz das garantias.

Aras²¹ destaca que essa remessa poderá ser dispensada por meio do sistema de enunciados quando não houver recurso da vítima ou quando o arquivamento for pautado em entendimento do órgão revisor, o que já é aplicado na 2ª Câmara Criminal do MPF:

Enunciado nº 36: Quando o arquivamento da notícia de fato, do procedimento investigatório criminal ou do inquérito policial for promovido com fundamento nas hipóteses previstas na Resolução CNMP nº 174, de 4 de julho de 2017, ou tiver por base entendimento já expresso em enunciado ou orientação da 2ª Câmara, os autos não deverão ser remetidos à 2ªCCR, salvo nos casos de recurso ou quando o membro oficiante julgar necessário, registrando-se apenas no Sistema Único e cientificando-se o interessado por correio eletrônico.

Redação alterada na 149ª Sessão de Coordenação, de 23/04/2018.²²

Com a manutenção da decisão, deverão ser arquivados os autos na estrutura administrativa do próprio Ministério Público. Nesse cenário, o juiz das garantias deve ser comunicado para dar baixa no controle.²³

Ante o exposto, conclui-se que essa nova sistemática resultará em um maior controle tanto das decisões de arquivar quanto das decisões de acusar. Em consequência, Aras²⁴ defende que as “acusações serão mais precisas e responsáveis” e que o Ministério Público terá maior discricionariedade sobre a decisão de não acusar. Então, caberá ao Conselho Nacional do Ministério Público regulamentar o procedimento e orientar os órgãos do Ministério Público, a fim de uniformizar posições institucionais, fortalecendo os Princípios da Unidade e da Indivisibilidade do Ministério Público.

Contudo, esse controle interno demanda infraestrutura e gastos, o que exige prévia dotação orçamentária e prazo adequado para implementação. Nesse sentido, a eficácia dessa nova redação foi suspensa em Medida Cautelar na ADI 6299/DF, em 22 de janeiro de 2020, sob a justificativa de que há violação das cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas e da autonomia financeira dos Ministérios Públicos e que o prazo para implementação dessa regra não é razoável.²⁵ Desse modo, deve-se aguardar que essa nova sistemática entre em vigor para verificar como será regulamentada e como se dará na prática.

²⁰MENDONÇA, op. cit.

²¹ARAS; BARROS, op. cit.

²²BRASIL. Ministério Público Federal. *Enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>. Acesso em: 08 out. 2020.

²³LOPES JUNIOR; ROSA, op. cit.

²⁴ARAS; BARROS, op. cit.

²⁵MENDONÇA, op. cit.

2. A ESTABILIDADE DA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO (ART. 18 DO CPP)

Antes da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), considerava-se que o arquivamento do inquérito policial possuía natureza jurídica de ato judicial. Em que pese o art. 67, I do CPP tratasse tal ato como “despacho”, entendia-se que, na verdade, era decisão judicial, pois era responsável por encerrar a fase de persecução penal.²⁶

Nesse cenário, o art. 18 do CPP dispõe que: “depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”²⁷. Então, traz a possibilidade de desarquivar o inquérito quando, arquivado por carência de provas para a denúncia, a autoridade policial tiver notícia de outras provas, enquanto não for extinta a punibilidade pela ocorrência de prescrição.²⁸

Machado²⁹ destaca que a expressão “falta de base para a denúncia” remete à justa causa em sentido estrito, de modo que o desarquivamento apenas poderá ser realizado quando o arquivamento for feito com base em falta de indícios ou provas sobre a autoria e a materialidade, pois essa decisão formaria coisa julgada *rebus sic stantibus*. Desse modo, a decisão que determinasse o arquivamento se manteria enquanto os fatos que a motivaram também se mantivessem no mesmo estado.

Em sentido similar, apesar de o Supremo Tribunal Federal entender que essa decisão de arquivamento do inquérito policial não formaria coisa julgada nem geraria preclusão, ele reconhece que foi tomada *rebus sic stantibus*. Desse modo, apenas seria possível o desarquivamento desse inquérito com base em notícia de prova nova.³⁰

Em consequência dessa interpretação, Machado³¹ considera que os arquivamentos motivados por outros fundamentos, relacionados ao mérito da causa penal, não poderiam ser desarquivados, pois formariam coisa julgada formal e material.

²⁶MACHADO, Leonardo Marcondes. *Ainda sobre o arquivamento do inquérito policial na lei "anticrime"*. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/academia-policia-ainda-arquivamento-inquerito-policial-lei-anticrime>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

²⁷BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 94.869*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630061>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

²⁹MACHADO, op. cit.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 28.

³¹MACHADO, op. cit.



Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o inquérito policial arquivado com base em atipicidade penal não poderia ser reaberto, pois a decisão judicial de arquivamento sob esse argumento seria definitiva, afastando a incidência do art. 18 do Código de Processo Penal:

Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial - porque definitiva - revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da "persecutio criminis", mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes.³²

Com a alteração do art. 28 do CPP, promovida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), Coutinho e Murata³³ consideram que o arquivamento passou a ser um “ato administrativo composto”, em que o órgão do Ministério Público emite uma decisão de arquivamento e a remete ao órgão superior para homologá-lo. Portanto, o ato ordenatório de arquivamento é provisório e só será consolidado com a decisão da instância revisora.

Em que pese a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) tenha alterado a sistemática do arquivamento do inquérito policial e dos demais procedimentos investigatórios, a redação do art. 18 do CPP, que traz a possibilidade de desarquivamento com base em novas provas, não foi alterada. Nesse cenário, surge uma discussão sobre a estabilidade do arquivamento, que deixou de ser decisão judicial para se tornar ato administrativo composto.

Como não se trata mais de decisão judicial, não cabe mais discutir sobre a formação ou não de coisa julgada da decisão de arquivamento. No entanto, Lopes Jr.³⁴ considera que, apesar de não transitar em julgado e não fazer coisa julgada em sentido próprio, essa decisão é estável, o que só poderá ser afastado com o surgimento de provas novas.

Nesse sentido, Coutinho e Murata³⁵ entendem que a estabilidade decorreria do fato de a decisão de arquivamento ser um ato jurídico perfeito, protegido constitucionalmente pelo art. 5º, XXXVI da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”³⁶

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.156*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384937>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

³³COUTINHO; MURATA, op. cit.

³⁴LOPES JUNIOR, op. cit., p. 310.

³⁵COUTINHO; MURATA, op. cit.

³⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.



Desse modo, o art. 18 do CPP confere estabilidade provisória a esse ato, de modo que o arquivamento do inquérito policial não poderá ser revisado livremente. Essa estabilidade é reforçada pelo Princípio da Moralidade da Administração Pública³⁷, previsto no art. 37, *caput* da Constituição: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.³⁸

Contudo, Coutinho e Murata³⁹ reconhecem que, por se tratar de ato administrativo, o arquivamento do inquérito policial continua sujeito à análise sobre a sua validade, em que pese não possa ser objeto de análise judicial sobre o seu mérito.

Face ao exposto, é possível concluir que, dentro da nova sistemática trazida pelo Pacote Anticrime, o arquivamento do inquérito policial deixa de ter natureza judicial e passa a ter natureza administrativa, tornando-se um ato administrativo composto.

Apesar da alteração da sua natureza jurídica, o arquivamento do inquérito policial continua dotado de estabilidade. Nesse cenário, a sua estabilidade não pode mais ser reconhecida devido à formação de coisa julgada, mas sim devido à formação de ato jurídico perfeito. Em consequência dessa estabilidade, o arquivamento não poderá ser livremente revisado, o que confere segurança jurídica ao investigado.

No entanto, com base no art. 18 do CPP, essa estabilidade é dotada de provisoriedade, tendo em vista que, se o arquivamento for motivado por falta de base para que a denúncia pudesse ser oferecida, esse ato poderá ser revisado diante do surgimento de notícia de novas provas, enquanto não houver ocorrido a prescrição do fato investigado.

Ainda, por se tratar de ato administrativo composto, em que pese seja vedada a análise judicial sobre o mérito do arquivamento, deve ser reconhecida a possibilidade de análise judicial sobre a sua validade, desde que o fato investigado não esteja prescrito.

3. A INÉRCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANDO NECESSÁRIO O ADITAMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA (*MUTATIO LIBELLI*) (ART. 384, § 1º DO CPP)

O art. 384 do CPP traz a situação em que, após a fase instrutória, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou a queixa que instaurou o processo em crime de ação civil pública quando entender cabível nova definição jurídica do fato devido à prova existente nos autos de

³⁷COUTINHO; MURATA, op. cit.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 36.

³⁹COUTINHO; MURATA, op. cit.



elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. Para tanto, o dispositivo confere o prazo de 5 (cinco) dias.

Contudo, é possível que, no caso concreto, o Ministério Público se mantenha inerte e não realize o aditamento espontaneamente dentro do prazo estabelecido em lei. Nesse cenário, o § 1º desse dispositivo faz remissão expressa ao art. 28 do CPP: “não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código”.⁴⁰

Segundo Lima⁴¹, trata-se de hipótese de aditamento provocado:

Como se vê, apesar de o juiz não poder baixar o processo a fim de que o Promotor de Justiça adite a peça acusatória, como estava previsto no revogado parágrafo único do art. 384 do CPP, ainda incumbe ao magistrado o exercício da função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, podendo encaminhar os autos à Chefia do Ministério Público caso o órgão do Ministério Público de 1ª instância não proceda ao aditamento.⁴²

Então, com base na antiga redação do art. 28 do CPP, era possível que o magistrado, caso discordasse do não aditamento realizado pelo membro do Ministério Público, remetesse os autos ao Procurador Geral, que analisaria a questão e teria a decisão final.

Essa possibilidade de aditamento provocado era considerada inconstitucional por parte da doutrina, como Lopes Jr.⁴³, Badaró⁴⁴ e Giacomolli⁴⁵, pois trazia uma possibilidade de o juiz alargar a acusação, o que violaria o sistema acusatório-constitucional.

Por outro lado, a posição majoritária, defendida por Oliveira⁴⁶, considerava essa possibilidade constitucional, por se tratar de função anômala do juiz como fiscal do Princípio da Obrigatoriedade, o que é comum no sistema processual penal brasileiro em outras hipóteses, como era o caso do controle judicial sobre o arquivamento do inquérito policial.⁴⁷

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que esse dispositivo não viola o devido processo legal e não torna necessariamente o magistrado parcial:

Ora, a constatação pelo juiz, deste fato – que aflora da instrução processual –, com seu desvelamento sob a forma de despacho, não torna o magistrado, em meu sentir, parcial. Não se trata de criação, inovação ou mesmo valorização de um fato, mas de percepção das circunstâncias e elementos daquele contexto fático sub judice. Na

⁴⁰BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁴¹LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1671.

⁴²Ibid.

⁴³LOPES JUNIOR, op. cit., p. 1423.

⁴⁴BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 157.

⁴⁵GIACOMOLLI, Nereu. *Reformas (?) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 108.

⁴⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 532.

⁴⁷LIMA, op. cit., p. 1671.



verdade, é o que se espera do juiz, que ele, na busca da verdade real, por meio da instrução processual, consiga apreender o fato com todas as suas circunstâncias, inclusive colhendo aquilo que as partes – por limitação ou vontade – deixaram de narrar.⁴⁸

Entretanto, a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) alterou a redação do art. 28 do CPP, retirando a possibilidade de controle judicial da decisão de arquivamento de inquérito policial e de outros procedimentos investigatórios. Nesse cenário, passou a ser previsto um controle interno, com a análise da decisão por instância de revisão ministerial, órgão colegiado do próprio Ministério Público, e não pelo Judiciário.

Portanto, com essa alteração, não será mais possível o controle judicial diante da inércia do órgão do Ministério Público em relação ao aditamento da denúncia ou queixa para incluir nova definição jurídica do fato. Desse modo, na situação do § 1º do art. 384 do CPP, mesmo que o juiz eventualmente discorde da inércia do Ministério Público, nada poderá fazer. Então, caberá ao magistrado julgar dentro dos limites da denúncia ou queixa, em observância ao Princípio da Correlação.

Nesse momento, Lima⁴⁹ reconhece duas interpretações possíveis com relação à vigência desse dispositivo. Por um lado, seria possível reconhecer a revogação tácita do dispositivo devido à alteração da redação do art. 28 do CPP, pois a *ratio fundante* desse dispositivo seria a mesma do modelo anterior de arquivamento do inquérito policial: a função atípica do juiz como fiscal do Princípio da Obrigatoriedade. Desse modo, por ser incompatível com o novo modelo de arquivamento, deveria ser reconhecida a revogação do dispositivo.

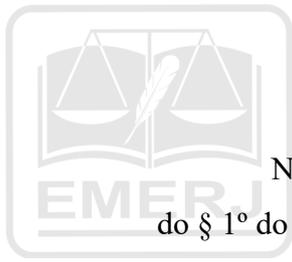
Por outro lado, é possível entender que o dispositivo não foi revogado. Portanto, continuaria vigente, devendo ser aplicada a nova sistemática trazida pela nova redação do art. 28 do CPP. Desse modo, seria realizado um controle interno pelo órgão ministerial sobre o não aditamento da decisão.

No entanto, critica-se essa interpretação, devido à exigência de diligências e tempo, ao passo que não há previsão de suspensão do processo criminal. Então, Lima⁵⁰ considera que tal procedimento será inócuo, motivo pelo qual deve se adotar a primeira interpretação.

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 109.098*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869965/habeas-corpus-hc-109098-rj-stf/inteiro-teor-111144863?ref=serp>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴⁹LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Consequências sistemáticas da nova disciplina do arquivamento da investigação criminal no art. 28 do Código de Processo Penal. In: CAMBI, Eduardo (Org.); SILVA, Danni Sales (Org.); MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime*: v. 1. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 349-371.

⁵⁰Ibid., p. 355.



Nesse cenário, Lopes Jr.⁵¹ defende a possibilidade de se aplicar por analogia a previsão do § 1º do art. 28 do CPP, segundo o qual a vítima ou seu representante legal podem submeter o arquivamento à revisão da instância competente do órgão ministerial caso discordem da decisão. Desse modo, deve-se admitir que a vítima ou seu representante legal submetam à revisão da instância competente do órgão ministerial caso não concordem com a inércia do Ministério Público, que não promoveu o aditamento.

Contudo, trata-se de análise prospectiva, pois o cenário ainda não foi observado na prática devido à eficácia da nova redação do art. 28 do CPP trazida pelo Pacote Anticrime se encontrar suspensa por força da decisão do Ministro Luis Fux na Medida Cautelar na ADI 6299/DF, em 22 de janeiro de 2020.

Portanto, deve-se aguardar a entrada em eficácia dessa nova redação a fim de se verificar qual será o entendimento adotado na prática pelos Tribunais brasileiros.

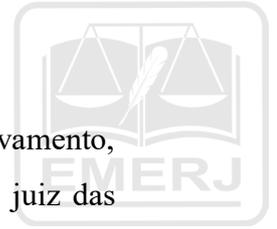
CONCLUSÃO

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) trouxe alterações na legislação penal e processual penal, o que gera debates por não terem sido profundamente enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência. No presente trabalho, foram analisadas questões relativas à nova redação do art. 28 do CPP, que disciplina o arquivamento do inquérito policial e dos demais procedimentos investigatórios, e o seu impacto em outros dispositivos do CPP.

Inicialmente, foi analisado o novo modelo de arquivamento. Na redação anterior, havia um controle judicial sobre essas decisões, o que era considerado incompatível com o Princípio Acusatório e com a imparcialidade do julgador. Com a alteração, esse controle será feito por instância revisora ministerial, órgão colegiado do Ministério Público a ser indicado pelas respectivas Leis Orgânicas, afastando a participação judicial. Nesse cenário, essa alteração é considerada positiva, pois posiciona os sujeitos processuais de acordo com o sistema acusatório.

Há uma valorização da vítima, que pode impugnar a decisão e participar do procedimento de revisão. Com relação ao investigado e à autoridade policial, não há previsão de intervenção no procedimento de revisão, tampouco de legitimidade recursal. Isso é considerado uma ofensa à isonomia, ao contraditório e à ampla defesa, pois todos aqueles que possam ser atingidos pela decisão deveriam participar do processo.

⁵¹LOPES JUNIOR, op. cit., p. 1425.



Esse novo modelo é criticado por facilitar a denúncia e dificultar o arquivamento, gerando uma tendência maior a denunciar. Como solução, há a possibilidade de o juiz das garantias trancar as investigações quando pertinente (art. 3º-B, IX do CPP). Ainda, poderá ser dispensada a revisão por meio do sistema de enunciados quando não houver recurso da vítima ou quando o arquivamento for fundamentado de acordo com o entendimento do órgão revisor, o que já tem sido aplicado em algumas Câmaras Criminais do Ministério Público Federal.

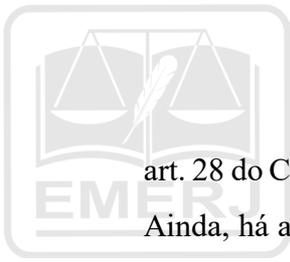
No segundo capítulo, foi abordado o impacto dessa alteração no art. 18 do CPP, que disciplina o desarquivamento pelo surgimento de novas provas e a estabilidade de decisão de arquivamento. Diante da alteração do modelo de arquivamento, surge a discussão sobre o fundamento para a estabilidade dessa decisão, pois foi retirada a natureza judicial da decisão. Portanto, não cabe mais a discussão sobre a formação ou não de coisa julgada.

Com a alteração promovida pelo Pacote Anticrime, o arquivamento passou a ser um ato administrativo composto: há uma decisão do órgão do Ministério Público, que é encaminhada ao órgão superior para homologá-la, consolidando o ato. Apesar de não transitar em julgado e não fazer coisa julgada em sentido próprio, essa decisão continua sendo estável, apenas podendo ser alterada com o surgimento de provas novas.

Nesse cenário, sua estabilidade passa a ser fundamentada na formação de ato jurídico perfeito. Desse modo, continua sendo garantida a estabilidade do arquivamento, a fim de evitar que o inquérito seja reaberto a qualquer momento, preservando a segurança jurídica do investigado. Contudo, não se pode esquecer que essa estabilidade é provisória, pois, quando motivado por falta de base para o oferecimento da denúncia, o arquivamento poderá ser revisado por notícia de prova nova, desde que o fato ainda não esteja prescrito. Além disso, apesar de ser vedada a análise judicial sobre o mérito do arquivamento, admite-se a análise sobre a sua validade, enquanto não ocorrida a prescrição.

Por fim, foi analisado o art. 384, § 1º do CPP, que disciplina a situação em que, apesar de ser necessário o aditamento da denúncia ou da queixa, o Ministério Público não o faz. Nesse cenário, deverá ser aplicado o art. 28 do CPP por remissão expressa. Com a alteração desse dispositivo, não será mais possível o controle judicial quando o Ministério Público se manter inerte em relação ao aditamento. Nesse cenário, o magistrado deverá julgar dentro dos limites da denúncia ou queixa oferecida, em observância ao Princípio da Correlação.

Então, surgem duas possíveis interpretações. É possível entender que houve uma revogação tácita do dispositivo, pois a função anômala do juiz como fiscal do Princípio da Obrigatoriedade seria incompatível com o novo modelo de arquivamento. Em contrapartida, também é possível defender que o dispositivo continua vigente, aplicando-se a nova redação do



art. 28 do CPP: controle interno por órgão revisor ministerial sobre o não aditamento da decisão. Ainda, há a possibilidade de se aplicar o art. 28, § 1º do CPP, de modo a permitir que a vítima submeta à revisão da instância competente do órgão ministerial caso não concorde com o não aditamento do Ministério Público. Entretanto, esse procedimento seria inócuo devido às exigências e tempo necessários sem a suspensão do processo criminal.

Essa nova sistemática traz um maior controle das decisões tanto de arquivar quanto de acusar, cabendo ao Conselho Nacional do Ministério Público regulamentar esse procedimento interno e orientar seus órgãos, a fim de uniformizar as posições institucionais, observando os Princípios da Unidade e da Indivisibilidade do Ministério Público.

Como esse novo modelo de arquivamento do inquérito policial e dos demais procedimentos investigatórios demanda infraestrutura e gastos, é necessária prévia dotação orçamentária e prazo para implementação. Desse modo, a Medida Cautelar na ADI 6299/DF, de 22 de janeiro de 2020, suspendeu a eficácia dessa alteração ao entender que há violação das cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas e da autonomia financeira do Ministério Público e que o prazo para implementação dessa regra não é razoável. Portanto, deve-se aguardar que o dispositivo entre em vigor para verificar sua regulamentação, sua aplicação e seu impacto aos demais dispositivos nos casos concretos, pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos>>. Acesso em: 07 out. 2020.

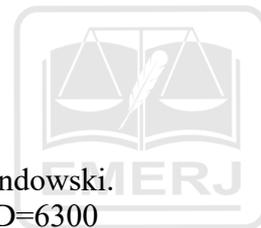
_____.; BARROS, Francisco Dirceu. *O arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>>. Acesso em: 08 out. 2020.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 94.869*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630061>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.156*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384937>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 109.098*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869965/habeas-corpus-hc-109098-tj-inteiro-teor-111144863?ref=serp>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As Regras sobre a Decisão do Arquivamento do Inquérito Policial: o que muda com a Lei 13.964/19? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 11-13, mai. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu. *Reformas (?) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Consequências sistemáticas da nova disciplina do arquivamento da investigação criminal no art. 28 do Código de Processo Penal. In: CAMBI, Eduardo (Org.); SILVA, Danni Sales (Org.); MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime*: v. 1. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 349-371.

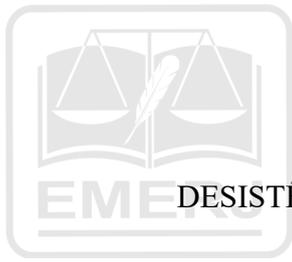
LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. *Como se procede o arquivamento no novo modelo do CPP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo>>. Acesso em: 10 set. 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Ainda sobre o arquivamento do inquérito policial na lei "anticrime"*. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/academia-policial-ainda-arquivamento-inquerito-policial-lei-anticrime>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MENDONÇA, Stephan Gomes. *A nova sistemática de arquivamento do inquérito policial e demais procedimentos investigatórios*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/320999/a-nova-sistemica-de-arquivamento-do-inquerito-policial-e-demais-procedimentos-investigatorios>>. Acesso em: 07 out. 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO: UMA DISCUSSÃO ACERCA DAS SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Beatriz Ribeiro Ferreira

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

Resumo – é uma realidade triste e alarmante no cenário brasileiro os casos de devolução de crianças e de adolescentes às instituições de acolhimento decorrente de uma adoção mal sucedida. Tal ato vai de encontro ao que dispõe a Constituição no tocante à proteção integral da criança e do adolescente e ao fato de ser a adoção em tese irrevogável. Nesse cenário, aceita-se a devolução do menor, pois entende-se que deixá-lo permanecer em um seio familiar que não consegue desempenhar com amor o papel de zelar pelo seu bem-estar também não atenderia o interesse do menor. Esta pesquisa estuda o instituto jurídico da adoção, analisando especificamente os casos de devolução das crianças adotadas, apurando as formas de reparação por eventuais danos e as consequências jurídicas já previstas, bem como se é possível responsabilizar civilmente os adotantes como uma alternativa para uma possível erradicação de tal problema, para chegar à conclusão de que tal responsabilização pode diminuir, mas a erradicação do problema depende exclusivamente da consciência humana.

Palavras-chave – Criança e Adolescente. Adoção. Desistência. Devolução da Criança. Consequências Jurídicas. Responsabilidade civil.

Sumário – Introdução. 1. Possibilidade de desistência da adoção no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão pautada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e/ou adolescente. 2. Consequências Jurídicas da Devolução do adotado e sua eficácia perante a realidade brasileira 3. Responsabilidade civil do adotante: uma solução? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o tema das consequências jurídicas decorrentes da desistência da adoção e a consequente “devolução” da criança ou adolescente, com foco para a discussão acerca da possibilidade de responsabilização civil do adotante, como alternativa viável para se evitar o (re)abandono, dentro de um contexto de constitucionalização do direito privado. O objetivo do presente estudo é demonstrar que tal atitude gera impactos de ordem psíquica e social aos menores e que apesar de já existirem sanções previstas no ordenamento jurídico, elas são insuficientes para coibir tal prática.

O presente trabalho aborda as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, discutindo se esses impactos são realmente passíveis de serem medidos e quantificados e se o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, decorrente do princípio da

dignidade da pessoa humana, engloba e justifica a possibilidade de responsabilização civil nos casos de desistência da adoção.

A adoção, que possui caráter irrevogável, é uma das modalidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro de inclusão de crianças e adolescentes em uma nova família, assegurando-se, desta forma, o direito à convivência familiar. Assim, pode-se dizer que a adoção é um ato de amor, que gera, através de um procedimento judicial, uma relação de filiação entre o adotante e o adotado. Apesar disso, em alguns casos ainda ocorre a devolução do adotado a casa de acolhimento institucional, em razão da não adaptação do (s) adotante (s).

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 familiares.

O estudo relaciona o tema com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do nosso ordenamento, e também com os conceitos de responsabilidade civil, ato ilícito, dano moral e teoria da perda de uma chance, a fim de avaliar a possibilidade de responsabilização dos adotantes decorrentes da desistência da adoção.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a discussão sobre até que ponto pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro permite a desistência da adoção, uma vez que é expressamente considerada como um ato não passível de revogação, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana dos menores envolvidos, e pelo fato de tal possibilidade dar ensejo a um (re)abandono.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, as consequências jurídicas já previstas na legislação brasileira, com o objetivo de se verificar se é necessária a implantação de mudanças legislativas e/ou políticas públicas que, somadas à tutela jurisdicional garantam de forma eficaz a proteção integral do adotado.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade, com fundamentos jurídicos sólidos, da aplicação do instituto da responsabilidade civil, referente à indenização por dano moral, ao adotante que posteriormente desistir da adoção, também como uma forma viável de se coibir tal prática.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do uso de legislação, doutrinas e jurisprudências recentemente publicadas pelos Tribunais Superiores e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de modo que o estudo se inicia com a análise da possibilidade de devolução do adotado, para ao final discutir



e avaliar as consequências jurídicas acarretadas por tal ato, apontando a aplicação do instituto da responsabilidade civil como uma alternativa eficaz para coibir tal prática.

Para tanto, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, com exposição de resultados através da transcrição e análise de trechos dos materiais utilizados e com o pesquisador se valendo da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A adoção, segundo Arnoldo Wald¹, é “um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente [...]”, sendo considerada pelo art. 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente² como uma modalidade de colocação em família substituta, uma vez que insere a criança ou o adolescente em um novo núcleo familiar.

Conforme o art. 39, §1^o³, do referido estatuto, “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”. Isso significa que, uma vez perfectibilizada a adoção, atribuindo-se de forma definitiva o estado de filho aos adotantes, ela não se desfaz, salvo se tal ato estiver maculado por algum vício.

O caráter irrevogável da adoção visa ao melhor interesse da criança, decorrente do princípio corolário da dignidade da pessoa humana, uma vez que a adoção gera, assim, um laço de filiação permanente, que não se sujeita às variações comportamentais dos adotantes.

O STJ, no entanto, possui o entendimento⁴ no sentido de que tal vedação pode ser relativizada nos casos de adoção unilateral, mediante comprovação do enfraquecimento do

¹ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: o Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199.

² BRASIL. *Lei n° 8069*, de 13 de julho de 1990.. Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.

³ Ibid. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º-A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1545959/SC*, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017.

vínculo entre adotante e adotado, podendo a adoção que antes visava beneficiar o infante, se tornar desfavorável para o mesmo.

Na adoção unilateral, altera-se apenas uma linha de parentesco do adotando (materna ou paterna) e ela ocorre nos casos em que há a adoção de um dos cônjuges ou companheiro do filho do outro, com previsão no art. 41, §1^o, do Estatuto.

Uma vez que a vedação anteriormente citada tem como finalidade a promoção do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, ela somente pode ser excepcionada quando se verificar no caso concreto, situação excepcional em que se constate que seguir tal previsão, significaria colocar os interesses e direitos do adotado em situação de risco ao invés de promovê-los.

Dessa forma, após uma análise do caso concreto, ao se verificar a necessidade de aplicação desses princípios, é possível que ocorra o afastamento da regra contida no art. 39, §1^o do ECA⁶, uma vez que os interesses do adotado ali envolvido serão preservados justamente com esse afastamento.

Dentro dessa lógica, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente deve ser enxergado como um critério de interpretação e elaboração de dispositivo legal e também pelo julgador, como norteador na análise das peculiaridades do caso concreto, devendo esse pautar sua decisão considerando a primazia das necessidades do menor ali envolvido, independente do fato de isso resultar no afastamento da irrevogabilidade da adoção. Segundo Andréa Rodrigues Amin⁷:

[...] na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.[...]

Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484086342/recurso-especial-resp-1545959-sc-2012-0007903-2/inteiro-teor-484086363>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 02. Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 5^o - Nos casos do § 4^o deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

⁶ Ibid. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1^o - A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.



Aplicando o mesmo raciocínio, o STJ, em recente decisão, afastou a irrevogabilidade da adoção em nome do melhor interesse do adolescente e permitiu a rescisão de sentença concessiva de adoção⁸. Os argumentos utilizados para tal pedido consistiram no fato de o adolescente à época da adoção, não a desejava verdadeiramente e que, após atingir a maioridade, manifestou-se pela procedência do pedido.

Destacou o STJ na referida decisão que:

[...] a hipótese dos autos representa situação *sui generis* na qual inexistente qualquer utilidade prática ou reais vantagens ao adotado na manutenção da adoção, medida que sequer atende ao seu melhor interesse. Ao revés, a manutenção dos laços de filiação com os recorrentes representaria, para o adotado, verdadeiro obstáculo ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, notadamente porque impediria o evoluir e o aprofundamento das relações estabelecidas com os atuais guardiões, representando interpretação do §1º do art. 39 do ECA descolada de sua finalidade protetiva. [...]

Deve-se ter em mente, no entanto, que, nessas decisões acima referidas, o STJ abstraiu-se de formular premissas concretas, balizando a situação de forma bastante genérica e passível de aplicação aos mais variados casos, desde que a situação analisada indique que o afastamento da norma de irrevogabilidade da adoção seja a medida que verdadeiramente promova o melhor interesse da criança.

Assim, entende-se que a possibilidade de revogação da adoção deve ser admitida somente em situações bastante excepcionais, quando sua manutenção for extremamente desfavorável ao adotando, como por exemplo, quando inexistente qualquer vínculo afetivo entre as partes, pois de tal forma o registro civil não irá retratar a realidade, já que não haverá nem paternidade biológica nem socioafetiva, não obstante haja clara proibição no texto legal. Não sendo este o caso, deve permanecer a regra de impossibilidade de rever-se a adoção já concretizada e finalizada.

Nesse sentido, o Poder Judiciário Brasileiro tem negado o pedido de revogação ou anulação da adoção pelo(s) adotante(s) pela mera argumentação de incompatibilidade ou dificuldade de convívio entre as partes.

A justificativa utilizada pelos Tribunais em tais casos, de forma acertada, é que as pessoas ao se cadastrarem para adotar uma criança devem ter em mente que não existe nenhum relacionamento perfeito, seja de filhos biológicos ou adotivos com seus pais e a mera frustração na relação não pode ensejar a revogação do ato de adoção.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.892.782/PR*. Relator: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 15/04/2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205705547/recurso-especial-resp-1892782-pr-2020-0222398-3/inteiro-teor-1205705610>>. Acesso em: 06 jun. 2021.

Apesar de não ser permitida conforme entendimento dos Tribunais superiores, a desistência da adoção após a sua decisão transitar em julgado com a consequente “devolução” do adotado a casa de acolhimento institucional ainda é uma triste realidade brasileira.

No Brasil não há dados estatísticos do índice de crianças e adolescentes devolvidos para as casas de acolhimento por suas famílias substitutas, tanto na adoção como na guarda ou estágio de convivência. Isso dificulta a análise de quanto este problema afeta o país, em que circunstâncias acontece, quais são suas consequências aos envolvidos nas mais diversas esferas e o que pode ser feito para enfrentá-lo.

Dentre os motivos que levam os adotantes a devolver o infante, seja durante o período de convivência, seja após o trânsito em julgado da ação de adoção, o principal é considerado, a não adaptação entre os membros da família que estava se formando, existindo também casos em que o motivo foi a chegada posterior de filhos biológicos⁹, a cor da pele da criança¹⁰ ou a concretização da adoção de outra criança¹¹.

Os motivos externados, na maioria dos casos de devolução, têm como origem o despreparo, a falta de compreensão e dedicação adotantes, provavelmente pelo fato de existir uma idealização dos mesmos em relação ao(s) adotado(s) que jamais será satisfeita.

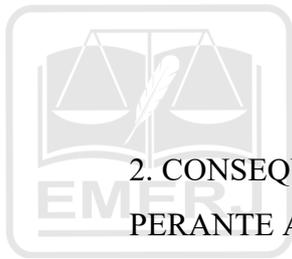
Todo ser humano é único. Um indivíduo com opiniões, preferências e personalidade distintas convivendo com outros seres humanos, inegavelmente e obviamente, geram conflitos, que devem ser solucionados, por métodos próprios ou com ajuda profissional, assim como qualquer família natural.

Os efeitos de tal (re)abandono são extremamente desastrosos para o menor, que por ser considerado como ser em desenvolvimento já se encontra em situação de vulnerabilidade e acaba tendo que se deparar e lidar novamente com uma série de sentimentos, dentre eles o de abandono e rejeição.

⁹ AZEVEDO, Solange. *O segundo abandono*. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO>. Acesso em: 01 out. 2020.

¹⁰ PORTILHO, Carolina; CAMARGOS, Talila. *Casal terá que indenizar criança devolvida a abrigo em Uberlândia*. 21 mai. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2014/05/casal-tera-que-indenizar-crianca-devolvida-abrigo-em-uberlandia.html>>. Acesso em: 01 out. 2020.

¹¹ BRAGON, Rayder. *Justiça condena casal a indenizar adolescente adotado e depois devolvido a abrigo*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=185>>. Acesso em: 01 out. 2020.



2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DEVOLUÇÃO DO ADOTADO E SUA EFICÁCIA PERANTE A REALIDADE BRASILEIRA

Nos termos do art. 47, § 7º do ECA¹², a sentença do processo de adoção possui natureza constitutiva e, por conseguinte, só produzirá efeitos a partir do seu trânsito em julgado. Entretanto, caso o pretense adotante faleça quando a ação já tiver sido ajuizada, será admitido que a sentença gere efeitos retroativos à data do óbito (art.42, § 6º do ECA).

Tal sentença atribui ao adotando todos os efeitos da filiação. Deve-se ter atenção, inclusive, ao fato de que a Constituição Federal não admite nenhum tipo de distinção entre os filhos consanguíneos e adotados, estabelecendo o art. 227, § 6º da Constituição¹³ 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. Desta feita, ao filho adotivo será atribuída toda a gama de direitos e deveres do filho biológico.

Dado o caráter irrevogável da adoção após o trânsito em julgado dessa sentença constitutiva, conforme art. 39, § 1º do ECA¹⁴, a partir desta fase não é possível a manifestação de desistência do adotante ou do adotando, sendo a ação rescisória o único meio processual cabível para sua impugnação, desde que preenchidos os requisitos legais estabelecidos pelo art. 966 do Código de Processo Civil¹⁵. A adoção, assim, não se sujeita a arrependimentos por parte do adotando, que tem agora um compromisso sério e perene.

¹² BRASIL, op. cit., nota 02.

¹³ BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 02. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da

Apesar disso, conforme descrito anteriormente, a norma legal destoa da realidade brasileira e, infelizmente, a desistência da adoção com a conseqüente “devolução” do adotando é um fato que vem desafiando a comunidade jurídica na busca por alternativas que minimizem e compensem os danos acarretados ao adotando rejeitado.

Na prática, as conseqüências jurídicas de tal ato vão variar, a depender da fase do processo em que tal renúncia seja manifestada. De toda forma, como as conseqüências geradas pela adoção (rompimento do vínculo com a família natural, estabelecimento de nova relação de parentesco entre adotante e adotando, dentre outros) são graves, é necessário a responsabilização dos adotantes.

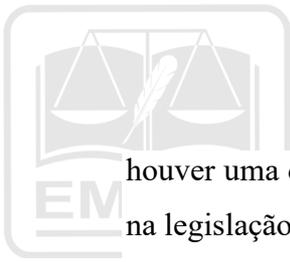
Na maior parte dos casos, a devolução do menor acontece durante o estágio de convivência, uma vez que ao iniciar o contato com o adotando nesse período considerado de adaptação, o adotante percebe que a criança ou adolescente se afasta do modelo de filho idealizado, desistindo-se do prosseguimento do processo.

Nessa fase, em tese, ainda não há uma relação emocional e afetiva consolidada entre as partes, razão pela qual se entende que a desistência da adoção nesse momento seria um direito subjetivo do adotante e, por conseguinte, não geraria qualquer direito indenizatório ao adotando. Em tal caso, o art. 45, §3º do ECA prevê que ao final do período de convivência, uma equipe interprofissional apresentará um laudo não recomendando o deferimento da adoção.

Após o êxito do estágio de convivência, o adotante sinalizará ao Juízo da infância e Juventude o seu interesse em realizar a adoção. Nesta fase, será concedida a guarda provisória do adotando, na qual se atribui aos adotantes amplos poderes parentais. Ela perdurará até encerramento do processo de adoção.

A partir daí, merece destaque o art. 197-E, §5º do ECA, acrescentado pela Lei nº 13.509/2017. Tal parágrafo impôs a exclusão do adotante dos cadastros de adoção e a vedação de renovação da sua habilitação nos casos em que a desistência ocorre em relação à guarda para fins de adoção ou depois do trânsito em julgado da sentença de adoção, ressalvando quando

demanda; ou II - admissibilidade do recurso correspondente. § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão. § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.



houver uma decisão judicial fundamentada, sem prejuízo, ainda, das demais sanções previstas na legislação vigente.

Antes disso, no entanto, logo após a aceitação da devolução, a consequência jurídica imediata de tal ato é a perda do poder familiar dos adotantes, que deixam de possuir direitos e deveres sobre os adotados, assim como ocorre nos casos previstos em legislação, de ruptura do vínculo biológico.

Observa-se, portanto, que a legislação apenas aponta um caminho a ser seguido no tocante à responsabilização dos adotantes quando há a prática de uma conduta que frustra o que se espera em um processo de adoção, situação que se torna mais delicada ainda quando ocorre após o trânsito em julgado da sentença nesse processo.

Não há na legislação brasileira parâmetros que delimitem de forma precisa o que deve nortear o julgador na tomada de sua decisão em tais casos, com o objetivo de que tais crianças e adolescentes tenham seus danos efetivamente reparados e compensados.

Muito embora se constate o vácuo legislativo existente e a necessidade de se conferir maior proteção frente à liberdade que a atual legislação confere aos pais, conclui-se por meio de análises jurisprudenciais que os responsáveis poderão responder, segundo a atual compreensão da legislação em vigor, por abuso do direito, ou seja, por meio de construção doutrinária e de uma forte carga principiológica e histórica a partir da qual se evoluiu a tutela do menor não mais encarando-o como objeto de direito, mas sim como sujeito de direitos e obrigações, sendo, portanto, imperioso a positivação e criação normativa a fim de reforçar tal entendimento e apoiar o magistrado quando do enfrentamento dos casos.

A renúncia da adoção após o trânsito em julgado de tal sentença é uma grande celeuma jurisprudencial e doutrinária brasileira. Apesar de se tratar de uma realidade, caso os adotantes optem pela devolução dos filhos adotivos após o trânsito em julgado da sentença, tal fato não poderá ensejar o desfazimento da filiação, em regra, uma vez que entendimento contrário viola o art. 227, §6º da CRFB/88 que veda distinções entre filhos biológicos e adotivos.

Dessa forma, o melhor entendimento é no sentido de que tal ato acarretará apenas o abandono material do filho, que permanecerá com todos os seus direitos, inclusive sucessórios, integralmente garantidos. Tal entendimento deve ser mitigado somente em situações excepcionais, quando a devolução se tratar de medida única que importe na proteção dos direitos da criança e adolescente ali envolvido.

Neste ponto, relevante trazer à tona interessante julgado sobre o assunto em análise, *in verbis*¹⁶:

APELAÇÃO CÍVEL. PRETENSÃO DE RETIFICAR O REGISTRO CIVIL DE MENOR À ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE SEU PROCESSO DE ADOÇÃO POR SUPOSTO VÍCIO DE VONTADE DE SUA MÃE BIOLÓGICA. FATO NÃO COMPROVADO NOS AUTOS, NÃO SENDO RECOMENDÁVEL QUE A SITUAÇÃO DO ADOTANDO SOFRA QUALQUER TIPO DE ALTERAÇÃO. SENTENÇA QUE HOMOLOGOU A DESISTÊNCIA DA AUTORA AO PEDIDO SEM A CONCORDÂNCIA DOS RÉUS QUE JÁ HAVIAM SIDO CITADOS. ERROR IN PROCEDENDO. PROVA CONSTANTE DOS AUTOS QUE NÃO DEIXA DÚVIDA DE QUE A ADOÇÃO QUESTIONADA FOI DEFERIDA EM PROCESSO JUDICIAL REGULAR CUJA SENTENÇA TRANSITOU EM JULGADO OITO ANOS ANTES DA PROPOSITURA DO PEDIDO AUTURAL. IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL. AÇÃO QUE SE AFIGURA IMPROPRIA PARA QUESTIONAR E DESCONSTITUIR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO QUE SE IMPÕE. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE APENAS PARA ADEQUAR O FUNDAMENTO DA EXTINÇÃO.

Caso a devolução se torne uma realidade fática, cabe à Justiça buscar parentes da família adotiva que possam estar interessados em ter a guarda provisória da criança, como alternativa que visa a impedir o traumático retorno da criança a um abrigo.

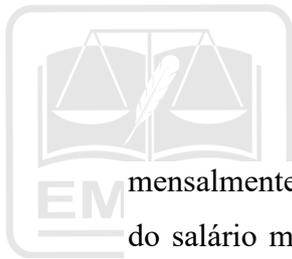
Por ser considerado, contudo, um caso de abandono material da criança ou adolescente envolvido, abre-se uma discussão acerca da possibilidade de o filho adotado rejeitado ajuizar uma ação em face dos pais adotivos pelo crime de abandono material visando também à condenação desses ao pagamento de indenização por danos morais e o pagamento de pensão alimentícia mensal, discussão essa que ainda não se encontra pacificada.

Acerca das consequências de tal ato, vale ainda mencionar que há, no Plenário, o Projeto de Lei nº 1.048/2020¹⁷ de iniciativa do Senador Major Olímpio, que especificamente define punições aos adotantes que desistem da guarda para fins de adoção ou devolvem o menor depois do trânsito em julgado da sentença de adoção.

Segundo o texto, caso não haja decisão fundamentada da Justiça em contrário, quem devolve o pretendente será excluído dos cadastros de adoção e não terá a habilitação renovada, além de ser obrigado a custear tratamento psicológico ou psiquiátrico recomendado para a criança ou adolescente pela Justiça da Infância e da Juventude; a reparar danos morais; e a pagar

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0032649-71.2009.8.19.0204*. Relatora: Margaret de Olivaes Valle dos Santos. Disponível em: <<https://oabjuris.neoway.com.br/process/8c529d06d42be322ea1456265d477ec31d80ce143fbeecc1d5fbf2a887d3c2f95?searchId=96aad752-a848-4ba3-aeb8-ab2d420a4fad>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL. *PL n° 1.048/2020*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>>. Acesso em: 08 mar. 2021.



mensalmente à criança ou adolescente até a sua maioridade civil o valor equivalente a um quinto do salário mínimo. Os recursos deverão ser depositados numa conta poupança em nome da criança ou adolescente, que só poderá acessá-la quando atingir a maioridade civil. O projeto está aguardando indicação de relator e representa um sopro de esperança na busca da erradicação de tal prática desastrosa.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES: UMA SOLUÇÃO?

No tocante ao instituto da responsabilidade civil, primeiro é importante destacar que se tem como premissa o fato de se encontrar hoje superada a discussão acerca da possibilidade de se aplicarem aos danos decorrentes de relações familiares as regras da responsabilidade civil, uma vez que ainda que a CRFB/88 tenha como um de seus pilares a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, isso não torna a família imune à incidência das normas acerca da responsabilidade civil.

Cada dia mais é possível vislumbrar notícias acerca de casos em que o Estado-juiz é chamado a atuar em questões que envolvem a reparação de danos causados no âmbito da convivência familiar, como ocorre, por exemplo, nas demandas indenizatórias pelo rompimento de relações amorosas e descumprimento dos deveres conjugais.

Nesse tocante, vale também ressaltar os pressupostos da responsabilidade civil adotados pelo direito brasileiro para que seja possível verificar em quais situações tal instituto poderá ser aplicado nas relações familiares, mais especificamente, nas questões atinentes à desistência da adoção e devolução do menor adotado.

A responsabilidade civil tem como fundamento o fato de que não se pode lesar o direito de um terceiro e caso algum dano seja causado pela prática de ato ilícito, nasce para essa pessoa a obrigação de reparar tal dano, conforme dispõe o art. 927 do Código Civil. Não sendo isso possível, quem sofreu o dano deverá ser compensado financeiramente.

Sobre os princípios informadores da responsabilidade civil, ensina Venosa¹⁸ que:

[...] os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando no vos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos [...].

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.2/3.



Para que o ato ilícito seja configurado é necessária uma conduta humana que consiste em um comportamento humano voluntário, através de uma ação ou omissão, que produza consequências jurídicas.

Além disso, é preciso que a vítima sofra um prejuízo, o denominado dano, que pode afetar bens psíquicos, físicos, morais ou materiais. Tal elemento é indispensável para que seja possível a indenização das vítimas.

O nexo de causalidade, para muitos, é o elemento de maior importância pois consiste na ligação da conduta ilícita do agente e do dano sofrido pela vítima, devendo necessariamente existir uma relação de causa e efeito entre eles.

Por fim, há a culpa que, em termos de responsabilidade civil, remete tanto ao dolo como a culpa em sentido estrito, e consiste na vontade do agente em chegar ao resultado que causou o dano.

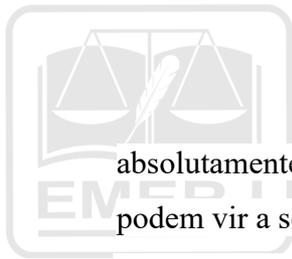
Transportando tais pressupostos para as relações de família é possível entender que, se demonstrada a existência (a) de conduta antijurídica de um membro da família contra outro; (b) do dano indenizável; (c) do nexo de causalidade e, em regra; (d) da culpa, presentes estarão os elementos centrais do nascimento do dever de indenizar.

Para uma melhor análise quanto ao cabimento da responsabilidade civil por dano derivado da desistência no âmbito da adoção, necessário se faz sedimentar a avaliação em três etapas: quando a desistência ocorre durante o estágio de convivência em sentido estrito; no âmbito da guarda provisória para fins de adoção e; por fim, depois do trânsito em julgado da sentença de adoção.

Quando sua ocorrência se dá no estágio de convivência, que é uma fase que tem por característica ser uma espécie de teste acerca da viabilidade da adoção, inexistindo ainda sólidos laços emocionais e afetivos entre as partes, a desistência seria um direito subjetivo previsto pela própria legislação e, sendo assim, não haveria como se falar em responsabilização civil ou na existência de direito indenizatório do adotado a ser compensado ou indenizado, seja em sede de danos morais, seja de danos materiais.

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Fernanda Carvalho Barreto Leão¹⁹ afirmam que "excepcionalmente e a depender das peculiaridades do caso concreto, as rupturas

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; LEÃO, Fernanda Carvalho Barreto. *Responsabilidade civil pela desistência na adoção*. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 30 mar. 2021.



absolutamente imotivadas e contraditórias ao comportamento adotado ao longo do estágio podem vir a ser fontes de reparação civil".

Destacam ainda que:

[...] em alguns Estado da federação há previsão de salutares medidas voltadas para amenizar as consequências dos traumas decorrentes do insucesso do estágio de convivência, como se dá com o Juizado da Infância e Juventude de Porto Velho (RO), que celebra acordo com os candidatos a pais, desistentes na fase do estágio de convivência, para que subsidiem um ano de psicoterapia para as crianças devolvidas. Saliente-se, entretanto, que para que o estágio de convivência não gere direito indenizatório ao adotante, é imprescindível que ele não seja duradouro, eis que embora o art. 46 do ECA estabeleça que o estágio deva durar 90 dias prorrogáveis uma vez, por igual período, o lapso temporal, em regra, não é observado [...].²⁰

Já quando a desistência ocorre no âmbito da guarda provisória para fins de adoção, o cenário se modifica um pouco: esse estágio se inicia com a manifestação do interesse em concluir a adoção da família adotante com relação àquele menor perante o Juízo da Infância e da Juventude.

Essa guarda, na prática, costuma ser sucessivamente renovada e já atribui aos adotantes amplos deveres parentais para com os adotandos. Essa guarda possui o papel de fundar a relação paterno ou materno-filial, embora ainda não tenha havido a constituição formal do vínculo, que depende do trânsito em julgado da sentença de adoção, até porque, durante esse período, a convivência entre adotantes e adotados não ocorrerá mais no abrigo, mas sim no lar dos adotantes.

Como, nesse contexto, há o rompimento de uma convivência socioafetiva consolidada, a desistência da adoção se torna muito mais dura do que na fase anterior, podendo, inclusive, configurar caso de abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil²¹ e atraindo a incidência das regras de responsabilidade civil, somada à impossibilidade de nova habilitação no cadastro nacional, conforme previsão no Estatuto.

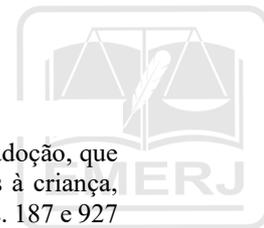
Apesar disso, deve-se observar que, enquanto não consumada, por sentença, a adoção, há a possibilidade jurídica de desistência e o fato de que o referido artigo consagrou uma "ilicitude objetiva", que dispensa a demonstração do dolo ou da culpa para a sua configuração.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²²:

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. *Código Civil*. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.11.049157-8/002*. Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade. 1ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 15/04/2014. Publicação da súmula em 23/04/2014. Disponível em:



A condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. A previsão de revogação da guarda a qualquer tempo, art. 35 do ECA, é medida que visa precipuamente proteger e resguardar os interesses da criança, para livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família, por exemplo, mas não para proteger aqueles maiores e capazes que se propuserem à guarda e depois se arrependeram.

Por fim, quando a desistência ocorre após o trânsito em julgado da sentença de adoção, o cenário torna-se muito mais grave. Conforme já foi pontuado, o art. 39, §1º, do Estatuto²³ prevê que uma vez transitada em julgado a sentença, a adoção torna-se irrevogável.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “não há nenhuma previsão legal de 'desadoção'. Uma vez filho, adotado ou não, será para sempre, pois filhos e pais mesmo depois da morte permanecem vivos dentro da gente”.²⁴

Não há no ordenamento jurídico brasileiro, possibilidade jurídica para a “devolução” de um filho ocorrer em tal fase. O laço de filiação na adoção é algo muito complexo e que requer bastante preparação, planejamento e muita paciência para que se consiga ultrapassar todas as etapas que burocrático processo de adoção exige, cenário esse que gera bastante expectativa em todos os envolvidos.

Ao longo do processo, os pais são preparados e acompanhados por uma equipe multidisciplinar que os orientam acerca das diversas e sinuosas dimensões que a chegada de um filho exige, que dão total suporte, além de esclarecer que o indivíduo que vai ser adotado tem sua história marcada por um abandono e às vezes até rejeição inicial, o que o torna ainda mais vulnerável, exigindo uma especial proteção por parte do Estado.

Ora, face as considerações aduzidas, mostra-se clara a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil quando a devolução em tal fase se torna uma realidade fática, pelo preenchimento dos pressupostos: tal ato é enquadrado como um ilícito civil, que gera amplo dever de indenizar pelos danos causados ao menor diante de um reabandono, sendo

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.049157-8%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>.
Acesso em: 30 mar. 2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 02. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 450.



também um potencial caso de abandono de capaz, previsto no art. 133 do Código Penal²⁵, conforme já fora mencionado no capítulo anterior.

Aqui, também deve ser aplicada a sanção de impossibilidade de nova habilitação no cadastro dos pais que praticaram tal ato, além de ser possível o requerimento da manutenção da obrigação alimentar, uma vez que os adotantes não podem renunciar às inúmeras obrigações civis decorrentes do poder familiar.

Aliás, a apresentação, em juízo, de um pleito de desconstituição do vínculo de filiação adotiva pode ensejar o proferimento liminar de sentença de mérito, por improcedência liminar do pedido, à semelhança do que se dá com as hipóteses elencadas no art. 332 do CPC²⁶. Tratar-se-ia, nesse caso, de uma hipótese atípica de improcedência liminar do pedido.²⁷ Tais penalidades, aplicadas de forma conjunta, poderiam ser uma solução na busca pela erradicação desse fenômeno.

CONCLUSÃO

A desistência da adoção, em suas mais variadas fases, é uma realidade que desafia os Tribunais pelo Brasil. Tendo como premissa a possibilidade de incidência do instituto da responsabilidade civil sobre o direito de família, o presente artigo tratou de investigar a possibilidade de sua aplicação nos casos de “devolução” de crianças e adolescentes em processo de adoção ou após a sua consumação, como uma alternativa a erradicação de tal prática.

Imaginem uma criança ou adolescente que está em um abrigo à espera de uma família, que a propicie amor, carinho, proteção e o esquecimento do sofrimento de não ser integrante de

²⁵BRASIL. *Código Penal*. Abandono de incapaz Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Aumento de pena § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 15. Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do [art. 241](#). § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

²⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 22. ed. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 740-741.

um seio familiar e ter a esperança de ter a encontrado através da adoção. Após o processo de adoção, retorna à condição de “sem família”, passando pela experiência de ser devolvido, assim como ocorre com uma mercadoria com defeito.

Feita a devolução, a criança passa por um segundo abandono, um segundo trauma, que gera a ela danos psicológicos inenarráveis e destrói a autoestima do menor, além disso, o próximo processo de adoção será mais conturbado, pois a criança poderá desenvolver traços antissociais, ou, terá dificuldade em encontrar pais que queiram adotar uma criança devolvida.

Apesar de o Estatuto já prever consequências para os adotantes que assim procedem, tais consequências não inibem a ocorrência de tal fato. A referida indenização, nessa lógica, não atenderia apenas ao escopo compensatório, mas também estaria inserida numa lógica pedagógica, evitando adoções precipitadas por pessoas despreparadas e atendendo a função social da responsabilidade civil.

Dessa forma, entende-se que se a desistência ocorre dentro do estágio de convivência não se há que falar, em regra, em responsabilidade civil, eis que o direito potestativo de desistência é legítimo e não abusivo. Se ela ocorre, contudo, após o estágio de convivência, durante período de guarda provisória e antes da sentença transitada de adoção, pode se configurar o abuso do direito (de desistir), à luz do art. 187 do CC, daí emergindo a responsabilidade civil.

Já após a sentença de adoção transitada em julgado, é juridicamente impossível a pretendida “devolução”, caracterizando, tal ato, se efetivado, no plano fático, ilícito civil (e, a depender do caso, também, ilícito penal, por abandono de incapaz - art. 133, CP), conforme entendimento jurisprudencial pátrio e doutrinário. Aliás, poder-se-ia inclusive defender que os danos derivados da “devolução de um filho” - como se mercadoria fosse - acarretam, um dano moral que dispensa prova em juízo (“*in re ipsa*”).

Por fim, cabe destacar, a necessidade de uma melhor preparação jurídica e psicossocial dos pais adotivos, para que estes estejam convictos de seus desejos e não se precipitem ao adotar uma criança pensando ser uma criança perfeita, ademais é necessário acompanhamento psicológico para que as partes possam enfrentar conflitos que ocorrem durante a convivência familiar, por último se faz necessário à normatização da responsabilização civil para aqueles que praticam a devolução.

Apesar de existir a lógica de que quando atinge o bolso, as pessoas sentem mais, esse seria o caminho para que tal fato seja erradicado, já que adoção é um ato que requer responsabilidade, consciência e paciência.



REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Solange. *O segundo abandono*. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO>. Acesso em: 01 out. 2020.

BRAGON, Rayder. *Justiça condena casal a indenizar adolescente adotado e depois devolvido a abrigo*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=185>>. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 08 mar. 2021.

_____. *PL nº 1.048/2020*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141247>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0032649-71.2009.8.19.0204*. Relatora: Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Disponível em: <<https://oabjuris.neoway.com.br/process/8c529d06d42be322ea1456265d477ec31d80ce143fbec1d5fbf2a887d3c2f95?searchId=96aad752-a848-4ba3-aeb8-ab2d420a4fad>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 22. ed. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; LEÃO, Fernanda Carvalho Barreto. Responsabilidade civil pela desistência na adoção. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Jul.2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PORTILHO, Carolina; CAMARGOS, Talila. *Casal terá que indenizar criança devolvida a abrigo em Uberlândia*. 21 mai. 2014. In: G1- Portal de notícias da Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2014/05/casal-tera-que-indenizar-crianca-devolvida-abrigo-em-uberlandia.html>>. Acesso em: 01 out. 2020.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

O INSTITUTO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO DE FORMA REMUNERADA E A IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA

Brenda Patrícia Sanches Alves

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo – o presente artigo estuda a Gestação por Substituição, técnica de reprodução medicamente assistida também conhecida por “barriga de aluguel” ou “maternidade por substituição”, que é um procedimento o qual uma pessoa gesta um filho para outrem, quando uma pessoa ou o casal não possuem meios próprios de fazê-lo. O trabalho avalia a possibilidade e os meios de utilização dessa técnica no Direito brasileiro, bem como defender a possibilidade de tal possuir caráter oneroso, a fim de estender a utilização desta.

Palavras-chave – Direito de Família. Filiação. Gestação por substituição.

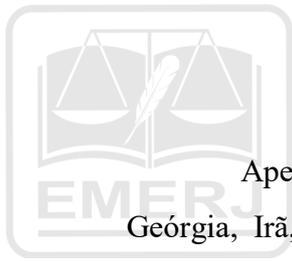
Sumário – Introdução. 1. A Família e a filiação pelas técnicas de reprodução: Livre exercício do direito constitucional de planejamento familiar? 2. A presunção da maternidade e a análise da natureza jurídica contratual da gestação por Substituição. 3. A livre disposição do corpo da mulher e a autonomia privada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a importância da legalização da cessão onerosa de útero e tem como objetivo discutir a utilização do instituto da mesma, com o intuito de acender a chama do debate sobre o tema e, desta forma, difundir a necessidade e urgência da sua legalização, abordando aspectos positivos para o Estado brasileiro e para a sociedade.

É notória a evolução da sociedade, dos costumes e da ciência e o instituto da gestação por substituição onerosa é reflexo dessa ascensão. No entanto, também é perceptível que muitas questões religiosas e políticas não permitem que esse incremento seja fluido, inclusive, vai de encontro ao atual conceito de família, que preza por um núcleo ligado por laços afetivos e não apenas genéticos, tendo como fundamento para a sua formação a possibilidade de adquirir felicidade e completude para sua existência.

A constituição brasileira concede às pessoas o direito ao planejamento familiar e incube ao Estado o dever de propiciar recursos para o exercício dessa faculdade, não devendo, portanto, criar obstáculos legais que dificultem ou, até mesmo, impeçam a concepção do núcleo familiar. Por isso, a importância do debate sobre a legalidade da gestação por substituição onerosa se dá na medida que é a solução da ciência para dar a todos a possibilidade de ter filhos e, assim, constituir uma família.



Apesar de ser uma prática corriqueira em muitos países como Grécia, Ucrânia, Geórgia, Irã, Israel, Nigéria, Rússia e inclusive na maior parte dos Estados dos Estados Unidos da América, tal mecanismo ainda é vedado no Brasil, já que o ordenamento jurídico somente permite a gestação por substituição gratuita, a qual possui vários requisitos que dificultam ou inviabilizam o instituto, como a mulher que irá ceder o útero deve pertencer à família dos pais da criança.

Dessa forma, este trabalho é dividido em três capítulos, além da introdução e a conclusão. E apresenta em sua primeira parte as formas de filiação e as técnicas de reprodução, visando desmistificar o instituto, que é o objeto deste artigo.

Já no segundo capítulo, aponta as principais controvérsias sobre o a natureza jurídica do instituto e o perigo que a lacuna legislativa e a sucinta proibição em uma resolução do Conselho Nacional de Medicina causam à sociedade. Além de mostrar a contradição de uma sociedade que fomenta direitos como a capacidade das pessoas, as autonomias da vontade, mas quando a temática gira em torno do corpo feminino coíbe e abandona, seguindo, desta forma, cega a realidade fática e as necessidades pessoais.

Por fim, terceiro capítulo, defende-se a necessidade de regulamentação adequada. Uma vez que, uma resolução do Conselho Nacional de Medicina não é objeto hábil para vedar uma conduta, pois não tem força de lei. E, sabe-se que somente por força de lei é permitido criar condutas incriminadoras e privar alguém de realizar alguma ação. O núcleo familiar brasileiro evoluiu e o direito das famílias deve acompanhar tamanha transformação, já que é proveitosa a sua contemplação legal.

O trabalho é desenvolvido por meio do método histórico, apresentando, desta forma, a evolução do conceito de família. Com o método teleológico, introduz o instituto da filiação. E, por meio da pesquisa qualitativa, analisando doutrina e jurisprudência sobre o tema, e com o uso do método indutivo, sustenta a tese sobre a necessidade da legalização da gestação por substituição onerosa, assunto pouco difundido na comunidade acadêmica. Por essa razão, este trabalho pode ser fonte útil para pesquisas futuras acerca do respectivo tema.

1. A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO PELAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO: LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAMENTO FAMILIAR?

A Constituição Federal Brasileira 1988¹ garante a todos o livre exercício dos direitos reprodutivos e planejamento familiar. Desta forma, significa que qualquer pessoa tem o direito de decidir sobre quando se reproduzir, quantas vezes e se deseja ou não tal ato. Além disso, há assegurado o direito de ter acesso a métodos eficientes e seguros de planejamento familiar de sua escolha, que não sejam contrários à lei e que possibilitem com segurança a sua concretização.

O instituto da família foi sendo alterado ao longo do tempo. Alguns entendem que a entidade familiar assenta seus fundamentos em um sistema poligâmico, seja ele poliginia ou poliandria². Há, contudo, outra teoria que nega a existência da família nos primeiros tempos, assumindo a promiscuidade entre seres humanos³.

Em Roma, a família era pautada pelo princípio da autoridade⁴. O *pater* tinha total poder sobre os seus filhos e a mulher era totalmente subordinada a ele. Já a partir do século IV, a concepção cristã foi imbuída a essa instituição e a autoridade *paterfamilias* foi sacrificada. Na fase pós-romana, foram recebidas características do direito alemão, por isso, organização antes autocrática ganhou uma forma mais democrático-afetiva⁵.

Atualmente, o Direito de Família faz uso da influência do Direito Constitucional e, assim, houve reflexos no conceito de desta. E esse, agora, deve ser lido como um caminho para um fim, que é compreendido como a busca da felicidade⁶. No entanto, nem todos têm meios próprios de obter essa felicidade.

Desde os primórdios, a esterilidade foi considerada um fator negativo, um sinal de desmerecimento da mulher em relação aos olhos de Deus, fazendo alusão à bruxaria, etc. Já a fertilidade sempre foi encarada como sinal de alegria, prosperidade e fortuna. A infertilidade

¹ BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

² A “poliginia” significa um homem com várias mulheres, organização familiar patriarcal. Já a Poliandria significa dizer uma mulher com vários homens, uma organização familiar matriarcal. PRIBERAM. *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

³ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Curso de Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [Série IDP, e-book].

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. 25. ed. V. 5. Atual. Tânia da Silva Pereira. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [Série IDP, e-book].

⁵ Ibidem.

⁶ OLIVEIRA, Rafael; RANGEL, Tauã. *A busca pela felicidade como paradigma dos arranjos familiares contemporâneos*. Disponível em: <<http://s://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/a-busca-pela-felicidade-como-paradigma-dos-arranjos-familiares-contemporaneos/>>. Acesso em: 30 set. 2020.



já é considerada doença pela OMS⁷. A *World Health Organization –WHO-*,⁸ estima que a infertilidade afete milhões de pessoas em idade reprodutiva. Estima-se que 48 milhões de casais e 185 milhões de indivíduos vivem com a infertilidade globalmente.

A biomedicina e a tecnologia criaram soluções para acabar com esse estigma antigo, e, assim, trouxeram outros métodos, além daquele natural, de reprodução: as técnicas de reprodução assistida, que são, muitas vezes, a solução para restabelecimento da saúde reprodutiva e do equilíbrio dos envolvidos.

A reprodução humana assistida pode ser intracorpórea, quando a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, e extracorpóreas, também chamadas de fertilização *in vitro*, que ocorre em laboratório. Nesta, algumas vezes, é necessária que ocorra a intervenção de um terceiro, podendo se dar tanto da doação de gametas ou, até mesmo, do útero⁹.

A reprodução via doação de útero convive com muitos impasses, tanto religiosos quanto jurídicos. Há uma omissão na legislação que merece uma atenção, uma vez que causa instabilidade social, pois os litígios não são solucionados pelo ordenamento, o que deixa os direitos dos sujeitos envolvidos descobertos.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM – de nº 2.168/2017¹⁰, norma infralegal sem força de lei, permite a reprodução de via doação de útero não onerosa - que será tratada a partir de agora como cessão de útero gratuita -. Traz, no entanto, vários requisitos, como: ou que a doadora genética possua um problema médico que impossibilite a gestação, ou que seja um casal homossexual, ou que seja pessoa solteira. Sendo que a cedente temporária deve ter parentesco consanguíneo até quarto grau com um dos integrantes do casal.

Desta forma, esses requisitos impossibilitam a existência do método, porque não são todos que possuem parentes aptos ou altruístas suficientemente para realizar tal procedimento. Por tal imbróglio, devem ser impedidos de ter seus filhos biológicos? Cabe ao Estado decidir sobre a formulação da família?

⁷NOTÍCIA CAPITAL. *A infertilidade é uma doença reconhecida pela OMS*. Disponível em: <<http://noticias.acapital.com.br/noticias1.asp?cod=43125>> Acesso em: 07 out. 2020.

⁸WHO (WORDL HEALTH ORGANIZATION). *Infertility*. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁹Fertilização *in vitro* pode ser dividida em homóloga e heteróloga. A primeira ocorre quando procedência do material genético é do casal. E a última ocorre quando o material para a fecundação é doado e também quando há a utilização do útero de terceira pessoa. Fonte da informação.

¹⁰BRASIL. *Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168*, de 27 de novembro de 2017. Disponível em: <https://sistema.s.cfm.org.br/normas/vi_sualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 30 set. 2020.

Por sua vez, é importante analisar a justificativa para exigência de parentesco: é pautada na ideia de que há uma maior cumplicidade e solidariedade entre familiares,¹¹ seja em linha reta ou colateral. Faz uso da premissa de que não haverá conflito entre a gestante e a mãe. No entanto, essa premissa não é verdadeira, mas sim utópica, já que não são os laços familiares que condicionam à facilidade de convivência e à coadunação de ideais.

Analisando com mais profundidade os requisitos da resolução, é evidente o caráter terapêutico que foi dado à técnica, pois ela somente deve ser usada em hipóteses de impossibilidade natural de procriação. E, inclusive, essa é uma das correntes defendidas por alguns doutrinadores, que apontam que a cessão de útero não pode ter motivação egoística, ou seja, somente estética.

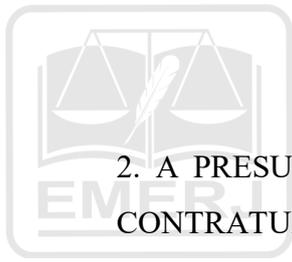
Entretanto, cabe aqui lembrar que não é a função do direito julgar as individualidades pessoais da mulher e os seus motivos internos, os quais a faz buscar a cessão de útero, seja ela onerosa ou gratuita. Visto que, é notório que o parto não é ato fácil para todas as mulheres. Inclusive, algumas têm menor aceitação à gravidez em si, como o que ocorre, por exemplo, com a figura do crime infanticídio por estado puerperal, espécie de homicídio doloso privilegiado, que por conta do estado pós-parto, da mulher, que reduz a sua capacidade e faz com que ela busque acabar com a vida do próprio filho¹².

A doutrina aponta que casais ou pessoas que buscam ter seus filhos e não tem meios de realizar esse desejo naturalmente ou não se enquadram nos requisitos da resolução possuem sempre a possibilidade de realizar a adoção, já que seria essa mais ética e justa socialmente. No entanto, a adoção também não é uma espécie, de aumento familiar, sem trâmites laboriosos, mas sim uma forma custosa e duvidosa, portanto, menos viável e mais demorada.

É importante ressaltar que, como dito acima, a resolução, por não ter força de lei, é entendida para o direito apenas como uma sugestão. No entanto, essa vincula os médicos e os hospitais, que se não cumprirem o que está determinado na resolução podem sofrer sanções administrativas. Logo, mesmo não sendo uma lei, impede a aplicação do instituto. Uma vez que quem mais teria capacidade técnica para realizar uma reprodução assistida?

¹¹ LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório?. *Revista de direito privado*. Vº 42, ano 2010, p. 106- 13, Abr - Jun 2010. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vº. 4, p. 1129 – 1156, Jun 2011 DTR\2010\397.

¹² AREND, Candida. *O estado puerperal e o delito de infanticídio: uma análise penal e processual*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-estado-puerperal-e-o-delito-de-infanticidio-uma-analise-penal-e-processual/>> acesso: 2 de out. 2020.



2. A PRESUNÇÃO DA MATERNIDADE E A ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Por muito tempo têm se aplicado o princípio da presunção da maternidade¹³, “mãe é aquela que dá a luz”, simplificando o processo de reconhecimento de filiação. Assim, ao contrário do que ocorre com o processo de paternidade, que mesmo com os mecanismos de presunção presentes no Código Civil, artigo 1.597¹⁴, que tem seus questionamentos jurídicos e sociais, a maternidade não os possui.

No entanto, é importante apontar que existe proposta de alteração para essa premissa, o Enunciado nº 129 do CJF/STJ, já aprovado, propõe a inclusão de um novo artigo, o art. 1.597-A, que em seu parágrafo único traz a nova presunção de maternidade, determinando-a à mãe que ofereceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga¹⁵.

Isto é indispensável no contexto atual da evolução da ciência, pois essas concepções arcaicas devem ser colocadas em pauta e debatidas. A maternidade deve ser vista e analisada levando em conta outros atributos essenciais como: a biogenética, a gestação, a afetividade, entre outros.

O ordenamento jurídico brasileiro já permite a ruptura do parentesco entre o adotado e seus pais biológicos. E traz a figura da mãe socioafetiva. Então, por que não ampliar tais soluções jurídicas e aplicá-las a outras hipóteses de filiação. É importante frisar que o instituto da adoção prevê e garante a igualdade entre todos os filhos¹⁶, vide artigo 1.596 CC.

A resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM – de nº 2.168/2017¹⁷ enxerga a “mãe” de substituição como uma “hospedeira”, sem contribuição genética. Logo, mãe seria a biológica ou a mulher que tem a real intenção de criar e cuidar, mesmo que ela não tenha efetivamente gestado.

Logo, a problemática que se cria sobre quem teria o direito à maternidade da criança gerada pela gestação por substituição torna-se sem sentido e ilógica. Entretanto, ainda há, no

¹³ REVISTA DOS TRIBUNAIS. Organização da família contemporânea: complexidade e indefinição dos vínculos jurídicos. *Revista de Direito Privado*. V. 48/2011 | p. 191 - 215 | Out - Dez / 2011.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406/compilada.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁵ CJF. *Jornadas de direito civil I, II, IV e V: Enunciados aprovados*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf/view> Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 13.

¹⁷ BRASIL. *Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168*, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 11 mar. 2021.

direito brasileiro, a concepção tradicional de que a maternidade decorre do parto, *Mater semper certa est*, e que esta não se pode contestar, ainda que se prove não ter geneticamente relação de filiação. Importante lembrar que tal concepção não ocorre em relação à paternidade, que é facilmente contestada e provada pelo exame de DNA.

A discussão se inflama ainda mais quando há manipulação laboratorial dos óvulos, quando há uma combinação do DNA de duas mulheres, a fim de obter maior probabilidade de fecundação. Nesse caso, duas mulheres passarão suas características biológicas ao feto e outra o gesta.

Posto isso, surge um questionamento: Por que o corpo feminino é tão regulado? E Por que a maternidade possui tantas barreiras e normas que não são observadas na paternidade? Uma vez que a Constituição brasileira de 1988¹⁸ impõe em seu artigo 5º a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações.

Outro assunto a ser analisado é a natureza jurídica do contrato, e qual roupagem contratual seria utilizada. Rose Meireles¹⁹ aponta que a diferença substancial deste contrato gestacional para a imensa maioria dos contratos é o fato de ele estar atrelado a uma questão existencial, e não patrimonial, a emprestar-lhe feição absolutamente particular.

A definição clássica de contrato o conceitua como sendo: “um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”²⁰. E a estrutura deste negócio jurídico se dá como ensina Pontes de Miranda através da escada Pontiana, na análise dos três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Assim, é preciso um agente capaz, vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Utilizando primeiramente a nomenclatura/definição dada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina - nº 2.168/2017²¹ que a denomina como “doação temporária de útero” e veda a possibilidade de aferição de lucro ou viés comercial em virtude dela.

Facilmente é percebido que tal classificação possui falhas, pois a doação como negócio jurídico, conceitua-se como sendo a transferência, pelo doador, de patrimônio, bens

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹ MEIRELES apud OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12. ed. rev., atual. e ampl. V.3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p 18.

²¹ BRASIL. Op. Cit. nota 17.



ou vantagens para o donatário, sem a presença de qualquer remuneração²². No entanto, não há transferência do útero da gestante para a mãe biológica, além da impossibilidade jurídica de reconhecer um órgão humano como um bem.

A figura que mais se aproxima do intuito da Resolução do CFM seria o empréstimo que, no entanto, também não poderia ser aplicada à figura em análise, uma vez que, essa também implica na entrega do útero. A depender da natureza da coisa, bem como dos direitos envolvidos, existem as seguintes espécies de empréstimo: comodato e o mútuo²³. No entanto, nenhum deles pode ser utilizado para caracterizar o instituto, uma vez que todos têm a entrega da coisa, devendo esta ser restituída.

Outra espécie de contrato, apontada como solução para tal questão, seria o de locação. Têm-se por locação o contrato pelo qual uma das partes (locador ou senhorio) se obriga a ceder à outra (locatário ou inquilino), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa remuneração²⁴. Porém, a locação tem por requisito básico a contraprestação onerosa, que pela própria resolução é vedada.

O contrato mais indicado para conceituar tal instituto seria o contrato de prestação de serviço²⁵, em que o prestador se compromete a realizar uma determinada atividade com conteúdo lícito, no interesse de outrem, o tomador do serviço, mediante determinada remuneração.

Considerando que o atual sistema pátrio não possui lei ordinária proibitiva da gestação como prestação de serviço, fica afastado o conteúdo ilícito da prática, porque o único instrumento normativo que trata da matéria é, como já dito, a Resolução do CFM. E essa só é de caráter obrigatório aos profissionais de Medicina, no exercício da profissão, e não pode ser instrumento balizador de negócio jurídico realizado entre pessoas que não pertencem a essa classe em específico.

É importante esclarecer aqui sobre o princípio da legalidade, pois esse é princípio geral da ciência do direito. Esse possui dois desmembramentos: um para reger a administração pública e outro para os particulares.

²² Ibidem, p. 440.

²³ Ibidem, p. 665.

²⁴ BRASIL. Op. Cit. Nota 16.

²⁵ Uma curiosidade sobre o contrato de prestação de serviço é que ele já foi uma espécie do contrato de locação. Que no direito romano era chamado de *locatio operarum*, que tinha por objetivo a prestação de um serviço como interesse econômico. Importante destacar que o Código Civil de 2002 deixou de prevê a prestação de serviço como uma espécie de locação. Tratando como contrato autônomo. TARTUCE, op. cit., p 626 – [Série IDP, e-book].



Aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que não seja vedado por lei, fulcro art. 5, inciso II da CFRB/88²⁶. Flavio Tartuce²⁷ conceitua lei da seguinte forma: “a lei é a norma imposta pelo Estado, devendo ser obedecida, assumindo forma imperativa”. Logo, fica afastado o conteúdo ilícito do objeto.

Outro ponto é a alegação que a gestação por substituição onerosa supostamente contraria as normas de ordem pública ou aos bons costumes. Contudo, esse argumento é facilmente desarmado, dado que a finalidade do contrato é a constituição familiar, de indivíduos que, muitas vezes, não obtiveram êxito com as outras formas disponíveis.

Analisando outro argumento contrário à prática, existe também a alegação de que o pagamento pela gestação com a entrega do bebê fere o princípio da dignidade da pessoa humana, pois há, em tese, a coisificação da criança²⁸. No entanto, o pagamento não se dá pela entrega do bebê, mas sim pelo serviço prestado pela gestante, ou seja, a gestação em si.

É importante ressaltar que o planejamento familiar é uma extensão do direito da dignidade da pessoa humana; dessa forma, não cabe ao legislador infralegal impor barreiras ao exercício desse direito, que deve ser exercido dentro das amplas possibilidades da biomedicina atual. E o Estado deve fomentar e defender os novos métodos de reprodução assistida, bem como o direito dessas pessoas que buscam a sua liberdade reprodutiva.

Mais um argumento de posição contrária à onerosidade da prática é pautado na lei²⁹ dos transplantes de órgãos do art. 199, §4º que veda a comercialização de órgãos ou tecidos, a qual é facilmente afastada, uma vez que o intuito da lei é justamente coibir a venda de órgãos para transplante, o que não ocorre, pois como já dito, o útero não sai da posse da mulher gestante. Logo, a sua utilização como argumento contrário à prática é no mínimo incongruente.

3. A LIVRE DISPOSIÇÃO DO CORPO DA MULHER E A AUTONOMIA PRIVADA

É insensata a ideia de que se deve vedar o pagamento pela gestação por substituição, com o argumento de mercantilização do corpo da mulher, uma vez que a sociedade capitalista é pautada na exploração e venda da força de trabalho, ou seja, na força corporal e intelectual,

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁷ Tartuce, op. cit. p. 19.

²⁸ FIGUEREDO NETO, Pedro Camilo de. *Gestação por substituição e sua abordagem pelo direito penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20267/gestacao-por-substituicao-e-sua-abordagem-pe-lo-direito-penal>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.



assim deve ser analisado outros elementos, como apontado por Alan Wertheimer³⁰, “deve se demonstrar que essa exploração é unilateral ou danosa, ou que não se faça com vantagens mútuas.

A mulher que ficará nove meses gerando a criança terá novas necessidades pela gestação, pois tal período é extremante penoso, além das novas despesas supridas surgem novas preocupações como, por exemplo, médicos, assistência, alimentação adequada, suplementação de vitaminas e vestiário entre outros.

Ademais, a mulher gestante passará por todos os riscos da gravidez e complicações dela decorrente, assim mesmo com o recebimento de valor pela gestação (contraprestação pelo serviço prestado). Isso por si só, não elimina o caráter altruísta da conduta desta mulher, que se propôs a gerar um filho de outrem, pois, esta passará por todas as mudanças hormonais e corporais para gerar um filho e, depois, entregará para outra família.

O argumento contrário à remuneração sustenta que o pagamento viciaria a manifestação de vontade da mulher, que com o intuito de minimizar seus problemas financeiros se submeteria a prática. Desse modo, a sua vontade deixaria de ser livre e espontânea, tornando esse negócio jurídico inválido. No entanto, é importante lembrar que tais mulheres são maiores, capazes, conscientes de seus atos e consequências.

Logo, todos os requisitos do negócio jurídico são respeitados e válidos. Mesmo que o princípio da autonomia privada não possa ser interpretado de forma absoluta, pois se deve sempre lê-lo com base nos princípios constitucionais, ou seja, a denominada constitucionalização do direito civil. A autonomia privada não pode ser aniquilada, pois como afirma Pablo Stolze Gagliano³¹: “sem ela as relações de direito privado estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso”.

Dessarte, uma afronta direta ao exercício da liberdade, e como destaca Paulo Gustavo Gonet Branco³², este um elemento essencial do conceito da dignidade da pessoa humana, uma vez que a liberdade é assegurada para garantir a autorrealização da pessoa, para que esta “escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades”, uma vez que a existência do Estado Democrático se justifica como sendo o meio hábil para a efetivação e estimulação desta, prevenindo que a liberdade se dê apenas em caráter meramente formal.

³⁰ WERTHEIMER apud ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. 2008.145f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico Civilísticas) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017. [e-book]

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. – [Série IDP, e-book].



Como dito por Martha Field³³, a liberdade de as mulheres tomarem decisões relacionadas ao próprio corpo implica em não apenas o direito ao sexo, sem medo de uma gravidez não desejada, (direito contraceptivo e em alguns ordenamentos jurídicos, o direito ao aborto), mas também no direito de esta ter filhos sem passar por uma gravidez. Assim, qualquer pessoa poderia recorrer à maternidade pela gestação por substituição ou atuar como mãe substituta, mesmo que tenha motivações puramente estéticas ou supérfluas.

Marcelo Truzzi Otero³⁴ pondera que a tese que privilegia a gratuidade da obrigação, sob pena de nulidade contratual, não faz o menor sentido jurídico. Uma vez que bastaria a mulher geradora (hospedeira) demonstrar o caráter oneroso da contratação para viciá-la e permanecer com a criança, em caso de arrependimento. Hipótese que não ocorreria com gestante da obrigação gratuita (altruística), pois para ela o contrato seria plenamente válido e eficaz. Em suma, estabelecer um contrato oneroso seria infinitamente mais vantajoso.

Esse raciocínio pode ser ampliado e aplicado em ocasiões em que o próprio casal desiste da criança por algum motivo, como, por exemplo, caso a criança venha nascer com sexo diferente do almejado ou com alguma doença genética. Essa nulidade contratual apontada por eles, a do contrato e conseqüentemente do negócio jurídico como todo, condenaria a gestante a ser atribuída como mãe, imbuindo a essa a maternidade, e a tiraria dos pretensos pais, os quais tinham a real intenção de constituir a família. José Oliveira Ascensão³⁵ critica veementemente esse raciocínio, pois, segundo ele, a maternidade não pode ser atribuída a título de sanção, pelo negócio jurídico nulo. Uma vez que o interesse prioritário é o do feto, e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação. Dado que, o feto ficaria sentenciado a uma vida inteira atrelada a uma família que não é a dele, e que nunca o quis como parte de seu projeto familiar.

Portanto, proibir qualquer remuneração à gestante (hospedeira) é no mínimo incongruente, e não se justifica, pois ela presta um serviço à outra pessoa por vinte e quatro horas por dia, durante nove meses. Além disso, a prestação do serviço de gestação traz a

³³ FIELD apud ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição*. 2008. 145 f. Tese de mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

³⁴ OTERO, Truzzi Marcelo. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. Disponível em <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁵ ASCENSÃO, José oliveira. *José de Oliveira Ascensão: a Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/#:~:text=A%20maternidade%20n%C3%A3o%20pode%20ser,semelhante%20v%C3%ADnculo%20jur%C3%ADdico%20de%20filia%C3%A7%C3%A3o.&text=Na%20ordem%20jur%C3%ADdica%20portuguesa%2C%20at%C3%A9,era%20o%20da%20continuidade%20biol%C3%B3gica.>>. Acesso em: 31 mar. 2021



possibilidade de inúmeros impactos futuros, tanto em aspectos físicos quanto psicológicos. Logo, não seria a falta de remuneração uma afronta à dignidade humana, uma vez que impõe gratuidade a um serviço extremamente complexo e difícil?

Posto isso, fica evidente o caráter ultrapassado da vedação à remuneração. Uma vez que facilmente, com uma simples busca no Google, se encontra uma variedade de mulheres e clínicas oferecendo o serviço da gestação por substituição com a contraprestação da remuneração, que pela falta de regulamentação fica totalmente a mercê, tornando totalmente insegura a prática, para ambas as partes. Várias celebridades e pessoas com condição financeira podem ser citadas por terem buscado essa alternativa para terem seus filhos. São alguns nomes: Paulo Gustavo, Jimmy Fallon, Nicole Kidman, Kim Kardashian, Ricky Martin, Cristiano Ronaldo, Elizabeth Banks, Elton John etc.

Em síntese, o Direito de Família, por ser uma área de constante metamorfose, pela evolução da sociedade e da tecnologia, não deve ficar para trás e como ocorre em outras áreas do direito deve regular as inovações. Para que possa solucionar as questões e os riscos que circunda a gestação de substituição. Tais como: o fato da gestante apresentar problemas no momento do parto e perder o bebê; o risco de a mãe de substituição não cumprir o que foi combinado, não entregando a criança, não observar os cuidados com a própria saúde (capazes de assegurar a sadia gestação) e possibilidade de a criança nascer com problemas e ser alvo de rejeição por ambas as partes.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou debater e aprofundar o conhecimento sobre o instituto da gestação por substituição de útero onerosa. Com o objetivo de esclarecer esse tema tão pouco retratado no direito de família.

Conclui-se que a gestação por substituição ofereceu esperança às famílias, oportunizando novos meios para o livre exercício do direito reprodutivo e do direito ao livre planejamento familiar. Um gigantesco passo em direção à felicidade e a realização pessoal. Pois, essa proporciona à maternidade e/ou paternidade àqueles que não obtêm por meios próprios.

Contudo, esse instituto, com fim eudemonista, enfrenta um grande preconceito, de uma parcela da sociedade de viés conservador, que negam ou dificultam seu funcionamento pleno. O que ocasiona uma grande omissão legislativa.



Essa lacuna legislativa gera inúmeras incógnitas sobre o tema. E isso desampara as pessoas que buscam essa técnica como ultima opção.

Diante disso, o presente estudo buscou esclarecer algumas lacunas sobre o tema, qual seja: qual a natureza jurídica do instituto. Como também, propor uma visão mais vanguardista, quanto a possibilidade da modalidade onerosa, tratando o assunto sem as amarras do preconceito e pensamentos arcaicos. Além disso, conclui-se que, atualmente, a vedação da utilização da prática com o caráter oneroso, acaba por impossibilitar a sua utilização e que a Resolução do Conselho Federal de Medicina impõe barreiras desnecessárias àqueles que buscam exercer seu direito a procriação.

Ademais, também se buscou engrandecer a pesquisa o correlacionando com outros institutos do direito, como por exemplo, os princípios constitucionais e os de direito administrativo e os institutos de direito contratual. E dessa maneira, foi construído um raciocínio que solucionou às principais controvérsias da utilização do instituto da gestação por substituição onerosa.

No entanto, ficou evidente que enquanto não houver legislação acerca do tema, o instituto ficará à mercê de interesses políticos, convicções pessoais e religiosas. É evidente a importância de colocar o tema da gestação por substituição em destaque, estimular o seu debate e, principalmente, ilustrar as suas controvérsias. Contudo, o tema ainda é muito vasto e possui muitos aspectos para serem discutidos.

Posto isso, é notória a necessidade de um tratamento especial do legislador diante da gestação por substituição, uma vez que é inegável a crescente da busca, pelas novas famílias, por essa técnica. E a sua regulação nada mais é que uma forma de proteger a formação familiar, ou seja, proteger a busca da felicidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição*. 2008. 145 f. Tese de mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

AREND, Candida. *O estado puerperal e o delito de infanticídio: uma análise penal e processual*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-estado-puerperal-e-o-delito-de-infanticidio-uma-analise-penal-e-processual/>>. Acesso em: 02 out. 2020.

ASCENSÃO, José oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao->

164/a-busca-pela-felicidade-como-paradigma-dos-arranjos-familiares-contemporaneos/>. Acesso em: 30 set. 2020.

OTERO, Truzzi Marcelo. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. V. 5. Atual. Tânia da Silva Pereira, 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [Série IDP, e-book].

PRIBERAM. *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/>> Acesso em: 30 set. 2020.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Organização da família contemporânea: complexidade e indefinição dos vínculos jurídicos. *Revista de Direito Privado*. V. 48/2011 | p. 191 - 215 | Out - Dez / 2011.

TARTUCE, Flávio, *Direito civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12. ed. rev., atual. e ampl. V.3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WERTHEIMER apud ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. 2008. 145f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

WHO (WORDL HEALTH ORGANIZATION). *Infertility*. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>. Acesso em: 07 out. 2020.



A RELEVÂNCIA DO MÉRITO PENAL E SEUS REFLEXOS NAS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA

Bruna Araujo Coe Bastos

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

Resumo – o legislador pátrio selecionou as situações nas quais a sentença criminal fará coisa julgada nas demais jurisdições, mitigando o princípio da independência de instâncias. O resultado do julgamento de mérito no processo penal determina a possibilidade ou não de rediscussão do fato nos âmbitos cível e administrativo. O objetivo do presente trabalho é demonstrar, à luz de um direito processual penal constitucional, a relevância do exame do mérito penal e, a partir disso, bem como dos seus reflexos nas demais esferas de julgamento, defender que, em determinados casos, a análise meritória deve prevalecer em detrimento do reconhecimento preliminar da extinção da punibilidade pela prescrição.

Palavras-chave – Processo Penal Constitucional. Julgamento de Mérito Penal. Prescrição. Reflexos nas Esferas Civil e Administrativa.

Sumário – Introdução. 1. A relativa independência de instâncias. 2. Vinculação do juízo cível e administrativo ao penal. 3. Extinção da punibilidade vs. julgamento de mérito: uma opção do réu? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se debruça sobre a relevância do julgamento de mérito penal, tendo em vista as suas repercussões nas esferas civil e administrativa. Procura-se demonstrar que, em algumas situações, é mais interessante para o réu que haja o enfrentamento do mérito do que se tenha reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição, na medida em que um decreto absolutório criminal pode ser capaz de gerar a ausência de responsabilidade civil e/ou a reintegração do funcionário público ao cargo perdido em razão da persecução criminal.

É comum que a prática de ilícitos penais enseje, além do processo no juízo criminal, responsabilidades nas esferas administrativa, como no caso de funcionários públicos que são processados e julgados perante a própria Administração, e civil, cujo julgamento se dá diante de um juízo cível.

Surge, então, a problemática da comunicabilidade de instâncias. Sabe-se que, com base no princípio da independência das jurisdições, as decisões em cada uma dessas esferas não necessariamente se vinculam, podendo os juízos absolutórios ou condenatórios coincidir ou não. Essa situação, no entanto, torna-se cinzenta quando a sentença reconhece a prescrição da pretensão punitiva, gerando as seguintes reflexões: em tais casos, deveria ser dada ao réu a



opção por um julgamento de mérito que repercutiria de maneira mais favorável em outras jurisdições? Qual seria a melhor forma de se alcançar a verdadeira justiça à luz da Constituição de 1988?

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a debater, à luz do princípio constitucional da ampla defesa, uma tese há muito ventilada pela defesa nos Tribunais do país a respeito da necessidade de se garantir ao réu a opção de ter o mérito penal enfrentado, mesmo diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, quando a persecução criminal iniciada pelo Estado tender a um juízo absolutório.

Com base em uma análise acerca das implicações práticas do julgamento de mérito penal, o artigo visa também demonstrar como o seu relevante impacto em outras jurisdições pode ser decisivo na ressocialização e reintegração do réu na sociedade, bem como na consecução de uma justiça mais efetiva.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com uma reflexão a respeito do princípio da independência de instâncias no processo brasileiro, visando a compreender como se dá a sua aplicação diante de um sistema de jurisdição una.

Segue-se, ponderando, no segundo capítulo, as opções do legislador para a vinculação decisória entre as instâncias penal, civil e administrativa. Nesse ponto questiona-se se haveriam situações que, ao não serem enquadradas pela lei como vinculativas, levariam a uma condenação injusta nas demais jurisdições, mesmo diante de uma absolvição no juízo criminal.

O terceiro capítulo enfrenta a questão da prescrição penal e seus reflexos nas demais jurisdições. Procura-se demonstrar situações nas quais a apreciação do mérito penal se revelaria mais favorável ao réu do que a extinção da punibilidade. Para tanto, foi necessário refletir se o reconhecimento da prescrição é medida de ordem pública que se impõe ou se poderia ser mitigado à luz da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, o trabalho pretende contribuir para a reflexão e compreensão do tema, ainda pouco estudado pela doutrina brasileira e pela jurisprudência dos tribunais.

A pesquisa é desenvolvida pelo mérito hipotético-dedutivo, sendo elegidas situações práticas hipotéticas para análise, com vistas a perseguir os objetivos acima expostos e trazer a solução que se entende como mais adequada à luz de uma visão constitucional do tema.

Para tanto, a pesquisa objetiva trazer uma abordagem qualitativa do objeto estudado, a partir de interpretações dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, além da análise da legislação aplicável, de modo a compreender o fenômeno jurídico e demonstrar a sua relevância social.



1. A RELATIVA INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS

A independência de instâncias decorre do princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º, *caput* da Constituição Federal de 1988¹. Esse sistema, adotado via de regra nos Estados Modernos, com origem na obra de *Montesquieu*, tem como escopo desconcentrar as funções políticas de administrar, legislar e julgar, a fim de evitar governos autoritários e absolutos.

Nesse contexto, uma determinada conduta pode caracterizar simultaneamente três tipos de ilícitos, de índoles diversas, possibilitando, se assim tipificado em lei, mais de uma punição estatal, sem que isso implique em violação à regra do *ne bis in idem*. Assim, as decisões nas esferas cível, administrativa e penal podem coincidir ou não, uma vez que vigora, ao menos como regra, o princípio da independência de instâncias.

A fim de ilustrar essa cumulatividade de sanções, tome-se como exemplo o caso hipotético do servidor público federal acusado de exigir vantagem indevida para concessão de determinado benefício indevido. Na instância penal, será apurada a sua responsabilidade pelo crime de concussão (art. 316 do Código Penal); na esfera cível responderá por ato de improbidade administrativa que cause enriquecimento ilícito (art. 9º, I da Lei nº 8.429/92); e, como servidor da União, poderá responder a processo administrativo disciplinar (art. 117, XII da Lei nº 8.112/90).²

Os artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal³ preconizam que não faz coisa julgada no cível a decisão do juízo criminal que i) absolver o acusado sem reconhecer categoricamente a inexistência material do fato; ii) ordenar o arquivamento do inquérito ou peças de informação por insuficiência probatória; iii) julgar extinta a punibilidade ou iv) declarar que o fato imputado não constitui crime.

O Código Civil⁴ é ainda mais explícito quanto à independência de instâncias, afirmando em seu artigo 935 que “a responsabilidade civil é independente da criminal”, ficando, no entanto, impedida a rediscussão no juízo cível a respeito da existência do fato e de sua autoria quando tais matérias restarem decididas na sentença criminal transitada em julgado.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

² MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 31.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 07 out. 2020.



Na seara administrativa, o artigo 125 da Lei nº 8.112/90⁵, que regulamenta o regime jurídico dos servidores públicos da União, traz expressamente a cumulatividade e a independência entre as sanções aplicadas em cada uma das jurisdições. Complementa ainda o artigo 126 da referida lei, dispondo que a responsabilidade administrativa somente será afastada caso a sentença absolutória criminal se baseie na inexistência do fato ou sua autoria.

Da análise da legislação pátria, percebe-se que, na maioria dos casos, a absolvição pelo juízo criminal não é capaz de afastar uma eventual condenação cível ou administrativa, salvo quando o seu fundamento for a comprovada inexistência do fato ou a negativa de autoria.

Nessa perspectiva, Eugênio Pacelli⁶ afirma que o sistema processual brasileiro adota, quanto à vinculação de instâncias em relação a um mesmo fato, o modelo da independência relativa ou mitigada. Ou seja, o princípio da separação de instâncias não é absoluto, existindo certo grau de subordinação em determinadas situações.

Como se vê, a sentença que resolve o mérito na esfera criminal poderá ter consequências distintas nas demais instâncias a depender do seu fundamento. Segundo leciona Maria Sylvia Di Pietro⁷, a condenação na esfera criminal vincula os juízos cível e administrativo, os quais não poderão decidir de forma contrária, tendo em vista que, nesse caso, haverá uma decisão definitiva quanto à existência do fato e sua autoria. Por outro lado, nos casos de absolvição, a repercussão da sentença penal nas demais esferas dependerá do fundamento utilizado pelo juiz criminal dentre os previstos no artigo 386 do Código de Processo Penal⁸.

Indaga-se, nessa perspectiva, como essa sistemática casuística se compatibiliza com um sistema de jurisdição una, já que a atividade de “dizer o direito” compete com exclusividade a um mesmo Poder Público e, em último caso, a um único Poder Judiciário, tendo em vista o princípio do acesso à justiça (ou inafastabilidade da jurisdição), consagrado como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988⁹.

Para José Cretella Júnior¹⁰, a comunicabilidade entre instâncias se faz necessária em determinados casos como forma de se alcançar a verdadeira justiça, evitando-se assim que uma

⁵ BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

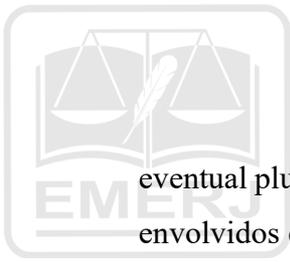
⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 164.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.374

⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. *Repercussão da sentença penal na esfera administrativa*. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257>. Acesso em: 07 out. 2020.



eventual pluralidade de decisões díspares possa culminar no desprestígio de algum dos Poderes envolvidos e, em última análise, do próprio Estado.

A ideia de unidade da jurisdição reside no fato de que as jurisdições civil, administrativa e penal são manifestações da própria soberania do Estado. Com efeito, devem buscar a harmonia entre si, a fim de evitar contradições que violem a segurança jurídica esperada pelos jurisdicionados.

Por outro lado, a adoção pelo sistema processual brasileiro de um modelo de independência entre instâncias não significa, por si só, uma renúncia ao ideal de jurisdição una. Isso porque o legislador adotou critérios baseados na eficiência ou suficiência da prova produzida no juízo criminal para admitir a sua eficácia preclusiva subordinante em relação às demais jurisdições, o que afasta a probabilidade de decisões contraditórias.

Assim, se, no âmbito penal, o juiz decidir, condenando, que houve o fato ou quem é o seu autor, a sentença penal condenatória repercutirá nas demais esferas, ensejando a reparação do dano ou a aplicação de penalidade administrativa.

De igual forma, a inexistência do fato ou a não vinculação do indivíduo à prática do fato considerado crime, quando fundamentos da sentença penal absolutória, fazem com que o julgamento criminal influa diretamente nos juízos cível e administrativo, que ficarão vinculados a tais provas.

Ressalte-se, portanto, que a vinculação da sentença absolutória e, conseqüentemente, a vedação à rediscussão da matéria nas demais instâncias, está subordinada a um juízo de certeza. Isso porque os ilícitos civis e administrativos, por serem menos graves à luz do ordenamento jurídico, podem estar caracterizados mesmo diante da não ocorrência de um ilícito penal, mas a recíproca já não é verdadeira.

Ademais, no processo penal, a atividade probatória demanda um esforço maior do órgão acusador, na medida em que incidem princípios constitucionais fundamentais como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, os quais, segundo a doutrina dominante, não se aplicariam ao processo civil ou administrativo.

Não há dúvida, portanto, que, diante de um ato ilícito, a apreciação do mérito penal é decisiva para uma eventual condenação ou absolvição nas demais instâncias, podendo, inclusive, impedir a rediscussão da coisa julgada. Essa comunicabilidade ou interdependência dos juízos em determinadas hipóteses ganha contornos relevantes na prática, sobretudo porque impacta na ressocialização do acusado perante a sociedade.

2. VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL E ADMINISTRATIVO AO PENAL

Indubitavelmente, a sentença penal condenatória faz coisa julgada nas instâncias civil e administrativa, já que comporta um juízo de certeza quanto à existência do fato e sua autoria. O debate, por sua vez, surge no âmbito da sentença penal absolutória, cujo fundamento influenciará diretamente na possibilidade ou não de rediscussão do caso nas demais jurisdições.

A absolvição, com previsão no artigo 386 do Código de Processo Penal¹¹, exige a explanação, pelo magistrado, de uma das 7 (sete) causas previstas no dispositivo. O referido artigo traz hipóteses de absolvição categórica, quando não há dúvida sobre a inocência do réu, e de absolvição dubitativa, quando a absolvição ocorre com base no postulado do *in dubio pro reo*.

Nos casos dos incisos I e IV, quando o réu prova que não concorreu para a prática do fato ou que o fato sequer existiu, não poderá haver condenação em qualquer esfera jurídica. Tratam-se, portanto, de exceções à regra da independência de instâncias, garantindo-se a vinculação entre as decisões.

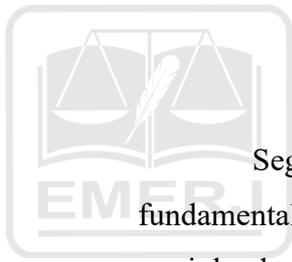
Diversamente, nas hipóteses de fundamentação nos incisos II (ausência de provas da materialidade), V (ausência de provas da autoria) ou VII (insuficiência de provas para a condenação), quando a absolvição ocorre pela dúvida, a sentença fará coisa julgada tão somente na esfera penal, permitindo a resposta civil e/ou administrativa pelo mesmo fato imputado.

Constata-se, a partir da análise dos referidos incisos, que o ordenamento jurídico pátrio conferiu uma certa superioridade ao julgamento penal, o qual consistirá em um norte para a aplicação da sanção civil ou administrativa. Isso se deve ao fato de que, na jurisdição penal, princípios como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, que muito são caros ao processo penal, tornam superior a exigência probatória nessa instância em relação às demais, fazendo com que a aplicação da pena dependa de um juízo maior de certeza.

Nesse contexto, Antonio Rodrigo Machado¹² indaga se, diante da vinculação à instância penal nas hipóteses de negativa de autoria e materialidade, poderia a instância administrativa – e nesse contexto pode-se enquadrar também a cível – desconsiderar a predominância do julgamento penal nas espécies de absolvição por ausência ou insuficiência probatória, quando referente a um mesmo contexto fático.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² MACHADO, op. cit., p. 20.



Segundo o jurista¹³, a Constituição Federal de 1988¹⁴, ao dispor como direito fundamental, no artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não se restringiu à acusação na esfera criminal, reforçando o argumento de que a definição de culpado, em qualquer instância, depende da decisão na jurisdição penal.

Conforme já delineado, a lei reconheceu apenas a instância penal como vinculativa às demais. Nesse diapasão, revela-se contraditória a possibilidade de haver uma decisão do mesmo Estado-juiz em sentido diametralmente oposto, decorrente de nova apreciação do mesmo conjunto fático-probatório, mesmo que em jurisdição distinta.

Ademais, ainda que se entenda que o princípio do *ne bis in idem* não incide no julgamento realizado por diferentes instâncias, há de se considerar a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade pelo julgador. Ignorar a existência da coisa julgada penal, que decidiu pela ausência de provas suficientemente aptas à decretação da culpa e declarou o acusado inocente, é medida desproporcional, a qual, inclusive, afronta a segurança jurídica que o jurisdicionado espera do Estado, esta extraída do artigo 5º, inciso XXXVI da Carta Magna¹⁵.

Decerto que a primazia da coisa julgada penal, instância que é a *ultima ratio*, serve como freio face à possibilidade de um excesso punitivo estatal. Em outras palavras, a autoridade da decisão de absolvição criminal frente às demais jurisdições retira do indivíduo o peso de vir a ser julgado pelo mesmo fato novamente, permitindo a sua reinserção no meio social.

Tanto é assim que o legislador optou pela impossibilidade de revisão criminal *pro societate* no artigo 626, parágrafo único, do Código de Processo Penal¹⁶, conferindo à decisão absolutória o *status* de “coisa soberanamente julgada”¹⁷.

Diante desse raciocínio, o legislador, ao prestigiar a total independência de instâncias nos casos de ausência ou insuficiência de provas para a condenação, acabou criando uma distinção entre sentenças absolutórias que não se adequa à prevalência do mérito penal também por ele trazida.

Entende-se que, se a sentença penal absolutória fundamentada em provas da inexistência da materialidade ou da ausência de autoria torna impossível a rediscussão do fato nas esferas cível e administrativa, mais razão não há para que se obste tal apreciação quando,

¹³ Ibid., p. 48.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.229.



nem mesmo o juízo criminal, com todas as possibilidades de investigação e garantias que envolvem a sua atuação, consegue dizer que o fato existiu ou quem foi o seu autor.

Na visão de Antonio Rodrigo Machado¹⁸, a absolvição transitada em julgado, em qualquer das suas modalidades, deveria vincular o julgador nas demais instâncias, notadamente quando não há alteração fático-probatória, pois, nesse caso, todas as circunstâncias que envolvem o fato principal já estariam decididas pelo juiz criminal.

Conquanto seja essa posição defendida por autores minoritários, é preciso ressaltar que a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trata, historicamente, com rigidez, a questão da independência entre as instâncias civil, penal e administrativa, afastando argumentações no sentido da violação do princípio da presunção de inocência¹⁹. Na mesma linha é a posição da doutrina majoritária, que sustenta a possibilidade de cumulação de sanções impostas por diferentes esferas de julgamento, nos casos de absolvição pela dúvida no processo penal²⁰.

Saliente-se, contudo, a existência de julgados isolados na Suprema Corte, baseados na nova ordem constitucional vigente pós 1988 e na normatividade dos princípios, sobretudo na proporcionalidade, como instrumentos de uma interpretação mais flexível da independência entre instâncias.

A título ilustrativo, destaca-se o entendimento adotado no RMS 28.208/DF²¹, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal anulou decisão administrativa de demissão de um servidor público federal, aplicando a proporcionalidade diante de sentença penal absolutória fundamentada na insuficiência probatória. Válida, nesse ponto, a transcrição de parte do voto proferido pelo Ministro Relator:

Em relação à alegação de ausência de provas da prática da infração imputada ao recorrente, tenho que o caso sob exame reclama a seguinte ponderação: embora seja reiterada nesta Corte a orientação no sentido da independência das instâncias penal e administrativa, e de que aquela só repercute nesta quando conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria (MS 21.708, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.08.01, MS 22.438, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.02.98), não se deve ignorar a absolvição do recorrente na Ação Penal nº 2006.39.02.00204-0, oriunda do Processo Administrativo Disciplinar nº 54100.001143/2005-52, sob a justificativa de falta de provas concretas para condenação do recorrente (...). (...) Ora, a absolvição do ora recorrente na esfera penal por ausência de prova suficiente de sua participação no ilícito que lhe foi imputado é indiciária da ausência de correlação entre os motivos invocados pela autoridade administrativa e a penalidade imposta ao servidor.

¹⁸ MACHADO, op. cit., p. 111.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 34420 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur367850/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁰ PACHELLI, op. cit., p. 167.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS nº 28208/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur258188/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.



Não obstante o escasso enfrentamento jurídico em relação ao tema, é patente a relevância do julgamento de mérito penal na definição do futuro do acusado nas demais jurisdições. Chega-se, então, ao terceiro capítulo deste trabalho para tratar da hipótese de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, diante da qual o réu, não tendo sequer a oportunidade de ver apreciado o mérito penal, poderá obter resultados em seu desfavor nas esferas civil e administrativa.

3. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE VS. JULGAMENTO DE MÉRITO: UMA OPÇÃO DO RÉU?

A mais conhecida causa de extinção da punibilidade no âmbito criminal é a prescrição, prevista no artigo 107, inciso IV, do Código Penal²². Funda-se o instituto na ideia de que o direito de punir, de titularidade do Estado, não é ilimitado, pelo contrário: encontra, além das barreiras penais e processuais, limitações temporais. Entendimento diverso significaria conferir ao Estado um *ius puniendi ad aeternum*, capaz de conflitar com o esquecimento do ilícito pela sociedade, com a ressocialização do agente e, conseqüentemente, com a inutilidade da sanção penal.

Com efeito, consiste a prescrição na perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto.²³ Importa aqui tratar da prescrição da pretensão punitiva, também conhecida como prescrição da ação penal, já que esta, segundo orientação predominante, impede a análise do mérito penal. Nesse caso, o Estado perde o interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável pelo ilícito em razão do decurso do tempo, o que ocorre anteriormente ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão criminal para ambas as partes.

É bem verdade que não há relevantes debates acerca do enquadramento processual da prescrição, tampouco quanto aos seus efeitos. Entende-se pacificamente na doutrina que a prescrição é matéria preliminar e de ordem pública, a qual obsta a apreciação do mérito em qualquer grau de jurisdição, podendo, inclusive, ser declarada de ofício²⁴.

²² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decretolei/Del2848_compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

²³ MASSON, Cleber. *Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120) – 13. ed. V.1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 772.

²⁴ 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. 129.

Na mesma linha, o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, seguido pelos tribunais do país, é no sentido de que a consumação da prescrição impede o prosseguimento, pelo Judiciário, no exame do mérito penal. Nesse sentido, destaca-se um trecho do acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, proferido no Ag. Reg. no AI nº 859.704/PR²⁵:

Em suma: as razões que venho de expor, fundadas em autorizado magistério doutrinário e apoiadas na jurisprudência dos Tribunais, notadamente na do Supremo Tribunal Federal, revelam que, consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, não mais se discutem as questões pertinentes ao fundo da controvérsia que se instaurou no âmbito do processo penal de conhecimento, eis que a ocorrência dessa típica questão preliminar de mérito impede que o órgão judiciário competente prossiga no exame da causa penal, por não mais subsistir o próprio objeto da *persecutio criminis in judicio*.

No que tange aos efeitos decorrentes do instituto, além de impedir o exercício da persecução criminal ou a sua continuação, poderá também, caso reconhecida após o proferimento de sentença condenatória, apagar todos os efeitos decorrentes desta, sejam principais ou secundários, penais ou extrapenais. Isso significa que o réu continuará sendo primário, não havendo falar em reincidência ou maus antecedentes, nem em formação de título executivo capaz de ser executado no juízo cível.²⁶

Diante disso, não raro equipara-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com a exata proclamação de inocência²⁷, já que os efeitos dela decorrentes aparentemente fazem crer que a infração penal jamais existiu ou foi praticada. Todavia, como se verá adiante, tal percepção não encerra verdade absoluta.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato, na forma do artigo 109 do Código Penal²⁸, pode gerar a extinção da punibilidade logo na fase inicial do processo judicial, implicando a absolvição sumária do réu, prevista no artigo 397, inciso IV, do Código de Processo Penal²⁹. Nessa hipótese, o magistrado reconhece que a pretensão punitiva estatal foi fulminada pelo lapso temporal verificado entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia.

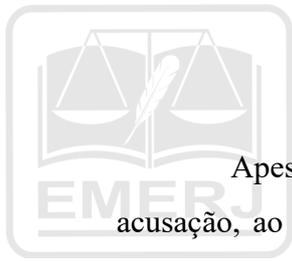
²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no AI nº 859.704/PR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6955602>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 888-889.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS nº 6.877/DF*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000279137&dt_publicacao=21/05/2001>. Acesso em: 06 abr. 2021.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 28.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.



Apesar do evidente desgaste para o réu diante do simples fato de pairar contra ele uma acusação, ao que parece, nesse caso específico, as repercussões extrapenais da sentença de absolvição sumária, notadamente nas demais esferas de julgamento, não constituiria gravame suficientemente apto a defender a necessidade de uma análise de mérito. O que se tem nessa etapa é apenas a denúncia lastreada em elementos informativos, ou seja, não há ainda instrução criminal baseada no contraditório e na ampla defesa, tampouco um título judicial condenatório.

Dissemelhante, no entanto, é situação em que a prescrição é decretada na sentença criminal de primeira instância ou, ainda, em grau recursal, quando há uma sentença condenatória pendente de recurso defensivo fundado na alegação de inocência.

Na primeira hipótese, pode-se imaginar o caso em que o magistrado, na sentença, verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não declarada em momento anterior, porém se depara, após todo o desenrolar da ação penal e da instrução criminal, com provas da inocência do réu, ou, ainda, com a ausência de provas suficientes para a condenação, estando apto a decretar a absolvição com base no artigo 386 do Código de Processo Penal³⁰.

Não obstante o entendimento majoritário acima delineado, o Supremo Tribunal Federal, em 2014, na Ação Penal 465/DF³¹, proposta contra o ex-presidente da república, e atual senador, Fernando Collor de Mello, julgou improcedente a pretensão ministerial, por maioria, proclamando a absolvição do réu, a despeito do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação a dois dos três delitos imputados.

A relatora do caso, Ministra Cármen Lúcia, na explicação de seu voto vencedor, considerou o fato dos crimes estarem conectados pelas mesmas circunstâncias fático-probatórias, pontuando que, em caso de condenação por um dos crimes, deveria ser declarada a prescrição quanto aos demais já prescritos, porém, caso fosse proferido um decreto absolutório, este deveria alcançar toda a pretensão acusatória, já que mais favorável ao réu do que o registro da causa extintiva da punibilidade.

Fato é que, nesse julgamento, a Corte Suprema se dividiu. Para parte dos ministros, o correto seria seguir a orientação já firmada no sentido de que a prescrição prejudica a análise do mérito, sendo dever do juiz decretá-la, ainda que de ofício. Para a maioria, no entanto, finda a instrução criminal, o magistrado teria a faculdade de extinguir a punibilidade ou absolver o réu, quando entendesse que esta última seria mais condizente com o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana.

³⁰ Ibid.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP n° 465/DF*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065801>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

Evidente que o debate travado no caso concreto não ensejou uma mudança no entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência, pois ausente a eficácia *erga omnes* e vinculante do julgado. Todavia, a incoerência da Corte em não aplicar o fundamento adotado para toda e qualquer situação semelhante leva à reflexão a respeito da injustiça de muitas decisões que, mesmo diante de provas que levem à absolvição, preferem não se imiscuir na análise meritória, ficando as garantias constitucionais do réu relegadas ao puro arbítrio do magistrado.

O debate é ainda mais acirrado na hipótese em que a prescrição da pretensão punitiva é reconhecida após a sentença penal condenatória, em fase de recurso defensivo, nos moldes do artigo 110, parágrafo 1º, do Código Penal³². Nesse caso, prevalece o entendimento de que a chamada prescrição retroativa ilide qualquer pretensão defensiva que busque um decreto absolutório, sendo caso de inadmissão do recurso.

Sem embargo, verifica-se uma tendência na doutrina, ainda que minoritária, em rechaçar esse entendimento, como se vê nas lições de Guilherme Nucci³³, para quem a prescrição apenas deveria prevalecer caso o Tribunal negasse provimento ao recurso defensivo, garantindo-se, assim, o direito à ampla defesa na máxima extensão possível, o que se revela pela obtenção da análise do mérito penal pelo acusado.

Nessa perspectiva, importante destacar que o devido processo legal, previsto como garantia fundamental, abarca o direito do acusado à ampla defesa, na forma do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. No viés positivo da autodefesa, o acusado tem o direito de defender-se ativamente da imputação, levando ao magistrado a sua versão dos fatos, que deverá ser considerada ou, ao menos, fundamentadamente refutada, quando da elaboração da sentença.

Soa ainda mais urgente a mudança no entendimento jurisprudencial quando se pensa na não rara hipótese de erro do Poder Judiciário, sobretudo em casos de grande repercussão nacional. É justo, com base na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência, que o réu não tenha o direito de provar a sua inocência tão somente porque o Estado se manteve inerte na sua atuação? Parece que não.³⁴

Ressalte-se, ainda, que o reconhecimento da prescrição é capaz de gerar efeitos patrimoniais e funcionais para o acusado, já que, como visto, não obsta a rediscussão da matéria

³² BRASIL, op. cit., nota 28.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.901.

³⁴ SILVA, Rudson Coutinho da; FISCHER, Douglas. Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.



nas instâncias civil e administrativa, nos termos do artigo 67, II do Código de Processo Penal³⁵ e do artigo 126 da Lei nº 8.112/90³⁶.

Nessa toada, a extinção da punibilidade pela prescrição permite a permanência do estigma de acusado que, para além de uma demissão ou de uma condenação à reparação de danos, é capaz de perpetuar a condenação do indivíduo pela comunidade na qual está inserido, ainda que as provas digam completamente o contrário.

Conquanto o ordenamento jurídico não permita falar propriamente em um direito subjetivo do réu ao julgamento de mérito, é possível extrair do texto constitucional a relevância da sua apreciação. Não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também a presunção de inocência, a proporcionalidade e a ampla defesa, que regem o processo penal constitucional, constituem argumentos aptos a defender que, se não uma opção do réu, ao menos uma prerrogativa do magistrado deveria ser reconhecida em tais casos.

Apartado o debate, é assente a ideia de que não se pode conferir à técnica processual valor maior do que o *status dignitatis* do acusado. Nesse ponto, inegável que a extinção da punibilidade pela prescrição, reconhecida de maneira estanque como preliminar ao exame do mérito, não equivale a uma sentença absolutória, nem no âmbito jurídico, nem na esfera pessoal do acusado.

CONCLUSÃO

A partir da análise do princípio da independência de instâncias no sistema jurídico brasileiro, é possível notar que a sua aplicação é mitigada pelo legislador, no intuito de evitar decisões conflitantes que afetem a segurança jurídica, mantendo-se, assim, a unidade de jurisdição.

Como decorrência disso, o ordenamento prevê situações em que haverá a comunicabilidade entre as decisões proferidas nas esferas cível, administrativa e criminal, de modo que o resultado em uma instância fará coisa julgada nas demais.

Ao estabelecer tais hipóteses de vinculação, nota-se uma opção legislativa pela prevalência do juízo penal em detrimento dos juízos cível e administrativo. Isso porque, quando um mesmo fato caracterizar, ao mesmo tempo, ilícitos nas três esferas de julgamento, a sentença de mérito na esfera criminal impedirá a sua rediscussão nas demais jurisdições quando for

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.



condenatória ou, caso absolutória, nas hipóteses em que concluir pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria.

Conquanto estabelecida tal superioridade penal, consubstanciada no maior rigor na preservação das garantias fundamentais estabelecidas na Constituição, o próprio legislador, em sentido oposto, acabou por enfraquecê-la ao afastar do campo vinculativo a absolvição por insuficiência probatória, prevista nos incisos II, V e VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Tal contrariedade implica em sentenças absolutórias criminais que, ao invés de significarem um recomeço para o acusado, na verdade, permitem que este permaneça estigmatizado na sociedade, já que autoriza que os mesmos fatos, diante de um mesmo arcabouço fático-probatório, sejam novamente apontados como argumentos para uma eventual punição civil ou administrativa.

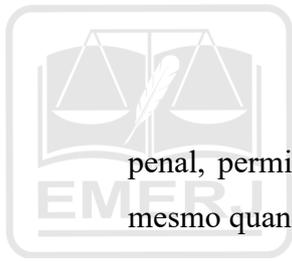
Assim, verificando-se o tímido enfrentamento do tema pela comunidade jurídica, a presente pesquisa identificou a necessidade de um debate mais contundente na doutrina e na jurisprudência quanto à necessidade de ampliação legislativa das causas de vinculação entre os juízos decisórios, flexibilizando a independência de instâncias a partir dos princípios constitucionais da proporcionalidade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Após a constatação da inegável relevância do julgamento de mérito para a definição do futuro do réu nas demais jurisdições, foi enfrentada a problemática da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Não obstante o entendimento majoritário e consolidado no sentido de que a prescrição é matéria preliminar que obsta o exame do mérito penal, observou-se que, na prática, essa posição é capaz de violar garantias fundamentais do acusado, impedindo-o de perquirir e comprovar a sua inocência não apenas perante o Judiciário, mas também perante a sociedade.

O principal argumento identificado por esta pesquisa para a solução dessa questão, tendo por base um precedente do Supremo Tribunal Federal, seria dar ao réu o direito de prosseguir no exame do mérito ou conferir ao magistrado a faculdade de apreciar os fundamentos meritórios. Isso se aplicaria quando, já em estágio processual avançado, após todo o desenrolar da instrução probatória, fosse possível verificar que a proclamação de uma sentença absolutória de mérito repercutiria de maneira mais favorável na vida do acusado do que o reconhecimento da prescrição.

Assim, conclui-se com a pesquisa que o atual sistema, o qual faz prevalecer o reconhecimento da prescrição penal como matéria preliminar e de ordem pública em todo e qualquer caso, viola a Constituição, pois, ao não dar a chance do réu ter apreciado o mérito



penal, permite que ele venha a ser julgado e condenado nas demais esferas de julgamento, mesmo quando o arcabouço fático-probatório aponta para a absolvição criminal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS nº 6.877/DF*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000279137&dt_publicacao=21/05/2001>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no AI nº 859.704/PR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6955602>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP nº 465/DF*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065801>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 34420 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur367850/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RMS nº 28208/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur258188/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, J.. *Repercussão da sentença penal na esfera administrativa*. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257>. Acesso em: 07 out. 2020.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.



LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

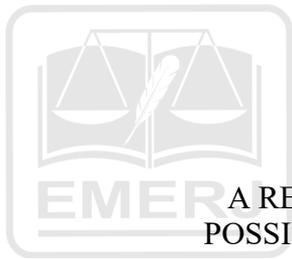
MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – 13. ed. V.1*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, Rudson Coutinho da, FISCHER, Douglas. Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.



A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO E A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO MÉTODO BIFÁSICO DO DANO MORAL

Bruna da Silva Rebelo

Graduada pela faculdade Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – na seara do Direito de família, sob o prisma da Constituição Federal de 1988, tornou-se possível refletir sobre temas inéditos, como a hipótese de indenização por abandono afetivo, o que passou a ser analisado sob aspecto mais humano. A essência do presente trabalho é a reflexão jurídica sobre a família como base da sociedade, em especial, sobre as graves consequências da ausência da figura parental na vida da prole. Destaca-se o abandono afetivo como instituto causador dos danos extrapatrimoniais, a responsabilidade civil e a possibilidade de aplicação do método bifásico na quantificação do dano moral adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave – Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Danos morais. Indenização.

Sumário – Introdução. 1. O abandono afetivo e a relevância da avaliação psicológica como instrumento de mediação nos processos judiciais. 2. A (im)possibilidade do dever de reparação nos casos de abandono afetivo 3. Da viabilidade de aplicação do método bifásico do dano moral nos casos de abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo reflexões e indagações sobre o abandono afetivo e a possibilidade de condenação em danos morais, à luz da doutrina moderna e da jurisprudência pátria. Para tanto, o trabalho aponta os principais aspectos referentes à questão, para, ao final, analisar a viabilidade da aplicação do método bifásico na quantificação do dano de natureza extrapatrimonial.

Inicialmente, é preciso destacar que os sentimentos, em especial o amor e o afeto, não podem ser impostos a qualquer indivíduo, tendo em vista a subjetividade e a intimidade de cada pessoa. O ser humano é livre para amar ou não amar o outro, sendo inconcebível e impossível fixar mandamento legal que de modo contrário disponha.

Por outro lado, o Direito de família pátrio prevê ampla proteção ao instituto da família, homenageando as relações afetivas, em especial, aquela havida entre pais e filhos. Salienta-se, ainda, a previsão legal do dever de amparo e cuidado, que é indelegável.

Desse modo, o ensaio permite verificar que o Direito, como ciência jurídica, não deve ser aplicado de forma meramente técnica e fria nos casos de abandono afetivo. Salienta-se que



cabe ao magistrado ponderar os valores éticos, morais e afetivos quando da aplicação do Direito aos casos concretos.

Nesse sentido, o trabalho traz um exame dos princípios constitucionais pertinentes à temática do abandono afetivo, bem como traça as noções da responsabilidade civil, os requisitos do dever parental. Além disso, a presente exposição científica examina as consequências jurídicas e afetivas da indenização pelo desamparo afetivo.

Dessa forma, o primeiro capítulo traz o conceito e aplicação do abandono afetivo no ordenamento pátrio à luz da Constituição Federal. Nesse contexto, discute-se ainda a relevância da avaliação psicológica como instrumento de mediação nos processos judiciais.

O segundo capítulo apresenta as questões no que tange à possibilidade ou não do dever de reparação nas demandas judiciais que envolvam casos concretos de abandono afetivo. Nessa conjuntura, faz-se imperiosa a exposição dos pressupostos básicos da responsabilidade civil: (i) conduta (ii) nexo causal e (iii) dano. Nesse capítulo, é analisada e pormenorizada a questão do dever de indenizar por abandono afetivo.

Por derradeiro, o terceiro capítulo dessa pesquisa aponta a viabilidade de aplicação do método bifásico do dano moral. Tal construção jurisprudencial é oriunda de julgados consolidados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é utilizado como valoração da quantificação da condenação em dano moral. Após, busca-se atestar que é possível aplicar tal método nos casos de abandono afetivo.

A pesquisa é desenvolvida utilizando o método hipotético-dedutivo, considerando-se que a pesquisadora elege proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto do estudo, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

O objeto do presente artigo científico possui abordagem necessariamente qualitativa, logo a observadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em concreto – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua defesa.



1. O ABANDONO AFETIVO E A RELEVÂNCIA DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA COMO INSTRUMENTO DE MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS JUDICIAIS

Inicialmente, os ensinamentos de Tartuce¹ apontam que o afeto é o fundamento principal das relações familiares. Cada vez mais o Direito de Família considera a questão da afetividade, tendo em vista que influenciam consideravelmente na qualidade dos vínculos que existem entre familiares.

O Direito brasileiro experimenta significativas alterações e transformações para acompanhar e atender os diversos tipos de conflitos que surgem na sociedade. Sobretudo o Direito de família demonstra-se defasado² em diversos aspectos para atender aos anseios da coletividade, dando um papel de destaque para a jurisprudência e a doutrina na solução de questões ainda inéditas na legislação.

É preciso mencionar que o instituto da família brasileira está em constante mutação³ e tenta romper laços com o passado marcado pelo patriarcalismo, autoritarismo e o patrimonialismo. Nessa lógica, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 alterou axiologicamente a forma como Direito de família era aplicado, passando a homenagear cada vez mais a observância aos princípios constitucionais.

Por sua vez, os seres humanos sofrem interferências internas e externas que acabam por implicar na qualidade das relações intersubjetivas vivenciadas no dia a dia. No seio social os laços formados podem acarretar consequências quando rompidos⁴, porém, quando se trata do seio familiar, a questão se eleva a outro nível, por se tratar da relação entre pais e filhos.

Nessa relação, os laços tendem a ser mais estreitos, de modo que as experiências vividas na fase maternal e adolescência são cruciais para a formação do pensamento e identidade da prole, pois a influência parental serve, nesse momento inicial, como um fator crucial para fomentar o desenvolvimento psicossocial⁵.

¹TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 1.065.

²RYBA, Adriano. *Por uma nova linguagem no Direito de Família*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/105240/por-uma-nova-linguagem-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Processo Familiar*: Conceito de família está cada vez mais organizado e autêntico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/processo-familiar-conceito-familia-cada-vez-organizado-autentico>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

⁴SANTOS, Saruzze Pereira. *Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo*. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51067/consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abando-no-afetivo>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

⁵TARTUCE, op. cit, p. 1.065.

⁵RYBA, op. cit.

⁵PEREIRA, op. cit.



Nesse cenário, a figura paterna torna-se essencial na introdução da prole no meio social, pois, impõe a ordem, disciplina, autoridade e limites e a ausência dessa figura em razão do rompimento dos laços de afetividade pode comprometer o desenvolvimento saudável da prole que é característico pela imitação. Assim, ensina Calderon⁶:

[...] parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, implícito e explícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento, oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que permite a sua atual sustentação *de lege lata* [...].

Dito isso, ao imaginar uma situação em que um dos pais não se encontra presente, passa-se a vivenciar o sintoma da ausência que não só pode acarretar efeitos na estrutura da formação social das crianças e jovens como também em seu psicológico. Destaca-se que a proteção conferida ao menor, adolescente e ao jovem está positivada no art. 227 da Constituição Federal⁷, que assim dispõe:

[...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, ao profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além e colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...].

De tal dispositivo, foi consubstanciado o princípio do maior interesse da criança e do adolescente, a fim de lhes conferir proteção integral a todos os direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana. É possível extrair de tal norma o dever geral de cuidado atribuído aos pais e responsáveis, destacando-se o respeito e a convivência familiar, que são de extremo valor para o desenvolvimento do menor e do jovem. Os mandamentos foram também repetidos no art. 4º da Lei nº 8.069/90⁸ (Estatuto da Criança e do Adolescente) com o intuito de fazer cumprir o direito:

⁵SANTOS, op. cit; GUZZO, Raquel Souza Lobo. *Avaliação psicossocial e desenvolvimento da criança: uma história de vida*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2014000400004#end>. Acesso em: 8 nov. 2020.

⁶CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro. 2017, p. 413.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 nov. 2020.

⁸BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.



Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

É evidente que, apesar das normas supracitadas conferirem o amplo dever de proteção ao menor, não é possível imputar a obrigação de um pai a amar seu filho. No entanto, o responsável que é omissivo ou negligente o filho menor pode responder judicialmente pelos danos morais causados⁹.

Conforme aponta Belinda Mandelbaum¹⁰, professora de Psicologia Social da Universidade de São Paulo, “a ausência paterna decorre de um vínculo com a criança que, de alguma maneira, não tem força suficiente para se sobrepor a outros interesses ou necessidades desse pai”. Tendo em vista as consequências psicológicas, a jurisprudência vem entendendo a indiferença afetiva de um genitor em relação a um filho como abandono afetivo e que possui relevância jurídica.

Nesse sentido, é imperioso salientar¹¹ que a demanda judicial de indenização oriunda de abandono afetivo é caracterizada não somente pela responsabilidade material de pais ou responsáveis causadores do abandono afetivo, mas inclusive como forma de compensação dos filhos por todo o abalo e sofrimento em razão da situação do abandono. Assim, a referida ação também pode ter a função estratégica de fazer o responsável pelo abandono reconhecer a falha na relação e talvez tentar mudar a situação dali em diante.

No âmbito da psicologia, Benczik¹² sustenta a existência de muitos casos em que a ausência paterna, que é a mais recorrente, tem potencial para gerar conflitos no

⁹GRILLO, Brenno. *STJ condena pai a indenizar filho em danos morais por abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-26/stj-condena-pai-indenizar-filho-danos-morais-abandono>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

¹⁰MANDELBAUM apud ARAGAKI, Caroline. *O abandono afetivo paterno além das estatísticas*. Disponível em: <<https://www.ip.usp.br/site/noticia/o-abandono-afetivo-paterno-alem-das-estatisticas/>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

¹¹COLTRO, Beatriz Pires; GIACOMOZZI, Andréia Isabel; Peixoto, Karime Elizabete Bozza Galloti Peixoto. *Avaliação psicológica em processos judiciais de abandono afetivo: conflitos familiares e as demandas do judiciário*. Disponível em: <<https://www.quadernsdepsicologia.cat/article/viewFile/1422/1422-pdf-pt>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

¹²BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. *A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil*. Disponível em: <<http://www.revistapsicopedagogia.com.br/detalhes/181/a-importancia-da-figura-paterna-para-desenvolvimento-infantil>>. Acesso em: 8 nov. 2020.



desenvolvimento psicológico da criança, vez que tendem a gerar uma influência negativa da ausência ou ausência de influência.

Em outras palavras, significa dizer que a ausência acarreta influências negativas que acabam por gerar sintomas patológicos, e a ausência de influência, por sua vez, ocorre quando não se tem a figura do “espelho”, da referência, que é um fenômeno comum quando falamos em família¹³.

É claro que não pode deixar de se considerar que grande parte das famílias atualmente são constituídas com apenas uma figura materna ou paterna, e nem por isso a prole apresenta consequências em seu convívio social e pessoal¹⁴.

Contudo, deve-se levar em consideração que a função dos pais não se restringe somente ao dever de prestar alimentos¹⁵, mas também ao dever de possibilitar o desenvolvimento humano pleno, consectário lógico do primado do princípio da dignidade da pessoa humana, e quando ausente, chega-se à esfera a responsabilidade civil.

Desta forma, o que se pretende averiguar são aqueles casos em que o dano é efetivo, de modo que para ser cabível deve cumprir alguns requisitos previstos no ordenamento jurídico, que comporta a extensão do dano bem como os pressupostos que possam acarretar o dever de indenizar¹⁶.

Para tanto, torna-se fundamental a realização de avaliação psicológica nos processos judiciais que envolvam questões ligadas ao abandono afetivo. Não cabe ao magistrado medir o dano sem um substrato técnico mínimo capaz de atestar os abalos extrapatrimoniais causados pelo abandono afetivo¹⁷.

Cabe à Psicologia Jurídica¹⁸ realizar a “mediação entre o que é da ordem jurídica e o que surge de demanda psicológica em meio aos processos judiciais, exercitando (...) a tarefa de equilibrar o saber psicológico com a realidade fática das dinâmicas relacionais (...)”. É necessário destacar que para a comprovação da responsabilidade civil é indispensável a

¹³Ibid.

¹⁴DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+](https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+>)>. Acesso em: 8 nov. 2020.

¹⁵Ibid.

¹⁶SANTOS, Pablo de Paula Saul. *Dano moral: um estudo sobre seus elementos*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/dano-moral-um-estudo-sobre-seus-elementos/>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

¹⁷REZENDE, Adriana; RIDOLPHI, Alencar; FERREIRA, Oswaldo; RANGEL, Tauã. *O abandono afetivo à luz do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.arpen.org.br/?pG=X191eGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzE1ODY=>>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

¹⁸BENCZIK, op. cit.



caracterização donexo causal e do dano, o que, nas demandas ora estudadas, só pode ser atestado por uma avaliação psicológica.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DO DEVER DE REPARAÇÃO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

A família é um dos pilares mais importantes na construção da personalidade e solidificação do caráter nas crianças e adolescentes, sendo considerada hoje através da Constituição Federal a base da sociedade, conforme seu art. 226¹⁹.

Ser pai e mãe é estar presente na vida do filho, é uma relação singular que não pode ser relegada a outro, pelo simples fato de que ser mãe/pai é um ser um personagem único na vida da criança e do adolescente. Contudo, em que pese não se possa obrigar que se ame o outro, na esfera familiar, o dever de cuidado recai aos pais com seus filhos, em outras palavras, a eles incumbe²⁰ o dever de prestar sustento, educação, presença, lazer.

Nesse ponto, o que gera o dever de indenizar não é a falta de amor ou de afeto, mas sim a ausência de amparo e assistência²¹. Ou seja, é desatender às necessidades da criança e do adolescente decorrentes do poder familiar.

Nesse sentido, Nancy Andrichi²² traça os elementos para caracterizar o dano moral nos casos que envolvem abandono familiar. Ressalta-se o seguinte trecho do julgado de relatoria da referida ministra:

[...] é das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e onexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰Ibid.

²¹MONTEMURRO, Danilo. *Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242-SP*. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes: (...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil in: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo, Atlas, pag. 75).

A questão do abandono afetivo envolve o abalo psicológico e que deve ser acompanhado pela equipe multidisciplinar. Nessa evolução de mentalidade, o Juiz deve exercitar um raciocínio de ponderação entre Direito e as questões psicológicas e afetivas. Nessa toada, Andrighi²³ continua de forma cristalina as suas razões no seu voto no REsp nº 1.159.242/SP:

[...] sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa. Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

Em sentido diverso, Cristiano Chaves de Farias²⁴ possui posicionamento contrário à tese supracitada, sustentando que não é possível a aplicação do instituto da responsabilidade Civil às relações de cunho familiar. Assim, o autor entende ser inviável a imputação da obrigação de um pai de gostar ou desgostar de seu filho, ainda que este seja membro de sua família.

Segundo tal tese²⁵, o reconhecimento da indenização decorrente do abandono afetivo poderia representar uma verdadeira patrimonialização das relações afetivas, o que é impossível,

²³Ibid.

²⁴FARIAS, Cristiano Chaves de. *Indenização por abandono afetivo: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/14844>>.

Acesso em: 08 nov. 2020.

²⁵Ibid.



conforme a visão do autor, que acredita que são institutos que não possuem valor econômico. Cristiano Chaves²⁶ defende que uma eventual condenação pecuniária poderia representar um agravamento da frágil ou inexistente relação familiar objeto da demanda²⁷:

[...] por tudo isso, entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à Responsabilidade Civil no âmbito do Direito das Famílias por importar o deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência. Afasta-se, com isso, o cabimento da indenização por um puro e simples abandono afetivo, desatrelado da prova da prática de um ato ilícito.

No entanto, tal entendimento não prospera perante a jurisprudência majoritária, tendo em vista que a tese capitaneada pela ministra Nancy Andrighi²⁸ já é amplamente adotada pelos mais diversos tribunais do país. Logo, é possível afirmar que vigora no Brasil o dever de indenizar por abandono afetivo.

Nesse caminhar, faz-se imperioso destacar novamente os três pressupostos básicos da responsabilidade civil: (i) conduta (ii) nexo causal e (iii) dano. Sob esse prisma, o Código Civil²⁹ estabelece, em seus artigos 186 e 927, o seguinte regramento da responsabilidade civil, *in verbis*:

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. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse momento, analisa-se a magnitude do dano sofrido de modo a realizar a justiça corretiva propugnada, eliminando o dano imerecido por meio da obrigação legal³⁰ de repará-lo.

Assim, uma vez presentes os pilares da responsabilidade civil, quais sejam a conduta voluntária e o nexo causal, nos termos do artigo 927 do Código Civil³¹, se faz imperioso analisar a existência de danos sofridos.

²⁶Ibid.

²⁷Ibid.

²⁸BRASIL, op. cit. nota 11.

²⁹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁰Ibid.

³¹Ibid.

3. DA VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO MÉTODO BIFÁSICO DO DANO MORAL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Primeiramente, faz-se necessário sustentar que há um certo abstrativismo e subjetivismo no conceito de abandono afetivo, o que pode representar uma barreira ou fator limitador para o aplicador da lei. Destaca-se que não há consenso sobre o conceito de abandono afetivo, mas, em linhas gerais, pode-se dizer que resta configurado quando há o abandono pelo pai, mãe ou ambos de seus deveres para com o filho³².

No Direito de Família, os deveres encontram respaldo no art. 22 da Lei nº 8.069/90³³, *in verbis*: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Em outras palavras, aos pais incumbe³⁴ o dever de assegurar aos filhos o direito de cuidado de bem-estar físico, de desenvolvimento e de estimular o crescimento digno e sadio.

Verifica-se que há responsabilidades atribuídas aos pais no que se refere à prole, ou seja, há um direito subjetivo³⁵ dos filhos menores em receber educação, guarda e sustento, bem como uma imposição aos ascendentes de fazer cumprir esses direitos.

Percebe-se que, com as transformações da sociedade, houve alteração³⁶ do entendimento do Poder Judiciário no que se refere à indenização decorrente do abandono afetivo.

Nesses casos, a sentença não tem o cunho de obrigar a convivência afetiva entre pais e filhos, devendo fixar indenização pelo dano à autoestima do menor. Assim, a condenação não é capaz de minorar traumas afetivos, mas possui o objetivo pedagógico em relação ao parente que praticou o abandono afetivo e pode representar uma nova oportunidade de aproximação familiar³⁷.

³²SILVA, André Luís Mattos; CUNHA, Ana Carolina Tonon da. *Abandono Afetivo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53480/abandono-afetivo>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

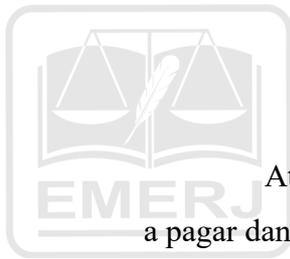
³³BRASIL, op. cit., nota 8.

³⁴Ibid.

³⁵SOUZA, Evaldo de. *A educação como direito público subjetivo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38504/a-educacao-como-direito-publico-subjetivo-artigo-208-vii-1-cf-88>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

³⁶CALDERÓN, Lucas. *Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

³⁷TOVAR, Rachel Salles. *Dano moral decorrente do abandono afetivo nas relações paterno-filiais*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/racheltovar.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.



Atualmente, é possível encontrar jurisprudência³⁸ no sentido de se condenar o pai/mãe a pagar danos morais por abandono afetivo, não em razão do valor monetário em si, mas como forma recompensá-lo dos danos causados pelo abandono.

Quanto ao pedido de danos morais, como se sabe, a lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do dano moral, apenas informa que a reparação deve levar em conta a extensão do dano.

Nesse sentido dispõem os artigos 5º, V e X da CFRB/88³⁹ e o artigo 944 do Código Civil⁴⁰, abaixo:

[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (...)

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 [...].

[...] art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano [...].

Todavia, a jurisprudência é assente ao preceituar que o arbitramento de quantia a esse título deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁴¹, partindo-se do caráter preventivo da medida e da vedação ao enriquecimento ilícito da parte.

Com efeito, em razão da dificuldade de se sistematizar parâmetros objetivos, o STJ vem uniformizando a adoção do critério bifásico⁴² para a fixação do valor devido a título de danos morais.

Segundo esse entendimento⁴³, este método é o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo, vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, evitando, assim eventual tarifação do dano.

Assim, na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico⁴⁴, considerando o interesse jurídico lesado com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

³⁸CONSULTOR JURÍDICO. *Falta de cuidado*: pai é condenado a pagar R\$50 mil a filho por abandono afetivo. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-27/pai-condenado-pagar-50-mil-filho-abandono-afetivo>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴¹TOVAR, op. cit.

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.445.240/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916700/recurso-especial-resp-1445240-sp-2013-02141542/re-latorio-e-voto-523916720>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁴³Ibid.

⁴⁴Ibid.



Em uma segunda análise, devem ser consideradas as circunstâncias do caso⁴⁵, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo do juiz. Nesse sentido, destaca-se o seguinte⁴⁶:

[...] o STJ, nessa linha, adotou um método bifásico na quantificação do dano moral, orientando que, na primeira fase, o juiz fixe o valor do dano moral tendo em vista outros julgados sobre o mesmo assunto. Na segunda fase, o juiz está autorizado a aumentar ou diminuir o valor do dano moral em face das circunstâncias do caso [...].

Assim, a quantificação do dano extrapatrimonial⁴⁷ deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório dos autos, o qual deve ser detidamente analisado para que se chegue ao valor que atenda justa reparação da vítima e que venha coibir, de forma eficaz o ofensor.

Ocorre que nos casos relacionados ao abandono afetivo, esse método não deve e nem poderia ser utilizado, justamente porque a ideia dessa construção é exatamente, como já esposado, estabelecer parâmetros equitativos e nos casos de abandono afetivo, raramente se tem relações equitativas.

É claro que o julgador atento ao caso deve estabelecer parâmetros razoáveis de indenização, sob pena de esvaziar o próprio instituto, mas a equidade que se fala, diz respeito a impossibilidade de se igualar relações, sentimentos, que por sua essência são desiguais.

E que, portanto, podem alcançar indenizações diversas a depender do olhar do julgador.

Assim sendo, revela-se essencial que no caso concreto a ser analisado, o julgador, de fato, estabeleça parâmetros na verificação da indenização a título de danos morais, contudo, ao estabelecer parâmetros iguais para casos diferentes como forma de uniformizar as indenizações como nos casos comumente vistos, pode deixar de responsabilizar efetivamente aquele que causou um dano irreversível à prole.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *A quantificação do dano moral compensatório*: em busca de critério para os incisos V e X do art. 5º da CF/88. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjbp uPGyILtAhXBGGrkGHePPDDgQFjADegQICxAC&url=https%3A%2F%2Frevistajuridica.presidencia.gov.br%2Findex.php%2Fsjaj%2Farticle%2Fdownload%2F1738%2F1268&usq=AOvVaw3lISPwaKHLLbWrUUjyuPwI>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *O método bifásico para a fixação de indenizações por dano moral*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx>. Acesso em: 08 nov. 2020.



Por essas razões, o método bifásico construído pelo STJ não deve ser usado de forma deliberada, sob pena de causas mais injustiças do que a própria justiça.

CONCLUSÃO

Conforme se pode constatar da análise realizada ao longo deste artigo, verifica-se que o uso do método bifásico do STJ em relação aos danos morais não deveria ser aplicado nos casos de abandono afetivo, pois esse método tem como intuito estabelecer parâmetros nas condenações de modo a não deixá-las nas mãos do julgador, como nos casos de relações contratuais mais corriqueiras, exemplo: falha na prestação de serviços de telefonia, água, companhias aéreas.

Nos casos relacionados ao abandono afetivo, não há como estabelecer um padrão de condenação quando a própria dor não pode ser mensurada.

Nesse viés, o instituto da responsabilidade civil quanto ao dano moral demonstra ser mais bem manuseado quando é compreendida a sua função compensatória, ou seja, entendendo que os bens extrapatrimoniais estão envolvidos em um complexo de emoções, sentimentos, vida, preocupações.

Assim, os juízes poderão desempenhar melhor o seu papel quando observarem o caso concreto com suas individualidades, sem estabelecer valores pré-definidos e fabricados para cada tipo de dano.

Em outras palavras, cada caso concreto deve ser detidamente analisado, sob as diversas óticas, familiar, social, psicológica e os danos efetivamente causados, para que se tenha uma efetiva e justa compensação, pois a dor sofrida por um não é e nem pode ser a mesma sofrida por outro.

Nessa ótica, os juízes por não serem eleitos pelo povo, legitimam a sua atuação por meio da fundamentação e racionalidade, as quais devem estar atentas ao caso concreto apresentado.

Assim, verifica-se que o entendimento recente adotado pelo STJ, embora, plenamente aplicável nas demais relações contratuais não encontra espaço na relação familiar, pois na verdade, em que pese não se deva monetizar as relações familiares, tal instituto teria como finalidade padronizar os sentimentos e danos, os quais são imensuráveis.

REFERÊNCIAS

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. *A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil*. Disponível em: <<http://www.revistapsicopedagogia.com.br/detalhes/181/a-importancia-da-figura-paterna-para-desenvolvimento-infantil>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critério para os incisos V e X do art. 5º da CF/88*. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjbpPGyILtAhXBGGrkGHePPDDgQFjADegQICxAC&url=https%3A%2F%2Frevistajuridica.presidencia.gov.br%2Findex.php%2Fsaaj%2Farticle%2Fdownload%2F1738%2F1268&usg=AOvVaw3l1SPwaKHLlWUjyuPwI>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *O método bifásico para a fixação de indenizações por dano moral*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx>. Acesso em: 08 nov. 2020.

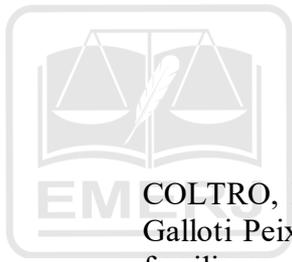
_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.445.240/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916700/recurso-especial-resp-1445240-sp-2013-02141542/relatorio-e-voto-523916720>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242-SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BROCHADO, Ana Carolina. *Autonomia privada e intervenção do Estado nas famílias*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi-hqPog_PWAhUHC5AKHduRDIEQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww-antigo.mpmg.mp.br%2Fportal%2Fpublic%2Finterno%2Farquivo%2Fid%2F24955&usg=AOvVaw2Y-cxBNrp9yv8mDBkcm-Ju>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

_____. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro. 2017.



COLTRO, Beatriz Pires; GIACOMOZZI, Andréia Isabel; Peixoto, Karime Elizabete Bozza Galloti Peixoto. *Avaliação psicológica em processos judiciais de abandono afetivo: conflitos familiares e as demandas do judiciário*. Disponível em: <<https://www.quadernsdepsicologia.cat/article/viewFile/1422/1422-pdf-pt>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. *Falta de cuidado: pai é condenado a pagar R\$50 mil a filho por abandono afetivo*. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-27/pai-condenado-pagar-50-mil-filho-abandono-afetivo>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+>>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. *Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082004000300010>. Acesso em: 08 nov. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Indenização por abandono afetivo: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/14844>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. *Curso De Direito Civil*. 4. ed., v. 6. São Paulo: Juspodivm, 2012.

GRILLO, Brenno. *STJ condena pai a indenizar filho em danos morais por abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-26/stj-condena-pai-indenizar-filho-danos-morais-abandono>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre os peixes e afeto*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwifvducjPPWAhVFDZAKHdjaApUQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibdfam.org.br%2F_img%2Fcongressos%2Fanais%2F18.pdf&usq=AOvVaw3tu2oNyYsAxIP4Wj5C9KS5>. Acesso em: 05 nov. 2020.

MANDELBAUM apud ARAGAKI, Caroline. *O abandono afetivo paterno além das estatísticas*. Disponível em: <<https://www.ip.usp.br/site/noticia/o-abandono-afetivo-paterno-alem-das-estatisticas/>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

MEIRELES, Jacqueline; MOREIRA, Ana Paula Gomes; MEZZALIRA, Adinete Sousa da Costa; GUZZO, Raquel Souza Lobo. *Avaliação psicossocial e desenvolvimento da criança: uma história de vida*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2014000400004#end>. Acesso em: 8 nov. 2020.

MONTEMURRO, Danilo. *Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acesso em: 8 nov. 2020.



MORAES, Maria Celina Bodin de. *Um ano histórico para o direito de família*. Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro. a.5, n.2. 2016. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjv2efthPPWAhXfk5AKHSSKCSAQFggsMAE&url=http%3A%2F%2Fcivilistica.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F12%2FEditorial-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf&usg=AOvVaw1hHvh5ul4HRDXFMulw6KQ>. Acesso em: 05 nov. 2020.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Do Direito de Família*. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi6I2h_LWAhVMgJAKHTahD4MQFggrMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.gontijofamilia.adv.br%2F2008%2Fartigos_pdf%2FEuclides%2FDireitofamilia.pdf&usg=AOvVaw1RZQq7s_0BOCA1QkBBLQ0. Acesso em: 04 nov. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Processo Familiar: Conceito de família está cada vez mais organizado e autêntico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/processo-familiar-conceito-familia-cada-vez-organizado-autentico>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

REZENDE, Adriana; RIDOLPHI, Alencar; FERREIRA, Oswaldo; RANGEL, Tauã. *O abandono afetivo à luz do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X191eGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzE1ODY=>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

RYBA, Adriano. *Por uma nova linguagem no Direito de Família*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/105240/por-uma-nova-linguagem-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de. *O princípio da afetividade como norte do Direito de Família, 2013*. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/323/295>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. *Dano moral: um estudo sobre seus elementos*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/dano-moral-um-estudo-sobre-seus-elementos/>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

SANTOS, Saruzze Pereira. *Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51067/consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abando-no-afetivo>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

SILVA, André Luís Mattos; CUNHA, Ana Carolina Tonon da. *Abandono Afetivo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53480/abandono-afetivo>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SOUZA, Evaldo de. *A educação como direito público subjetivo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38504/a-educacao-como-direito-publico-subjetivo-artigo-208-vii-1-cf-88>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwilyDnjPPWAhUBFpAKHYy5CjoQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww3.pucrs.br%2Fpucrs%2Ffiles%2Funi%2Fpoa%2Fdireito%2Fg>>



raduacao%2Ftcc%2Ftcc2%2Ftrabalhos2013_1%2Fpaula_souza.pdf&usg=AOvVaw1tTUFexLUBgfvEsKNeOH-8>. Acesso em: 05 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

TOVAR, Rachel Salles. *Dano moral decorrente do abandono afetivo nas relações paterno-filiais*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/racheltovar.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2020.

VIETTA, Edna Paciência; BUENO, Sônia Maria Villela. *Sintomas existenciais versus sintomas patológicos*. Um problema de rotulagem psiquiátrica: Inquérito sobre a vivência de profissionais da saúde mental. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/reen/v40n4/v40n4a13.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DE BALA PERDIDA

Bruna Puccini Nocera

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes

Resumo – os danos causados pela bala perdida, via de regra, são enfrentados pela teoria da falha do serviço. Dessa forma, deve-se realizar a prova do nexo de causalidade entre o disparo efetuado e o dano sofrido, sendo certo que o disparo deve ter sido efetuado por um agente público. Contudo, diante da atual situação caótica em relação a segurança pública experimentada pela sociedade brasileira, muitas vezes a prova do nexo de causalidade se mostra impossível, e por isso diversas vítimas ficam desassistidas. Nesse sentido, há uma mudança na análise da problemática, realizando-se uma análise mais profunda sobre a realidade experimentada, passando a encarar o fato que provoca o dano não sendo apenas o disparo realizado, mas a política de segurança pública em si.

Palavras-chave – Direito administrativo. Responsabilidade civil do estado. Atos omissivos. Incursões policiais. Bala perdida

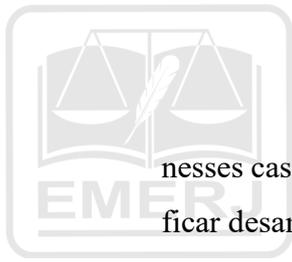
Sumário – Introdução. 1. A violência urbana e suas consequências 2. A responsabilidade civil do Estado por atos omissos 3. O verdadeiro fato danoso. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo discutir as consequências das diferenças jurisprudenciais encontradas no âmbito da responsabilidade civil por bala perdida cuja origem não se pode confirmar. Procura-se demonstrar o acerto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que passou a adotar como fundamento a Teoria da Responsabilidade Objetiva em tais casos, o que ocasiona um maior amparo os cidadãos vítimas de tais ocorrências.

Para tanto, abordam-se os diferentes entendimentos jurisprudenciais, bem como as teorias que os fundamentam, de forma que se consiga debater acerca da necessidade do Estado garantir uma maior proteção à sociedade, tendo em vista que esta se encontra corriqueiramente envolvida em situações de violência urbana. Nesse sentido, é clara a existência de falha do dever do Estado de garantir a segurança da população.

A constituição estabelece a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causam. Dessa forma, a jurisprudência tradicionalmente entendia que nos casos de confrontos entre policiais e bandidos que ocasionavam danos por bala perdida era necessário determinar sua origem de um agente estatal para possibilitar a indenização. Não haveria responsabilidade caso a bala tivesse uma origem incerta ou das armas dos bandidos. Contudo,



nesses casos as vítimas, que por diversas vezes falham na prova da origem da bala, acabam por ficar desamparadas.

Tal situação levou ao questionamento se o Estado não estaria na realidade falhando no seu dever constitucional de garantir a segurança pública, uma vez que as operações policiais são decorrentes de ato de gestão da política de segurança pública e que são o resultado de trabalho de inteligência, no qual é avaliado inclusive a ocorrência de danos colaterais envolvendo os moradores. Tais fundamentos demonstram a irrelevância da origem da bala, pois na realidade o Estado assumiu o risco do dano colateral ao autorizar a operação policial.

Esse pensamento tem gerado controvérsia na jurisprudência bem como na doutrina, e merece atenção, uma vez que causa a ocorrência de decisões judiciais diversas, o que leva a uma situação de insegurança jurídica.

Assim, o trabalho inicia com um primeiro capítulo dedicado à análise do fenômeno da bala perdida. Tal situação que se mostra tão corriqueira na atual sociedade brasileira pode ocorrer de diversas situações fáticas. Por isso, em primeiro lugar, busca-se separar o referido acontecimento decorrente de atividade policial dos demais, ressaltando nesse processo as diferentes teorias utilizadas para cada situação no âmbito da responsabilidade civil.

O segundo capítulo tem como enfoque a análise da causalidade da atuação policial. Para se estabelecer a responsabilidade civil, em regra, é necessário que o caso apresente o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano. Nessa problemática é preciso estabelecer que tipo de ato o Estado realiza tanto ao autorizar a incursão policial quanto durante esta, e como se estabelece o nexo de causalidade entre ele e o dano ocorrido.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado ao exame da atual jurisprudência adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que de forma contrária ao resto do país afirma ser desnecessária a prova da origem da bala, uma vez que o Estado falhou ao garantir a segurança pública bem como assumiu o risco de produzir aquele resultado danoso durante o planejamento da incursão policial. Dessa forma, entende que há verdadeira responsabilidade objetiva do estado nos casos de dano por bala perdida em incursões policiais.

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 defesa.

1. A VIOLÊNCIA URBANA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Segundo o dicionário Michaelis¹, bala perdida é a bala, o projétil metálico para arma de fogo, que se extraviou de seu alvo e seguiu uma direção diferente. Contudo, ao buscar o mesmo termo no Google, no primeiro resultado da pesquisa é possível encontrar como definição que a bala perdida é uma expressão típica das grandes cidades, referindo-se a ocorrência em que uma pessoa ou animal é atingido por um disparo de arma de fogo cuja origem é desconhecida².

A expressão se tornou tão comum que faz parte da rotina de jornalistas, policiais, médicos e de toda a população, sendo cada vez mais corriqueiro casos que envolvam vítimas de armas de fogo. A situação se tornou tão caótica que aplicativos são criados para reportar tiroteios nos grandes centros urbanos, uma forma de avisar as pessoas para evitar determinada localidade.

Foi assim que surgiu a plataforma Fogo Cruzado³, que cresceu tanto que virou fonte de dados tanto para jornalistas, como em pesquisas acadêmicas. Segundo ela, no ano de 2018, foram reportados 9.936 tiroteios na região metropolitana do Rio de Janeiro, dentre os quais, 2.302 tinham a presença de agentes do estado, sendo 1344 pessoas feridas e mais 1.480 pessoas mortas nessas ocasiões⁴. Em 2019, apesar da melhora nos números de tiroteios, 7.367 foram reportados, o número de casos envolvendo policiais aumentou para 2.247, e o número de vítimas fatais passou para 1521, tendo ainda 1.356 feridos⁵.

Ou seja, apenas em 2018, 23,16% dos casos reportados de tiroteio contavam com o envolvimento de agentes estatais, sendo que em 2019 tal percentual subiu para 30,5%. As fatalidades, por sua vez eram 14,89% em 2018, passaram a ser 20,64% em 2019.

Tais dados deixam claro que a população do Rio de Janeiro vive uma constância de atuações policiais malsucedidas, deixando um significativo número de vítimas para trás. E esses números não param de crescer.

Em 2020, mesmo diante o isolamento social imposto pela pandemia do coronavírus foram reportados 4.589 tiroteios, sendo 1.287 com a presença de policiais e ocasionando em

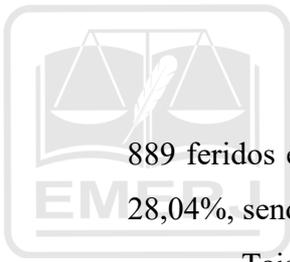
¹ BALA. In MICHAELIS. *Dicionário online de Português*. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/bala/>. Acesso 05 ago. 2021

² WIKIPEDIA. *Bala perdida*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Bala_perdida. Acesso em: 30 set. 2020.

³ FOGO CRUZADO. *Fogo Cruzado*. Disponível em: <https://fogocruzado.org.br/> Acesso em: 10 ago. 2021

⁴ FOGO CRUZADO. *Fogo Cruzado*. Disponível em: <https://fogocruzado.org.br/estatisticas/> Acesso em: 10 ago. 2021

⁵ Ibid.



889 feridos e mais 896 mortos⁶. Em percentuais, a atuação participação policial passou para 28,04%, sendo 19,50% os casos de vítimas fatais.

Tais dados demonstram um assustador aumento da atuação policial na metrópole carioca. Durante a quarentena era esperado uma redução nos números de tiroteios, em razão das pessoas evitarem os deslocamentos e permanecerem em suas residências. Mas o que se observa é um aumento na atuação policial. O mesmo em relação as vítimas fatais de tiroteios, cuja diferença para o ano de 2019 é de apenas 1,14%.

Diante de todas essas ocorrências, fica clara a falha na persecução da segurança pública pelo Estado. Além disso, surge, ao mesmo tempo, uma necessidade de se garantir as vítimas desse mal serviço prestado a justa indenização. É nesse ponto que encontramos divergência na doutrina e na jurisprudência. Todavia, antes de adentrar nos debates doutrinários faz-se necessário, em quais fenômenos que a bala perdida pode ser observada.

Assim, em relação às hipóteses de ocorrência da bala perdida, é possível vislumbrar quatro principais causas⁷. A primeira delas ocorre exclusivamente da atuação de terceiros. Aqui encontram-se os casos da atuação de bandidos em vias públicas, os quais se traduzem, em regra, em assaltos e são rotineiramente classificados como decorrência de omissão genérica do Estado. Ou seja, a falha do Estado em repreender e evitar a atividade criminosa.

A segunda hipótese se materializa na atuação dos agentes estatais, especificamente nos casos em que há confronto entre policiais e membros de organizações criminosas. Tais casos podem tanto ocorrer de incursões em comunidades carentes ou para conter atividade criminosa atual, como confronto de policiais e bandidos que estavam realizando um assalto em via pública. Nesse caso, a bala perdida tem como origem a arma do policial. Ou seja, foi um tiro disparado pelo agente público que provocou um dano.

Em seguida, como terceira causa, também há o confronto entre policiais e criminosos, contudo, não é possível determinar a origem do projétil, podendo ser este tanto decorrência da arma de um policial quanto de um bandido. É aqui que reside a divergência jurisprudencial, pois enquanto a maioria dos tribunais do país entende que não há indenização nesse caso, o TJRJ passou a entender que há sim responsabilidade do Estado.

Por último, a quarta causa traduz os casos dos confrontos em bandidos rivais nas comunidades. Nesses casos, fala-se em omissão específica do Estado, que também falhou em garantir a segurança pública daquela localidade.

⁶ Ibid.

⁷ MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. Responsabilidade Civil do Estado por balas perdidas. *Revista de Direito da Cidade*, v. 03, n° 02, p. 329-366, 2006.



Em relação à responsabilidade estatal, historicamente falando, durante o Estado Absolutista vigorava o princípio da irresponsabilidade. Entendia-se que os agentes públicos e o Estado eram sujeitos diferentes, e por isso somente seria possível se insurgir contra o agente causador do dano. Assim, tendo em vista que na maioria dos casos, o agente não tinha fundos para indenizar eventual vítima, as ações indenizatórias não produziam efeitos concretos⁸.

Todavia, com o surgimento do Estado de Direito, houve uma grande mudança de entendimento. Em primeiro lugar, o Estado passou a se submeter ao império do direito, devendo observar os direitos e normas fundamentais. Nesse sentido, passou a ser concebido como um sujeito dotado de personalidade, possuindo direitos e deveres, não podendo se abster de cumprir o ordenamento jurídico, devendo ir além e protegê-lo.

Assim, a responsabilidade do Estado tem como fundamento, conforme ensina o professor Sergio Cavalieri, a proteção do lícito e a repressão do ilícito que a ordem jurídica realiza. Nesse sentido, deve o Estado tutelar as atividades para que estas se coadunam com o Direito, reprimindo condutas que o contrariam⁹. Dessa maneira, não pode o Estado contrariar aquilo que deveria proteger.

Nesse sentido, é importante relembrar que a Constituição Federal de 1988 tem como umas das suas grandes características estar recheadas de princípios programáticos, que são aqueles que estabelecem tarefas, fins e programas para o cumprimento pelo Estado e pela sociedade. Ou seja, requerem uma atuação do Estado. Dentre eles, observa-se que no artigo 144 do texto constitucional¹⁰, o constituinte estabelece não somente como deve do Estado a segurança pública, sendo a mesmo direito e responsabilidade de todos. Acrescenta-se ainda, que o mandamento a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio dos órgãos de polícia. É por meio desse dispositivo, conjugado com o artigo 37, parágrafo 6º, também da Constituição Federal¹¹, que se extrai a responsabilidade do Estado pela segurança da população.

Contudo, há um debate em como essa responsabilidade deve ser concretizada. Afinal, não são em todos os casos que há atuação de agentes estatais ou que se pode determinar que o projétil teve como origem um deles. Assim, uma primeira corrente, defendida pelo Ministro

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 02.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2021

¹¹ Ibid.



Fux¹², afirma que não havendo a prova de que o projétil teve origem a atuação de um agente público, não seria possível estabelecer o nexo de causalidade entre o dano e a atuação do estado e por isso não há o dever de indenizar. Por outro lado, a segunda corrente, defendida por Cavalieri Filho¹³, defende que houve falha no dever de segurança pública, uma atividade administrativa, e por isso, mesmo não existindo prova de que o projétil teve como origem o agente público haveria o dever de indenizar.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

A responsabilidade civil, segundo Tartuce¹⁴, ocorre diante de um descumprimento obrigacional, que pode se dar tanto em decorrência de uma regra estabelecida em contrato, como pela não observância de um preceito normativo que regula a vida. Assim, temos a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, respectivamente. Explica o autor, que no Código Civil brasileiro de 2002, a responsabilidade civil extracontratual encontra-se sustentada por duas pilas: realização de um ato ilícito e abuso de direito.

Em primeiro lugar, o ato ilícito é entendido como uma ação ou omissão que é praticada em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. A norma cria então um dever de indenizar por parte daquele que realizou a conduta ou omissão ensejadora do prejuízo. Por outro lado, o abuso de direito é considerado um ato ilícito pelo seu conteúdo e por suas consequências, tendo a ilicitude presente na forma de execução do ato, que a princípio seria considerado lícito¹⁵.

Dessa forma, de início é possível concluir que a responsabilidade civil, de uma forma geral, baseia-se em uma conduta ou omissão que gere dano a alguém. Mas também ocorrerá o dever de indenizar quando essa conduta ou omissão, apesar de lícitos em um primeiro momento, possuírem um exercício abusivo que fere a ordem jurídica.

Nesse sentido, não há dúvidas quanto ao fato de o ordenamento jurídico estabelecer uma imposição de reparar o dano causado a alguém. Assim, questiona-se como é enfrentada a problemática quando o agente causador do dano é o próprio Estado e não um particular.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 980844/RS*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702002774&dt_publicacao=22/04/2009. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 293

¹⁴ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, [e-book].

¹⁵ Ibid.



A responsabilidade civil estatal evoluiu conforme a própria noção de Estado foi se desenvolvendo ao longo da história. No Estado Absolutista prevalecia o entendimento de que o rei e o Estado eram a mesma coisa. Assim, como “o rei não erra” (*the king can do no wrong*), o mesmo se aplicava ao Estado. Dessa forma, vigorava nesse período a princípio da irresponsabilidade do Estado. Com isso, diante da ocorrência de um dano provocado, o súdito somente poderia voltar-se contra o funcionário que o provocou e não contra o Estado, e diante da sua insolvência, via seu direito a indenização frustrado¹⁶.

Contudo, com o Estado de Direito, o Poder Público também começa a se submeter a lei. Assim, não haveria mais motivos que justificassem uma eventual irresponsabilidade diante do cometimento de atos ilícitos. Todavia, nesse momento, somente há o direito a indenização diante de provada a culpa do servidor. Então, mesmo havendo o direito a indenização esta se torna muito difícil, pois nem sempre é fácil a prova da culpa¹⁷.

Com o advento da teoria do órgão, houve uma mudança na forma como era vista a relação entre o Poder Público e seus agentes, que deixaram de serem vistos como meros os representantes. O Estado passa a ser entendido como um organismo vivo cujos diferentes órgãos realizam diferentes funções, sendo os seus agentes considerados tais órgãos. Assim, as vontades e ações dos órgãos são do próprio Estado e não dos agentes que os integram. Por tais motivos, agentes e Estados são vistos em unidade e não como sujeitos distintos¹⁸.

Dessa forma, não se justifica mais adoção de uma culpa individual do funcionário para ensejar o dever de indenizar. Por este motivo, é deixada de lado a culpa individual e passa-se a adotar a culpa anônima, também chamada de culpa do serviço ou falta do serviço. Ela ocorre sempre que serviço a ser prestado não funciona, funciona com algum problema ou há algum tipo de atraso, gerando um dever de indenizar. Explica Carvalho Filho¹⁹ que segundo essa teoria quando o lesado comprova que o fato danoso tem como origem um mau funcionamento do serviço e, conseqüentemente, o Estado agiu culposamente

Portanto, há uma responsabilidade com base no serviço a ser prestado e não em alguma falha do servidor público. Ou seja, segundo a culpa anônima não há que se discutir a culpa de um funcionário específico, basta que o lesado prove prestação do serviço pelo Estado. Percebe-se, portanto, que se continua discutindo a culpa do Estado, contudo, esta é presumida diante da falha do serviço.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 283

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid., p. 284.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].



É nesse sentido que Sérgio Cavalieri²⁰ aponta que apesar de muitos autores apontarem que a culpa anônima seria o mesmo que responsabilidade objetiva, na verdade as duas teorias são distintas. A culpa anônima, na realidade se trata de uma responsabilidade subjetiva, pois tem como fundamento uma culpa no serviço, a qual possui uma feição anônima ou impessoal, não sendo necessário apontar o funcionário faltoso especificamente.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva se configura independentemente de qualquer falta ou culpa no serviço. Explica Sérgio Cavalieri²¹ que se a atividade do Estado é exercida em prol da coletividade, trazendo a todos benefícios, é justo que todos respondam pelos seus ônus. Ou seja, se busca repartir de forma equânime os ônus decorrentes de uma atividade que atua em benefício de todos. Assim, não há mais análise acerca da culpa do funcionário. Há o dever de indenizar pelo simples fato de existir uma relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

Por sua vez, a teoria do risco administrativo surge como uma das formas de se embasar a responsabilidade objetiva. Nela se atribui ao Estado a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa. Embora aqui se dispense a prova da culpa, é possível excluir a responsabilidade mediante a exclusão do nexo de causalidade entre o dano e a ação/omissão. Assim, é possível afastar o dever de indenizar diante da ocorrência de fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro. Ou seja, o risco é da atividade administrativa realizada e não da atuação de terceiros ou da própria vítima, por exemplo²².

O risco administrativo difere-se no risco integral uma vez que há o dever de indenizar mesmo nos casos em que há exclusão do nexo de causalidade, ou seja, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

No Brasil, o art. 37, §6º da Constituição Federal²³ adotou expressamente a teoria do risco administrativo, segundo o Professor Sérgio Cavalieri Filho²⁴. Explica o autor que o constituinte condiciona a responsabilidade objetiva ao dano decorrente da atividade administrativa. Isso porque há necessidade de comprovar o nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano sofrido. Nesse sentido²⁵:

sempre que a condição do agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade

²⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 285.

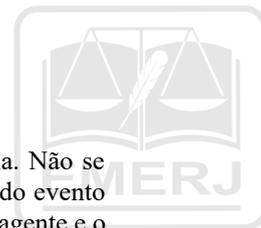
²¹ Ibid., p. 286.

²² Ibid., p. 287

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2021

²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 291.

²⁵ Ibid.



para comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano.

Contudo, toda a discussão acima apresentada refere-se apenas quando o Estado realiza um ato ou uma conduta. Quando o assunto é danos por omissão do Estado vislumbra-se uma grande controvérsia na doutrina.

Aponta Carvalho Filho²⁶ que somente se pode falar em responsabilidade por conduta omissiva quando o Estado se omite diante de um dever legal de impedir a ocorrência de um dano. Como consequência, não haveria uma perfeita aplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva, pois devem estar presentes os elementos da culpa, que se configura exatamente diante do não cumprimento de dever legal. O Estado, portanto, atua com culpa e de forma ilícita quando descumpre o dever legal de impedir a ocorrência do dano. Dessa forma, a omissão não é causa, mas sim condição do dano²⁷.

De maneira diversa, Cavalieri²⁸ aponta que o ato ilícito ocorre por meio de uma mera contrariedade ao ordenamento jurídico, não sendo imprescindível que essa ocorra por meio de uma atuação do Estado. Assim, é possível se falar ato ilícito através de omissão sem problema algum.

Além disso, essa omissão se divide em duas: genérica e específica. A omissão específica ocorre no momento que o Estado ocupa a posição de garantidor, tanto quando deixa de agir como quando cria uma situação que tinha o dever de impedir. Portanto, há um especial dever de agir do Estado que não é cumprido, e essa omissão direta e imediata que não impede o resultado enseja o dever de indenizar. Há, portanto, responsabilidade objetiva do Estado.

Por outro lado, a omissão genérica ocorre nos casos em que não se exige uma atuação específica do Estado, como poder exemplo durante o exercício do poder de polícia. O dano nesse momento provém de um comportamento omissivo do Estado, sendo necessária a demonstração de culpa para que se consagre o dever de indenizar. Em outras palavras, nos casos de omissão genérica aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

Na problemática da bala perdida, conforme já exposto, existem quatro situações que provocam a ocorrência do fenômeno: (a) atuação de terceiros em vias públicas, exemplificados por disparos provocados por bandidos durante um assalto; (b) confronto entre policiais e

²⁶ CARVALHO FILHO, op. cit.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020 [e-book].

²⁸ Ibid.



organizações criminosas, no qual a bala tem como origem a arma do agente público; (c) confrontos entre policiais e criminosos, sendo impossível determinar a origem da projétil, e; (d) confronto entre bandidos rivais dentro das comunidades.

Nesse sentido, na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil por parte do Estado. O caso apresenta um caso de omissão civil genérica por parte do Estado, que descumpriria com o dever constitucional de garantir a segurança pública. Assim, um assalto perpetrado por bandidos a uma loja em que há o disparo de uma arma, vindo a atingir um popular, geralmente, não há que se falar em responsabilidade por parte do Estado. A segurança pública é uma garantia genérica, que estabelece um padrão mínimo de resguardo da coletividade²⁹ e não uma garantia individual e em todas as circunstâncias.

Similar raciocínio se aplica a quarta hipótese. Também é um caso de omissão genérica do Estado, que não atua como garantidor universal dos cidadãos. Além disso, relembra-se que a teoria adotada pelo constituinte no art. 37, §6³⁰ foi o risco administrativo e não risco integral. Assim, é preciso que ocorra um nexo de causalidade entre o dano e a omissão específica do ente público para que ocorra dever de indenizar.

No segundo caso, também não há muito debate uma vez que é clara a atuação do Poder Público, sendo inequívoca a sua responsabilidade. Todavia é preciso ponderar que aquele que efetua o disparo deve estar no desempenho da função pública. Isso porque o texto constitucional determina o dever de indenizar quando o agente atua “nessa qualidade”. Dessa forma, não há que se falar em responsabilidade diante de atos praticados na vida pessoa do agente.

Em relação ao terceiro caso, os tribunais superiores haviam consolidado o entendimento de que não existia responsabilidade do Estado em razão de não se possível demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do Poder Público e o dano. Ou seja, uma vez que foi impossível demonstrar de onde partiu o projétil não se pode imputar o dano decorrente ao Estado, pois a teoria adotada pelo constituinte teria sido a do risco administrativo e não a do risco integral.

Em outras palavras, tendo em vista que no risco administrativo se faz necessário demonstrar a existência do nexo de causalidade entre o fato e o dano, não há como se imputar uma responsabilidade se não se consegue determinar a origem do projétil. Isso porque o fato que provocaria o dano, segundo o entendimento consolidado, seria o disparo da arma de fogo.

²⁹ MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. Responsabilidade Civil do Estado por balas perdidas. *Revista de Direito da Cidade*, v. 03, nº 02, p. 329-366, 2006.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2021



Assim, como não há possibilidade de se provar o nexo entre o disparo efetuado por policial e o dano, não há que se falar em responsabilidade.

De forma diversa, Cavalieri³¹ entende que nos casos de bala perdida sempre há o dever de indenizar, mas por um fundamento diverso. Segundo o autor, o dano decorre de atividade administrativa do Estado, sendo irrelevante a análise da origem do projétil, pois houve ação do estado que enseja responsabilidade objetiva. Ou seja, no caso o fato que gera o dano não é o disparo da arma de fogo, mas sim a atuação policial, atividade eminentemente administrativa que sempre vai gerar o dever de indenizar diante do seu mau funcionamento. O nexo de causalidade, portanto, não liga o disparo ao dano, mas sim a atividade policial ao dano.

Em linha de pensamento semelhante, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº. 0037430-51.2018.8.19.00001 julgada por Rogério de Oliveira Souza³², inovou na jurisprudência ao conceder indenização a família de uma vítima fatal decorrente de um tiroteio em uma comunidade, sem se conseguir provar a origem do disparo. Na análise feita pelo tribunal, o fato que provoca o dano não é o disparo em si, mas sim a política pública em relação a segurança pública adota.

3. O VERDADEIRO FATO DANOSO

O STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de ser necessário comprovar que o projétil que ocasionou o dano adveio de ação dos agentes públicos. Isso porque a responsabilidade do estado é objetiva nos parâmetros do art. 37, §6ª da Constituição Federal³³, devendo, portanto, ser estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido³⁴.

É curioso observar que a jurisprudência sempre focou o debate acerca da existência ou não do nexo de causalidade, em momento algum vindo a discutir o problema sob o prisma do dever do Estado em garantir a segurança pública dos indivíduos. Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado:

³¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 293.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº. 0037430-51.2018.8.19.00001*. Relator: Rogério de Oliveira Souza. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000420A25B0F7C120D2305ADAC50263FC070C50B394E014C&USER=> . Acesso em: 05 abr. 2021.

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1236412/DF*. Relator: Castro Meira. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100300462&dt_publicacao=17/02/2012 . Acesso em: 10 ago. 2021.



No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes de ambas as Turmas do STF em casos análogos³⁵.

É possível notar que o Ministro Fux analisa a problemática levando em consideração apenas a existência ou não de nexo de causalidade entre a atuação específica do Estado e o dano sofrido. Afirma o Ministro que não se tem como afirmar uma ineficiência do serviço do Estado pois o tiroteio se ocasionou entre o foragido e um desafeto seu. Assim, como o projétil não foi disparado pelo Estado, este não deve responder.

Nesse sentido, observa-se que até então eram realizadas análises superficiais sobre o fenômeno da bala perdida, sendo este questionado sob uma ótica de falha na prestação do serviço do Estado e não em uma omissão de dever daquele. Isto é, restringia-se o questionamento quanto ao momento em que o disparo era efetuado e principalmente quem era o agente. Isso porque entendia-se que os danos causados pela bala perdida são resolvidos mediante a teoria da culpa do serviço uma vez que são consequência de falha na prestação da atividade de segurança pública.

Contudo, de maneira inovadora, o Tribunal do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível ° 0037430-51.2018.8.19.0001, ao analisar a situação fática e caótica vivida pelos cariocas, observou que a questão vai além de uma mera falha de serviço. Argumenta o Tribunal que o crescente nível de violência e desordem social, combinados ao fenômeno da multiplicação de organizações criminosas, aliando-se a agentes públicos criou, uma situação peculiar.

Nesse sentido, o Tribunal atenta para a existência de omissão persistente do Estado em promover uma política de segurança eficaz, como primeira causa do evento danoso. Afinal, é um dos objetivos do Estado proporcionar a segurança a sua população, sendo por isso o detentor do uso da força.

Além disso, aponta que, para realizar o combate ao crime organizado, é realizado um planejamento detalhado da ação, no qual é possível prever os danos e os riscos da sua execução. Assim sendo, não se pode admitir como um dano aceitável a morte de uma pessoa inocente e

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 858511/DF*. Relator: Luiz Fux. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27858511%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27858511%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27858511%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27858511%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 05 abr. 2021.



sem relação alguma com a operação a ser realizada. Por outro lado, seria previsível dano em relação aos agentes envolvidos naquela, sejam eles policiais ou bandidos.

Ou seja, a decisão de realizar a operação policial por si só já acarreta responsabilidade em eventuais danos contra terceiros estranhos. Ainda deve-se acrescentar a responsabilidade histórica do Estado que de maneira consistente falha na prestação do dever de garantir a segurança de sua população. Assim, não há relevância alguma em se analisar a origem da bala. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do acórdão:

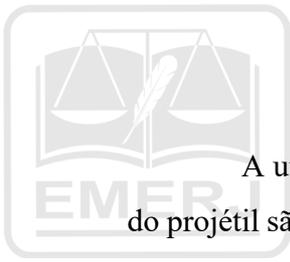
A responsabilidade do Estado, em toda a sua cadeia histórica de acontecimentos, já começa bem antes da própria decisão de realizar a operação militar. Começa com o desleixo e a negligência na vigilância das fronteiras, na fiscalização aduaneira e rodoviária, na prática diuturna policial (“arrego”), no contrabando de armamento pesado e drogas ilícitas. Quando decide pela “invasão” de determinada comunidade, o Estado já carrega um longo roseiral de débitos para com a própria sociedade e, em especial, com aquela determinada comunidade, pois é prova inequívoca de que falhou em todas as etapas anteriores do serviço de segurança pública.

Desta forma, não existe qualquer relevância em se procurar saber “de onde partiu a bala” que ceifou a vida de Vanderson e de milhares de outras vítimas inocentes desta guerra diuturna nas cidades brasileiras. A mídia, mal informada ou com a preocupação de aguçar mais ainda a crise social de segurança pública, se detém de forma equivocada no detalhe da origem do tiro, despreocupando-se de todo o cenário.³⁶

Em outras palavras, tendo em vista uma realidade em que se tornaram constantes os conflitos entre policiais e bandidos, bem como vítimas de balas perdidas, não é cabível afirmar que a causa do dano é apenas o momento em que o disparo da arma de fogo é efetuado. A prestação do serviço de segurança pública vai muito além daquela operação policial e a constância de vítimas deixa claro que há uma falha grave em todo o sistema. Por isso, não se pode restringir uma análise ao momento em que o disparo é efetuado, pois de fato, a decisão em realizar a operação bem como a sua condução, que assumem o risco de efetuar vítimas, por si só já demonstra a falha na prestação do serviço e conseqüente dever em indenizar.

Essa é uma mudança de pensamento extremamente significativa e que busca aproximar o Poder Judiciário da realidade dos brasileiros, afastando-o dos abstracionismos provocados por uma análise fria de documentos. O processo não tem como cumprir com o seu papel de apaziguar a sociedade se suas decisões ficarem presas a teorias que não conseguem mais explicar a realidade vivida.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0037430-51.2018.8.19.00001*. Relator: Rogério de Oliveira Souza. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000420A25B0F7C120D2305ADAC50263FC070C50B394E014C&USER=> . Acesso em: 05 abr. 2021.



A utilização da responsabilidade por falha no serviço do Estado e a análise da origem do projétil são suficientes para solucionar a problemática da bala perdida quanto este fenômeno é eventual, um ponto fora da curva. Nesses casos, o nexo de causalidade é observado levando-se em conta o confronto policial pontualmente realizado.

Contudo, quando esse fenômeno passa a ser corriqueiro, demonstra uma verdadeira omissão no dever de segurança pública do Estado. Por isso, a análise não pode se limitar a descobrir de onde partiu o projétil, sendo necessário olhar para o serviço de segurança pública realizado como um todo, incluindo a tomada da decisão em realizar e a operação e o seu planejamento. E é isso o que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aponta. Não há como continuar a discutir a origem do projétil quando a realidade corresponde na realidade a uma situação caótica de violência decorrente em verdadeira omissão e falha do Estado em garantir a segurança da sua população.

CONCLUSÃO

Em relação as vítimas decorrentes de bala perdida, tradicionalmente, por ser um ato omissivo, aplica-se a teoria da falha do serviço devendo-se comprovar o nexo de causalidade entre o disparo efetuado por um agente público e o dano sofrido. Contudo, diante da situação caótica vivenciada pela sociedade brasileira, tal forma de enfrentar o problema se mostra ultrapassado uma vez que ficou claro que o fato que o que provoca o dano não se limita ao momento em que o disparo é efetuado. Além disso, nem sempre é possível realizar a prova da origem do projétil. Isso porque tal ônus recaia sobre a própria vítima e sua família, que nem sempre possuem condições de realizar a mesma.

Nesse sentido, observou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que a sociedade brasileira, em especial a carioca, vive um delicado momento de crise na segurança pública. Tornou-se comum a ocorrência de cenas de violência por toda a capital fluminense, em especial aquelas envolvendo armas de fogo. Em decorrência de tais fatos, também passou a integrar a rotina da população carioca confrontos armados que provocam vítimas entre os cidadãos que deveriam ser protegidos. Assim, houve um crescente número de vítimas de balas perdidas cuja origem é desconhecida.

A dura realidade dos fatos, bem como as suas consequências jurídicas fizeram com que o Tribunal passasse a olhar para a situação sob outro ângulo. Afinal, o enorme número de vítimas decorrente de bala perdida deixa em evidência que não se trata de mera falha de serviço, mas em verdadeira ausência no dever do Estado em garantir a segurança da população.



Nesse sentido, é importante lembrar que a responsabilidade tem como origem a quebra de um dever. E o que propõe o Tribunal de Justiça é que esse dever não se refere ao momento em que o disparo é efetuado, ou seja, mas sim em uma verdadeira omissão do Estado em razão da violência experimentada pela sociedade. A situação vivenciada pela população é de total desemparo, o que leva a conclusão de uma existência de ausência do poder soberano do Estado em tutelar a população.

Frisa-se que em relação a atuação policial em comunidades carentes há uma preparação, técnica e até armamentos indicados. Da mesma maneira, são sobrepesados os riscos da operação. Nesse sentido, o que aponta o TJRJ é que não se pode tolerar a admissão de riscos colaterais consubstanciados em mortes. A vida da população não é algo que possa ser ponderado no combate à violência.

Os dados apresentados pela plataforma Fogo Cruzado são a prova cabal da ineficácia das políticas públicas adotadas em relação a segurança pública. Conforme anteriormente demonstrado, os números vêm apresentando uma significativa piora ao longo dos anos.

Foi levando em conta todos esses fatores que o TJRJ muda a análise. Afinal de contas a função do judiciário não se limita a discutir os problemas trazidos a sua apreciação de forma fria e simples. Devem os juízes ponderarem os efeitos de suas decisões na sociedade. E é exatamente por isso que discutir apenas o nexo de causalidade entre o disparo da arma de fogo e o dano causado não traz impacto algum a realidade experimentada pelos cidadãos cariocas.

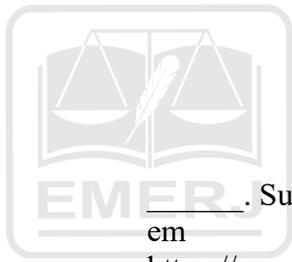
Dessa forma, essa nova visão proposta acertadamente pelo Tribunal de Justiça, traz-se para a análise o real fundamento do dano experimentado pelo cidadão, que é a opção realizada para o enfrentamento da criminalidade. Isso garante que aqueles que sofreram danos por tal opção não permaneçam desassistidos em razão de uma prova impossível de ser produzida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 202

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 858511/DF*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27858511%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27858511%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27858511%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27858511%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 980844/RS*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702002774&dt_publicacao=22/04/2009. Acesso em: 10 ago. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1236412/DF*. Relator: Castro Meira. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100300462&dt_publicacao=17/02/2012. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº. 0037430-51.2018.8.19.00001*. Relator: Rogério de Oliveira Souza. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000420a25B0F7C120D2305ADAC50263FC070C50B394E014C&USER=>. Acesso em: 05 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FOGO CRUZADO. *Fogo Cruzado*. Disponível em: <https://fogocruzado.org.br/> Acesso em: 10 ago. 2021

MICHAELIS. *Dicionário online de Português*. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/bala/>. Acesso 05 ago. 2021

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. Responsabilidade Civil do Estado por balas perdidas. *Revista de Direito da Cidade*, v. 03, nº 02, p. 329-366, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020 [e-book].

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, [e-book].

WIKIPEDIA. *Bala perdida*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Bala_perdida. Acesso em: 30 set. 2020.

TRADE DRESS: PROTEÇÃO JURÍDICA E A CONFIGURAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Carina Afonso Silveira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Resumo – As relações empresariais são complexas e intrigantes. Dentro destas destaca-se o *Trade Dress*, conceito relativamente novo, que vem ganhando espaço nos debates jurisprudenciais. Diante da importância da proteção do consumidor e da vedação a concorrência desleal por parte do mercado empresário, torna-se importante uma legislação específica que contribua para uma segurança jurídica sobre o tema. A essência deste trabalho é abordar as controvérsias para a classificação da concorrência desleal diante da proteção ao conjunto imagem, abordando os aspectos doutrinários e jurisprudenciais, e apontar a relevância da criação de uma legislação para o tema.

Palavras-chave – Direito Empresarial. *Trade Dress*. Concorrência Desleal.

Sumário – Introdução. 1. O *Trade Dress* e as controvérsias para caracterização da Concorrência Desleal. 2. Possibilidades de proteção do conjunto imagem conforme a Jurisprudência. 3. Da necessidade de legislação específica como forma de proteção do mercado e do consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

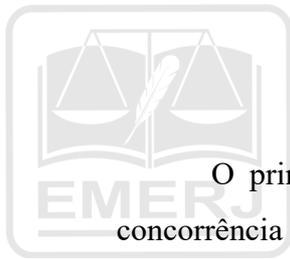
O *Trade Dress*, também conhecido como conjunto imagem é definido como o conjunto de sinais distintivos que individualizam um produto. De forma diversa do que acontece com a marca e o desenho industrial, o *Trade Dress*, não possui uma legislação específica, dificultando sua proteção.

Tal instituto é de importância indiscutível, uma vez que sua correta caracterização constitui uma proteção ao mercado, ao combater a concorrência desleal, ou seja, evita que uma marca sofra desvio de clientela.

Assim, evita-se que haja um aproveitamento do renome e da fama de determinada marca ou empresa, por terceiros, bem como evita que a diferença na qualidade dos produtos interfira na boa fama adquirida ao longo do tempo, com sua clientela.

Além disso, no âmbito social, voltado às relações de consumo, uma efetiva proteção do instituto, evitaria a confusão causada ao consumidor no momento da compra, dando real poder de escolha dos produtos adquiridos.

O trabalho enfoca a temática do *Trade Dress* nas relações empresariais e de consumo, ou seja, como configurar a concorrência desleal, protegendo tanto o consumidor como o mercado, diante da ausência de legislação específica dada ao tema.



O primeiro capítulo analisa as dificuldades e os mecanismos de caracterização da concorrência desleal frente ao instituto do *Trade Dress*, tema atual que viabiliza o combate ao desvio de clientela.

O segundo capítulo demonstra os esforços jurisprudenciais visando à proteção do mercado e do consumidor, determinando limites e mecanismos para uma real proteção do instituto e correta aplicação das sanções relativas à concorrência desleal. Para tanto, discute os deveres relativos à concorrência desleal diante da configuração de *Trade Dress*, em outras palavras, debate o papel do judiciário na proteção deste instituto.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta a defesa da necessidade de legislação específica, servindo de norte para as relações empresariais e consumeristas, bem como para a elaboração de uma jurisprudência linear, visando à segurança jurídica. Constata a necessidade de mecanismos de proteção ao conjunto imagem, para que o mercado seja regulado em concorrência saudável, bem como os consumidores tenham real poder de escolha na hora da compra dos produtos.

Desta forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, uma vez que 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 *TRADE DRESS* E AS CONTROVÉRSIAS PARA CARACTERIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

A conceituação do *Trade Dress* remete aos EUA¹, tendo como marco inicial nos tribunais um caso envolvendo duas redes de restaurantes de comida mexicana, em 1992. Lá, diferente do que ocorre no Brasil, já há legislação específica acerca do tema, a *Lanham Act*².

O *Trade Dress* é definido como conjunto imagem. Portanto, se caracteriza pela percepção visual externada em determinado bem disposto no mercado de consumo. Tal impressão torna o produto distintivo, caracterizando-o. Assim, pode ser entendido como a

¹Tratava-se de disputa judicial entre Taco Cabana, Inc. e Two Pesos, Inc., dois restaurantes de fast food de comida mexicana. A Two Pesos, ingressou no judiciário devido a grande semelhança entre os estabelecimentos, saindo vencedora, com decisão fundamentada na Lanham Act, e que conceituou o Trade Dress. ASSMANN, Renata Rossi. *A proteção jurídica do trade dress e a concorrência desleal no Brasil*. 2015. 69 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/42302>>. Acesso em: 21 set. 2020.

²Lanham Act, legislação norte-americana que prevê um sistema nacional de registro e proteção das marcas. Ibid.

aparência geral de determinado produto ou serviço, incluindo características diversas como embalagem, cor, aparência, dentre outros elementos³.

Conforme conceitua o Min. Marco Aurélio Bellizze⁴: “O conjunto-imagem (*trade dress*) é a soma de elementos visuais e sensitivos que traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva, vinculando-se à sua identidade visual, de apresentação do bem no mercado consumidor”.

Desta forma, o conjunto imagem apresenta proteção jurídica autônoma e independente da propriedade intelectual. Porém, a sua violação remete a construções doutrinárias e jurisprudenciais, diante da ausência de legislação específica. Por esta razão, a conclusão muitas vezes será extraída das peculiaridades do caso concreto examinado.

Nas palavras da Min. Nancy Andrighi⁵:

[...] A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao *trade dress*, é inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua usurpação encontra óbice na repressão da concorrência desleal. Incidência de normas de direito de propriedade industrial, de direito do consumidor e do Código Civil. [...].

Em que pese a inexistência de especificidade normativa a cerca do tema, melhor interpretação estabelece que sua proteção decorre do art. 5º, XXIX, CRFB⁶, que determina a proteção de criações industriais, utilizando o termo “outros signos”, que poderia ser encaixado o conjunto imagem.

Importante ressalva se faz no sentido de que o conjunto imagem não se confunde com o desenho industrial ou com a marca, embora ambos detenham a finalidade de designar um produto, tornando-o diferente das demais correntes do mercado.

No desenho industrial há a proteção externa do objeto, ou seja, sua configuração estética, caracterizada por uma inovação. E desta forma, com a publicidade do objeto, este passa a integrar o estado da técnica.

³SOARES apud ASSMANN, op. cit., nota 01, p. 28.

⁴BELLIZE apud CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Ações envolvendo trade dress e nulidade de registro de marca*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d72a7ed33514158ae5e68ed6d80177b9>>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁵ANDRIGHI apud ibid.

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 21 set. 2020.



Assim, no decurso do tempo, haverá incorporação, lícita e regular, por seus concorrentes. Tal situação tem amparo legal, conforme art. 108 da Lei nº 9.279/96⁷, que resguarda exploração temporária e exclusiva ao desenvolvedor mediante registro.

A marca, por sua vez, configura verdadeiro sinal, e como tal designa o produto ou serviço oferecido. A marca também deve ser registrada, assim como o desenho industrial, mas, por sua vez deve apresentar distintividade, bem como uma novidade relativa.

Desse modo, há um distanciamento do domínio comum, gerando verdadeiro sinal distintivo dos outros produtos disponíveis no mercado. No caso da marca, o direito de exclusividade mediante registro pode se prolongar no tempo, pois visa a assegurar ao consumidor correspondência entre produto e empresa que o colocou em circulação.

Por outro lado, o *Trade Dress*, além de não possuir legislação específica, e por conseguinte não determinar o registro, tem a finalidade de proteger o conjunto visual global, ou seja, a materialização de elementos diversos, que unidos traduzem forma distintiva de inserção de um determinado bem ou serviço no mercado. Desta forma haverá vinculação visual ao serviço ou produto.

Em que pese a ausência de norma específica, o *Trade Dress* apresenta uma proteção geral, fundada na garantia de livre mercado. O Estado tem o dever de assegurar, tanto aos consumidores, quanto as empresas, um funcionamento saudável de mercado, e para tanto deve combater condutas desleais relativas à concorrência.

De acordo com a posição doutrinária, defendida por Cecília Manara e Rodrigo Moraes⁸, em sua obra Propriedade intelectual em perspectiva:

[...] no Brasil, a proteção jurídica do 'trade dress' situa-se no âmbito da Repressão à Concorrência Desleal, e insurge-se contra a prática de atos de natureza fraudulenta que venham a desviar clientela de outrem, notadamente pela reprodução e/ou imitação desautorizada de características distintivas de produtos, serviços e estabelecimentos comerciais. [...].

Assim, será percebida a violação ao *Trade Dress* quando, com o objetivo causar ambiguidade, determinada empresa realiza uma sutil imitação de diversas características de outra marca, geralmente mais conhecida e difundida. Tal imitação, apesar de sutil, é suficiente para causar confusão no consumidor no momento da compra, e conseqüente desvio de clientela.

⁷BRASIL. *Lei da Propriedade Industrial*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

⁸MANARA apud CAVALCANTE, op. cit., nota 04.

Nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos⁹:

[...] Ocorre a violação ao chamado *trade dress* quando um concorrente não copia exatamente a marca ou o desenho industrial de outrem, mas imita sutilmente uma série de características do produto ou até mesmo o *modus operandi* da prestação de um serviço. [...].

Desta forma, a violação ao *Trade Dress*, uma vez comprovada, caracteriza concorrência desleal com verdadeiro desvio de clientela.

A concorrência desleal se caracteriza por atos contrários as práticas e atos comerciais honestos. Relaciona-se as condutas que atingem de forma concreta o concorrente. Trata-se, portanto, de conduta irregular, que viola os princípios da boa-fé e da lealdade na captação de clientela.

Porém, a configuração da concorrência desleal não é tão simples. Conforme entende André Luiz Ramos¹⁰, deve haver efetiva concorrência, isto é, devem estar presentes os requisitos da simultaneidade, mesma área de atuação e mesmo âmbito geográfico.

Assim, para que haja violação ao *Trade Dress* (conjunto imagem), e a caracterização da concorrência desleal, ambas as marcas devem estar em circulação no mercado, no mesmo seguimento de atuação, bem como a localidade deve ser similar, ou seja, a clientela deve ser geograficamente semelhante.

Portanto, é possível no ordenamento pátrio a proteção e tutela do *Trade Dress* através da repressão a concorrência desleal. Porém, com base na jurisprudência norte americana, apenas a similitude do conjunto imagem não basta para sua caracterização. Assim, são propostos três elementos¹¹, que cumulados ou não, possibilita a efetiva proteção: sentido secundário, distintividade inerente e funcionalidade.

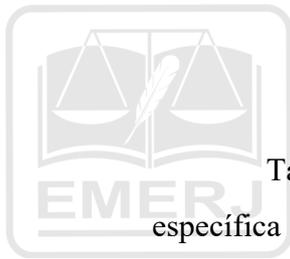
Quanto ao sentido secundário, este determina uma análise de distintividade do produto ou serviço, bem como sobre os impactos gerados no mercado. Já a distintividade revela-se como a distinção imediata do produto ou serviço frente aos demais concorrentes, ou seja, diz respeito ao vínculo entre a imagem e o produto, gerando notabilidade e identificação.

E, por fim, a funcionalidade está ligada a essencialidade do produto ou serviço, devendo ser feito o sopesamento entre a concorrência desleal e o livre mercado.

⁹RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 288.

¹⁰Ibid., p 291.

¹¹ASSMANN, op. cit., nota 01, p. 41.



Tanto a concorrência desleal genérica (art. 209, LPI)¹², como a concorrência desleal específica (art. 195, LPI)¹³ possibilitam ao prejudicado requerer perdas e danos, causados pelas práticas desleais. Assim, no âmbito civil e criminal, conforme a LPI, deve o Estado reprimir tais atos, principalmente os que induzem o público a erro.

Tal indenização leva em consideração o cálculo genérico das perdas e danos, conforme art. 208, LPI¹⁴ c/c art. 402, CC¹⁵. Porém, a inovação ocorreu no art. 210 da LPI¹⁶ ao estabelecer critérios específicos com relação ao cálculo dos lucros cessantes, visando utilizar sempre o critério mais favorável ao prejudicado e possibilitando, portanto, maior valor de indenização.

2. POSSIBILIDADES DE PROTEÇÃO DO CONJUNTO IMAGEM CONFORME A JURISPRUDÊNCIA

Diante da ausência de uma legislação que delimite especificamente os meios necessários para uma proteção ao *Trade Dress*, a jurisprudência vem criando alguns mecanismos de proteção, propiciando uma maior segurança jurídica.

Inicialmente, é necessária a caracterização do *Trade Dress*. Como não há um conceito definido em lei, a doutrina supre esta lacuna, delimitando as características principais.

Conforme entende Denis Alan Daniel¹⁷:

[...] Consiste num conjunto de características, que podem incluir, entre outras, uma cor ou esquema de cores, forma, embalagem, configuração do produto, sinais, frases, disposição, estilização e tamanho de letras, gráficos, desenhos, emblemas, brasões, texturas e enfeites ou ornamentos em geral, capazes de identificar determinado produto e diferenciá-lo dos demais. [...].

Mas ainda assim, são necessários mais instrumentos que possibilitem uma segurança jurídica nos casos levados às cortes superiores, evitando decisões divergentes dentro de um mesmo tema.

¹²BRASIL, op. cit., nota 07.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 07.

¹⁷DANIEL apud ASSMANN, op. cit., nota 01, p. 28.



Por isso, em julgados diversos o STJ¹⁸ já se posicionou de forma a ser necessária a realização de prova pericial para a configuração de concorrência desleal diante de *Trade Dress*. Desta forma, a simples similaridade ou identificação entre produtos não é suficiente para configurar o desrespeito ao conjunto imagem.

Tem-se sobre o tema que:

[...] A caracterização de concorrência desleal por confusão, apta a ensejar a proteção ao conjunto-imagem (*trade dress*) de bens e produtos é questão fática a ser examinada por meio de perícia técnica. É necessária a produção de prova técnica para se concluir que houve concorrência desleal decorrente da utilização indevida do conjunto-imagem (*trade dress*) de produto da empresa concorrente. Assim, o indeferimento da perícia que havia sido oportunamente requerida para tal fim caracteriza cerceamento de defesa. [...].¹⁹

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que diante de matéria fática complexa, deve-se utilizar a prova pericial. Assim, a simples análise de fotografias ou imagens não bastaria portanto, para a configuração de concorrência desleal por confusão, e consequente proteção ao conjunto imagem de determinada marca.

Ao entender como questão fática a caracterização da concorrência desleal, determinando a realização de exame técnico, a Corte vislumbra a necessidade de verificar o mercado ao qual o produto será inserido e o modo de competição gerado, visando estabelecer os parâmetros de uma conduta anti-competitiva ou saudável, nas relações de mercado.

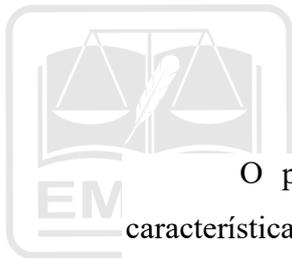
Este entendimento determina que apenas a produção de prova específica, no caso a prova pericial, será capaz de determinar a ocorrência de concorrência desleal decorrente de utilização indevida do conjunto imagem. Desta maneira, o indeferimento de tal prova, requerida regulamente, pode configurar cerceamento de defesa.²⁰

Fica claro, portanto, que é necessária uma avaliação criteriosa para determinar se a similitude entre os produtos apresentados configura um ato abusivo, ou se pode ser tolerada do ponto de vista legal. Entende-se então, que a mera semelhança notória, não é capaz de configurar usurpação de conjunto imagem de uma determinada marca, ou causar confusão no consumidor.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1353451-MG*. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504151194/recurso-especial-resp-1353451-mg-2012-02395552/relatorio-e-voto-504151215>>. Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Para analisar se houve imitação de trade dress, é indispensável a prova pericial*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c54bc2ded4480856dc9f39bdcf35a3e7>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.778.910-SP*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1778910&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 set. 2020.



O ponto central da questão, são as zonas limítrofes. Assim entendidas como características gerais, que assemelham produtos de mesmo nexo, gerando a concorrência legal e necessária ao bom funcionamento do mercado. Diante delas, é difícil mensurar a concorrência desleal.

Outro parâmetro utilizado pela corte nesta temática do *Trade Dress*, visando uma melhor delimitação do tema, é a questão da competência para o julgamento destas causas.

Entende o Superior Tribunal de Justiça²¹:

[...] As questões acerca do *trade dress* (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas afins, por não envolver registro no INPI e cuidando de ação judicial entre particulares, é inequivocamente de competência da Justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória. [...].

Verifica-se que diante da ausência de registro do *Trade Dress*, entende o STJ que não cabe a justiça federal dirimir sobre o tema. Assim, compete a justiça estadual as questões relativas ao conjunto imagem diferente do que ocorre com a marca.

Tal diferenciação decorre do fato da marca deter legislação própria²² que exige seu registro em órgão determinado, qual seja o INPI²³.

Neste ponto, merece destaque que, o *trade dress* está protegido, mediante ao combate a concorrência desleal e o desvio de clientela, e tais temas, vão requerer análise probatória, sendo matéria do âmbito judicial. Por isso, o INPI não poderia por si só, dirimir tais questões, uma vez que não detém competência para tal.

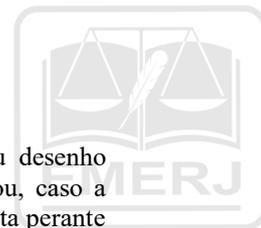
Porém, se ao solicitar a cessação do uso de determinada marca, também for solicitado a nulidade desta marca, regularmente registrada no INPI a competência será da Justiça Federal, devido ao interesse do INPI na demanda, de acordo com o STJ²⁴.

²¹SALOMÃO apud CAVALCANTE, op. cit., nota 04.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.527.232-SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549586983/recurso-especial-resp-1527232-sp-2015-0053558-7/inteiro-teor-549586991>> Acesso em: 21 set. 2020.

²³Instituto Nacional da Propriedade Industrial é uma autarquia federal brasileira vinculada ao Ministério da Economia, responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. RAMOS, op. cit., 2017, p. 192.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1281448-SP*. Relatora: Min. Nancy Andriighi, julgado em 5/6/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102083872&dt_publicacao=08/09/2014>. Acesso em: 21 jan. 2021.



[...] A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa. Sem essa discussão, os registros emitidos por esse órgão devem ser reputados válidos e produtores de todos os efeitos de direito. [...].

Neste ponto, é possível verificar mais uma vez a diferença relacionada à marca e à proteção ao conjunto imagem.

Uma vez que marca detém um registro, mediante o cumprimento de diversas exigências, o órgão regulador, detém interesse direto na possibilidade ou não de sua utilização, modificando inclusive a competência de tais demandas. Esta última hipótese encontra respaldo na legislação, conforme Lei 9279/96²⁵, bem como na própria Constituição Federal²⁶:

3.DA NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA COMO FORMA DE PROTEÇÃO DO MERCADO E DO CONSUMIDOR

Diferente do que ocorre em diversos países, o Brasil não possui uma legislação específica para a proteção ao *Trade Dress*. A jurisprudência tem tentado apresentar algumas soluções para dirimir controvérsias.

Conforme entendimento da Ministra Nancy Andrighi²⁷ deve haver a proteção do instituto amparada na repressão a concorrência desleal. Desta forma, incidem sobre o tema tanto as normas de direito civil, como as de propriedade intelectual e de proteção ao consumidor.

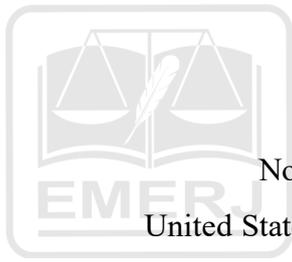
Assim, visando coibir a concorrência desleal, o conjunto imagem vem ganhando espaço nas decisões judiciais e levantando a questão da necessidade de uma lei específica.

Isto possibilitaria delimitação tanto do conceito como dos meios de proteção, gerando mais segurança jurídica, bem como proporcionando melhores condições ao mercado e ao consumidor. Em muitos países, o *Trade Dress* já encontra na própria legislação uma proteção.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 07.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 06.

²⁷ANDRIGHI apud CAVALCANTE, op. cit., nota 04.



Nos EUA, por exemplo, o conjunto imagem pode ser inclusive registrado²⁸ no United States Patent and Trademark Office (PTO)²⁹. Segundo a legislação vigente no país, tal registro federal pode ser obtido pelo titular de um *Trade Dress* distintivo.

Para configurar um *Trade Dress* distintivo, e não funcional, o produto ou serviço precisa ser reconhecível, apresentando uma fonte de identificação clara e direta com os consumidores. Além disso, a fonte de identificação não pode estar relacionada a função do produto ou serviço, nem ser essencial a finalidade a qual se destina.³⁰

Ainda sim, para finalizar o registro no país, além do pagamento de uma taxa, devem ser incluídas descrições detalhadas do conjunto imagem do produto ou serviço, permitindo sua total identificação.

Tem-se como exemplo, o que ocorre com os postos de combustíveis Texaco³¹. No país norte-americano, tais postos detêm proteção de seu *trade dress*, ou seja, possuem um registro federal relativo a um edifício com faixas, nas cores vermelho e preto, bem como a logomarca da rede, e a estrutura do edifício na cor cinza.

Outro país que também tutelou a proteção ao conjunto imagem foi a Alemanha³². Nesse país o foco está na distintividade da aparência exterior. Uma vez configurada, a proteção ao *Trade Dress*, estará equiparada a proteção da marca, e constituirá direito absoluto e exclusivo.

Porém, na ausência de tal distintividade, a tutela do *Trade Dress* ocorrerá por meio do combate a concorrência desleal no âmbito consumerista, visando coibir a confusão gerada ao consumidor.

Isto ocorre no Brasil com o desenho industrial e com a marca. Ambos são registráveis no país, conforme determina LPI³³, em seus artigos 94 e 122, respectivamente, e assim, mediante processo regulamentado, encontram-se definidas a forma e as proibições relativas a tais institutos.

Logo, a própria lei estabelece os requisitos necessários para que o produto ou serviço se torne registrável ou não, determinando todo o procedimento a ser seguido pelo titular, bem como define cada um dos institutos evitando confusão entre conceitos.

²⁸SOARES apud ASSMANN, op. cit., nota 01, p. 36.

²⁹Agência do Departamento de Comércio dos Estados Unidos que emite patentes de invenções ou de registro de marca comercial visando à identificação do produto e proteção da propriedade intelectual. Ibid.

³⁰ASSMANN, op. cit., nota 01, p. 37.

³¹MATHESON apud ibid.

³²Ibid, p. 38.

³³BRASIL, op. cit., nota 07.



Neste ponto destaca-se a possibilidade de solução de controvérsias na modalidade administrativa, uma vez que o registro é feito em um órgão regulador, que terá interesse e legitimidade para dirimir eventuais ambiguidades.

Dessa maneira, antes de ingressar no judiciário, o titular de uma marca ou desenho industrial, terá outro caminho, muitas vezes mais rápido e prático, além de ser uma forma de diminuir o fluxo de demandas relativas a esta temática no âmbito judiciário.

No que tange ao registro marcário a legislação ainda conceituou três tipos diversos de marca, possibilitando um controle ainda mais amplo, além de delimitar a abrangência da proteção e da exclusividade, variando no âmbito material e territorial.

Todo este cuidado com relação ao registro e uso exclusivo, possibilita inclusive maior fiscalização e consequente punição daqueles que descumprem os regramentos determinados.

Nas palavras de André Luiz Santa Cruz Ramos³⁴:

[...] Como o registro da marca assegura ao seu titular o direito ao seu uso exclusivo em todo o País, nos termos do art. 129 da LPI, aquele que usar indevidamente marca registrada por outrem poderá ser demandado em juízo e condenado ao pagamento de perdas e danos. [...].

Isso demonstra que com a legislação específica, muitas lacunas são dirimidas. Além da conceituação dos institutos e dos requisitos para o seu registro, é possível vislumbrar os desdobramentos da atividade. Assim, enumerando, ainda que não exaustivamente, suas possibilidades de incidência, âmbito de proteção e alcance da exclusividade obtida.

Percebe-se portanto, que, diante de uma lei específica e com um registro em um órgão especializado, a proteção do instituto se torna maior. Isto tem reflexo direto na proteção tanto do consumidor como do mercado, além de gerar segurança jurídica para ambas as partes e possibilitar investimentos de forma mais segura.

O Brasil necessita seguir neste caminho com relação ao *Trade Dress*. Criar e aplicar uma lei específica ao tema, realizar uma modalidade de registro, permitindo melhor desenvolvimento das relações de mercado.

Desta forma, doutrina e jurisprudência poderão se basear numa lei positivada e, assim, será possível alcançar segurança jurídica quanto ao tema.

³⁴RAMOS, op. cit., 2017, p. 275.



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a necessidade de criação e aplicação de uma lei específica para proteção do *Trade Dress* ou conjunto imagem, visando à proteção tanto do mercado como do consumidor, proporcionando ainda segurança jurídica.

O conjunto imagem ou *trade dress* não se confunde com a marca ou desenho industrial, por ser um conceito mais abrangente, relacionado com a totalidade de elementos distintivos presentes em um produto ou serviço. Desta forma, sua própria caracterização é difícil, uma vez que é permeada por elementos não concretos.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolvem no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que doutrina e jurisprudência estabelecem limites sobre um tema denso e complexo, o que prejudica a dinâmica de mercado.

No segundo capítulo, percebem-se os esforços da jurisprudência para organizar a questão, e dar maior segurança jurídica ao tema. Em análise à legislação vigente, com relação à vedação legal da concorrência desleal e proteção da clientela, efetuam interpretação legal, para propiciar a proteção do conjunto imagem.

Na prática, diante da ausência de legislação específica, a configuração da concorrência desleal devido ao desrespeito do conjunto imagem torna-se difícil. Assim, há desvio de clientela e abusividades, podendo ser usurpado todo o bom nome adquirido por uma marca, gerando, muitas vezes, prejuízos irreversíveis.

O conjunto imagem, e seu conseqüente desrespeito, além de gerarem uma concorrência desleal, o que é vedado pelo ordenamento pátrio, pode ter outras conseqüências.

Pode-se citar, o caso de uma marca usurpando a fama de outra, gerando conseqüências ao mercado como um todo. Gera confusão no consumidor no momento de adquirir um produto ou serviço. Gera insegurança dos titulares para investir no mercado.

Além disso, a diferença de qualidade apresentada, entre os produtos, pode colocar em cheque a boa fama adquirida pela marca. Enquanto a marca usurpadora apenas se beneficiaria, com o desvio de clientela, muitas vezes acompanhado de preços mais acessíveis e qualidade inferior.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na idéia de que diante de uma lei regulamentadora, com um possível registro, semelhante ao que ocorre com a marca, seria possível coibir de forma mais contundente a concorrência desleal, bem como realizar maior responsabilização diante de tais casos.



Tal questão se descortinou de forma mais clara no terceiro capítulo, onde é possível verificar que diversos países se encontram com legislação vigente sobre o tema, e assim possibilitaram que seu mercado interno fosse regulado de forma mais segura.

Diante da complexidade apresentada, inclusive para definir um conceito específico de *Trade Dress*, mostra-se primordial uma legislação. Diante de uma regulamentação os meios de proteção seriam maiores, bem como os meios para coibir tais práticas.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que um instituto bem definido e delimitado, com regras tanto para registro como cancelamento, com um órgão responsável, torna-se mais rígido e claro.

Conseqüentemente, sua proteção se torna mais eficaz, e, muitas vezes os conflitos poderiam ser dirimidos ainda na esfera administrativa, mediante análise do cumprimento ou não dos requisitos de registro.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a criação de uma lei específica para a proteção ao conjunto imagem traria benefícios ao mercado como um todo. O direito empresarial poderia ser aplicado pela jurisprudência de maneira mais uniforme, propiciando segurança jurídica. A doutrina por sua vez poderia se debruçar sobre uma legislação positivada, que apresentasse os conceitos delimitados.

E principalmente, o mercado poderia ser regulado de forma mais segura, dando melhores condições aos titulares, na colocação de produtos e serviços no mercado, com real proteção de seus investimentos e manutenção de sua clientela.

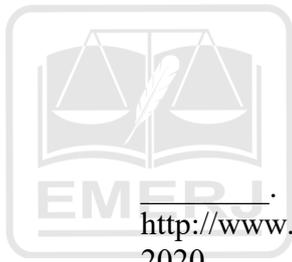
Além disso, haveria considerável reflexo no consumidor, uma vez que, diante de uma repressão direta a esta modalidade de concorrência desleal, tais situações seriam coibidas com maior facilidade, evitando a confusão do consumidor no momento da compra e a conseqüente lesão aos seus direitos.

REFERÊNCIAS

ASSMANN, Renata Rossi. *A proteção jurídica do trade dress e a concorrência desleal no Brasil*. 2015. 69 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br/handle/1884/42302>>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/1104/06compilada.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 21 set. 2020.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.527.232-SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549586983/recurso-especial-resp-1527232-sp-2015-0053558-7/inteiro-teor-549586991> Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.353.451-MG*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504151194/recurso-especial-resp-1353451-mg-2012-0239555-2/relatorio-e-voto-504151215>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.778.910-SP*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1778910&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1677787/SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271677787%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271677787%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271677787%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271677787%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1281448-SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/6/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102083872&dt_publicacao=08/09/2014 >. Acesso em: 21 jan. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Ações envolvendo trade dress e nulidade de registro de marca*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d72a7ed33514158ae5e68ed6d80177b9>>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Márcio André Lopes. *Para analisar se houve imitação de trade dress, é indispensável a prova pericial*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c54bc2ded4480856dc9f39bdcf35a3e7>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

A UTILIZAÇÃO DO WHATSAPP NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL E AS GARANTIAS DOS USUÁRIOS EM RELAÇÃO AOS SEUS RISCOS

Carlos Eduardo Medeiros de Carvalho

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Informática e Tecnologia da Informação pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Gestão de Negócios e Tecnologia da Informação pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Sistemas, Apoio à Decisão e Logística pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – O presente trabalho tem por escopo analisar se mensagens trocadas por meio de aplicativos de mensagens como o Whatsapp, especialmente no que toca a troca de mensagens de cunho negocial, se as mesmas estariam resguardadas pela ótica consumerista. Analisa-se também o risco de exposição dos dados destes usuários no ambiente tecnológico atual e a adequação do Whatsapp à Lei Geral de Proteção a Dados, indagando-se, por fim, sobre a possibilidade de requisitar indenização para estes usuários por falhas na prestação deste serviço.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Direito Digital. Responsabilidade Civil. Lei Geral de Proteção a Dados. Marco Civil da Internet.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à caracterização de relações de consumo por meio de mensagens de WhatsApp no Brasil e a possibilidade do uso do CDC. 2. A exposição de dados de usuários do Whatsapp em relações de consumo e sua adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). 3. A possibilidade de responsabilização do Whatsapp por prejuízos causados por interrupções de serviço nas relações de consumo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda a questão das relações de consumo em ambientes virtuais, mais especificamente aquelas que ocorrem no âmbito dos aplicativos de mensagens, como é o caso do Whatsapp. Discute-se a vulnerabilidade jurídica e a proteção dos dados dos usuários que utilizam esse tipo de ferramenta, além das garantias que são oferecidas atualmente pelo ordenamento pátrio.

Há muito tempo que o WhatsApp deixou de ser apenas um aplicativo de conversas e se tornou uma verdadeira plataforma de negócios, mesmo que muitas vezes essa atuação aconteça em meio à informalidade. Ao se analisar a evolução da utilização da tecnologia nas práticas de comércio é possível verificar que a utilização do Whatsapp representa uma



evolução natural no mercado brasileiro, que se iniciou com a adoção de televendas, se expandiu com utilização de sites e finalmente chegou aos aplicativos de mensagens.

A informalidade, que é inerente ao trato da ferramenta por ser um aplicativo de mensagens, pode trazer uma série de problemas para o usuário, que várias vezes utiliza o aplicativo em negócios sem o devido cuidado necessário. Por causa deste desconhecimento, torna-se fundamental inclusive desenvolver alguns comportamentos no manejo da ferramenta que se não forem adotados podem acabar implicando na dificuldade de se comprovar que essas relações de consumo se estabelecem dentro da ótica do Código de Defesa do Consumidor.

A fronteira da informalidade muitas vezes gera também outros desdobramentos, entre os quais pode-se destacar a falta de segurança digital e a discussão quanto à possibilidade de responsabilizar o aplicativo quando ocorrem falhas, especialmente por ora ele servir como sítio formal na realização de negócios, incluindo até mesmo funcionalidades de pagamento, e ora atuar como um simples canal de comunicação gratuito que viabiliza negócios que acabam sendo realizados fora da ferramenta.

Tendo-se em mente os desafios apresentados entende-se que o tema tem relevância social, pois o Whatsapp tem mudado radicalmente a forma como as pessoas interagem no dia-a-dia e essa evolução comportamental tem gerado novas relações e possibilidades jurídicas, algumas delas que estão sendo enfrentadas agora pelo judiciário brasileiro, e que tem se mostrado instigantes e desafiadoras.

Para explicar melhor o tema, o primeiro capítulo do artigo discute até que ponto as conversas de WhatsApp são consideradas válidas para caracterizar relações de consumo. Discute-se também que comportamentos devem ser adotados para que essas conversas informais sejam validadas dentro da ótica do Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida, no segundo capítulo, é abordada a questão da segurança das relações de consumo dentro do aplicativo e o quanto que elas estão aderentes à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil.

Por fim, no terceiro e último capítulo, é discutida a questão da responsabilidade civil e se é possível responsabilizar o Whatsapp por paralizações ou falhas na prestação de seu serviço.

A pesquisa é realizada levando-se em consideração relações jurídicas ocorridas no Brasil e tem como base artigos e textos hoje existentes a respeito do assunto, ou seja, ela é uma pesquisa bibliográfica-documental quanto aos procedimentos utilizados.



É feita uma abordagem qualitativa sobre o tema, ou seja, busca-se entender e interpretar os fenômenos jurídicos que influenciam os institutos relevantes do Direito. Quanto aos objetivos busca-se explicar como a legislação, doutrina e jurisprudência se posicionam na resolução de questões controvertidas e na fundamentação da solução de lides que são colocadas ao longo do texto.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO DE MENSAGENS DE WHATSAPP E A POSSIBILIDADE DE USO DO CDC

Com o aumento meteórico das trocas de mensagens entre os usuários da internet e o consequente aumento no judiciário do número de reclamações, começou-se a tentar entender como seria possível regular esse ambiente que estava verdadeiramente surgindo. No entanto, ainda subsistia a dúvida se seria possível atribuir uma característica de relação de consumo para estas situações oriundas da troca de mensagens realizadas por aplicativos, como por exemplo, o Facebook.

Essa dúvida em parte provinha do fato de que alguns aplicativos não cobram absolutamente nada de seus usuários para a utilização e, portanto, talvez não coubessem bem no conceito de prestação de serviço.

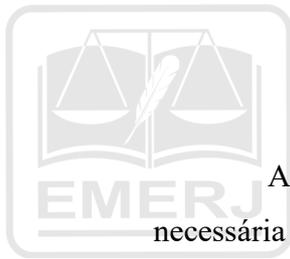
Esse entendimento, segundo Izo¹, acabou caindo por terra pelo fato de que por um lado os usuários realmente não pagam nada para utilizar as redes sociais, mas por outro lado, os aplicativos auferem lucro de outras formas, como por exemplo, com campanhas publicitárias.

Cumpram-se destacar as lições de Paulo César Pinto²:

quando o CDC trata da remuneração, não quer especificamente dizer a remuneração direta, ou seja, o pagamento direto efetuado pelo consumidor ao fornecedor, mas também a remuneração indireta, aquele benefício comercial indireto fruto da prestação de serviços ou do fornecimento de produtos aparentemente gratuitos.

¹ IZO, Leticia da Silva. *A relação de consumo entre o usuário e os aplicativos de redes sociais*, de 28 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://depaduaadvogados.com.br/Publicacoes/relacao-consumo-aplicativos-redes-sociais/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

² PINTO, Paulo Cesar. *Relações de Consumo*: Havendo um fornecedor, um consumidor e um produto fornecido ou serviço prestado por esse fornecedor a esse consumidor, haverá relação de consumo. Havendo relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, não havendo relação de consumo aplica-se o Código Civil, de 28 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7852/Relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 16 out. 2020.



Assim, a remuneração descrita o artigo 3º, §2º³ do Código de Defesa do Consumidor, necessária para a caracterização de um serviço, pode ser entendida não necessariamente como um valor econômico, mas sim como uma remuneração indireta, o que caracterizaria essa relação de consumo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no Conflito de competência 0043027-43.2014.8.19.0000⁴ teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema e declarar que as mensagens trocadas por meio do aplicativo Facebook ensejavam relações de consumo.

Em 2014, o Facebook comprou o aplicativo Whatsapp por US\$ 16 bilhões e o objetivo, segundo Fabro⁵, inicialmente era criar uma total integração entre as plataformas de Messenger, Instagram e Whatsapp de forma a permitir intercâmbio de conteúdo ponta a ponta. Embora o Whatsapp não cobre de seus usuários até hoje, aqui o raciocínio quanto ao lucro indireto se mantém, pois com a integração do aplicativo com o Facebook ele passou a ser um fornecedor de cadastro que faz com que seu dono aufera lucro por meio de campanhas publicitárias e vários outros mecanismos de divulgação de produtos para seus clientes. A própria funcionalidade de *Status*, que o aplicativo Whatsapp possui, também acaba servindo como uma forma de divulgação não só de ideias dos usuários, mas também um canal de divulgação de produtos e serviços.

Miranda⁶ alerta que a controvérsia em relação à aplicação do Código de Defesa do Consumidor no ambiente virtual é de fato um pouco maior, pois embora essa troca de mensagens se adequa ao conceito de consumo é importante mencionar que isso só é válido, a princípio, para fornecedores nacionais. Portanto, esse ponto é muito importante, pois se o fornecedor foi identificado e é nacional imediatamente permite-se alterar a competência do foro de julgamento da ação, caso exista algum problema, para o domicílio do consumidor frente a sua vulnerabilidade na relação jurídica. Porém, se o fornecedor é estrangeiro, não possuindo representação alguma no Brasil, filial ou escritório de representação, a situação é completamente diferente. Caso exista algum problema na transação entre as partes existirá um

³ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Conflito de competência 0043027-43.2014.8.19.0000*. Relatora: Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150098208/conflito-de-competencia-cc-430274320148190000-rj-0043027-4320148190000/inteiro-teor-150098211?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 out. 2020.

⁵ FABRO, Clara. *6 anos da compra do WhatsApp pelo Facebook: o que mudou desde então*, de 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/listas/2020/02/6-anos-da-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-o-que-mudou-desde-entao.ghml>>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁶ MIRANDA, Maria Bernadete. *Relações de consumo celebradas pela internet*, de 17 de maio de 2017. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/relacoes-de-consumo-celebradas-pela-internet/>>. Acesso em: 01 set. 2020.



confronto entre as normas de proteção ao consumidor e as regras do comércio mundial, representadas pelos Tratados Internacionais, caso eles existam para regular o assunto, onde haverá dúvidas quanto à legislação aplicável e o foro para solucionar a controvérsia. É importante lembrar que a identificação por parte do consumidor de quem seja o seu fornecedor é fundamental para que ele tenha a proteção do código de defesa do consumidor (Lei 8.078/90). Isso não se confunde com a simples identificação do endereço do fornecedor na internet, que muitas vezes esconde a verdadeira nacionalidade do fornecedor.

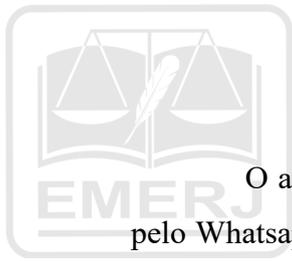
Uma vez tomadas essas precauções iniciais, o que o consumidor deve estar ciente é que um negócio de compra e venda realizado por meio de aplicativo de mensagens pode ser considerado válido. Segundo França⁷, estas conversas trocadas são verdadeiros “contratos” entre as partes e que as vinculam na medida dos termos acordados. A jurisprudência tem sido firme em identificar que essas conversas denotam a liberdade de manifestação de vontade e por consequência os termos de proposta e aceitação, que são pré-requisitos para a formação contratual, estão presentes.

O problema desta modalidade de formação de contratos está na informalidade, especialmente quando as transações envolvem altos valores. É importante lembrar que em contratos formais, em que é exigido a assinatura real ou digital das partes, é possível estabelecer cláusulas mais específicas que protegem ambos os lados, especialmente o consumidor, como por exemplo: cláusulas de arrependimento, penalidades, obrigações alternativas, fixação de juros moratórios entre outros, o que faz com que esses contratos sejam sempre mais aconselháveis para a realização de negócios, especialmente quando envolvem grandes quantias, por mais que a tecnologia atual esteja desenvolvida e seja de fácil acesso.

O que se tem notado na jurisprudência pátria é que da mesma forma que os contratos verbais são aceitos, esses contratos informais por meio de mensagens também estão sendo admitidos. No caso dos contratos verbais, sempre houve dificuldade de se fazer prova da negociação realizada, por isso a justiça vem aceitando a troca de mensagens como prova do que foi acordado entre as partes, dispensando inclusive a produção de ata notarial. Esse tipo de situação pode ser vista, por exemplo, na Apelação Cível 0079845-62.2016.8.16.0014⁸ em que a parte autora apresenta as conversas de Whatsapp trocadas com seu fornecedor, ora réu, para reclamar de um problema ocorrido em uma compra e venda mercantil.

⁷ FRANÇA, Patrick. *A Validade dos Negócios feitos pelo “Whatsapp”*, de 26 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://afranca.adv.br/a-validade-dos-negocios-feitos-pelo-whatsapp/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Informativo de Jurisprudência Volume 1*. Corregedoria Geral da Justiça. Curitiba, 11 de julho de 2018.



O art. 428⁹ do Código Civil tem sido utilizado nas situações de trocas de mensagem pelo Whatsapp da mesma forma que a justiça faz quando é necessário justificar a presença de uma pessoa em um contrato que se estabeleceu por meio de uma conversa telefônica. Nesse caso, considera-se a pessoa presente e vincula-se a obrigatoriedade da proposta realizada. O próprio Conselho Nacional de Justiça já autorizou a utilização da ferramenta de Whatsapp como meio de realizar intimações em Juizados Especiais. O CNJ entende que o mecanismo atribui maior celeridade processual ao sistema, especialmente quando comparados com o aviso de recebimento ou até mesmo o oficial de justiça.

Por fim, é importante entender que a partir do momento em que a justiça reconhece as trocas de mensagens do Whatsapp como verdadeiros contratos entre as partes, passa a valer o que está escrito nessas mensagens, para o bem ou para o mal desta relação contratual, e que no futuro caso existam problemas nessa relação, essas trocas é que serão utilizadas para provar o que foi acordado. Assim, para se resguardarem, consumidores e fornecedores devem ter a preocupação de colocar nessas conversas as condições gerais do contrato como: valores, formas de pagamento, datas de entrega, descrição exata do produto que está sendo negociado, etc.. Essas boas práticas, além de demonstrarem a boa-fé entre as partes, também reduzem uma série de possíveis mal entendidos no futuro. Outra questão importante é a escolha de formas seguras para efetuar o pagamento após o acordo celebrado. Cartões de crédito, sistemas de transferências eletrônicas, como PayPal e PagSeguro são boas opções para essas situações, pois permitem a rastreabilidade da transação caso uma das partes alegue que o pagamento não foi efetuado ou simplesmente resolva desaparecer com o dinheiro recebido.

2. A EXPOSIÇÃO DE DADOS DE USUÁRIOS DO WHATSAPP EM RELAÇÕES DE CONSUMO E SUA ADEQUAÇÃO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Em 2020, o Whatsapp lançou no mercado uma nova funcionalidade que prometia impulsionar ainda mais as relações de consumo realizadas dentro da ferramenta. Nesta nova funcionalidade seria possível enviar e receber dinheiro eletrônico sem taxas e sem sair do aplicativo com a proteção de uma plataforma chamada Facebook Pay. No caso descrito as transações seriam realizadas pela Cielo¹⁰.

⁹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁰ FABRO, Clara. *6 anos da compra do WhatsApp pelo Facebook: o que mudou desde então*, de 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/listas/2020/02/6-anos-da-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-o-que-mudou-desde-entao.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2020.



Apesar da funcionalidade anunciada realmente prometer trazer imensa facilidade à vida de quem utiliza o Whatsapp como ferramenta para realizar negócios no dia a dia, o lançamento também causou enorme preocupação em relação à segurança digital. Embora no Brasil já esteja em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei 13.709/18¹¹), especialistas entendem que essa funcionalidade anunciada pelo Whatsapp coloca em risco a proteção dos dados de milhares de usuários, que podem ter não somente seus dados, mas também suas preferências expostas.

O advogado Felipe Leoni Cartero Moreira¹², especialista em processos e contratos digitais, antes mesmo da entrada em vigência da LGPD no Brasil já expressava críticas à nova lei que o Brasil havia criado:

a ausência de vigência da Lei Geral de Proteção de Dados e, especialmente, de uma autoridade fiscalizatória, no caso do Brasil a Agência Nacional de Proteção de Dados, permitirá que dados pessoais de milhões de brasileiros, agora relacionados diretamente às suas preferências de consumo, deixem de ser devidamente protegidos.

A título exemplificativo vale a pena mencionar que no caso da ferramenta Whatsapp, não está descrito com clareza em seus Termos de Serviço quais os dados dos usuários que são compartilhados com as instituições financeiras que integram essa cadeia de consumo, tão necessária à nova funcionalidade de pagamento, e muito menos em que local do mundo esses dados são armazenados.

O maior risco, como já mencionado, é que por ausência de uma entidade fiscalizatória no Brasil, a esperada Agência Nacional de Proteção de Dados, exista a possibilidade que o usuários acabem sendo obrigados a abrir mão de sua privacidade para conseguir ter acesso a estas funcionalidades, pois o consentimento que é requisitado pelo Whatsapp para compartilhar essas informações já faz parte do aceite dos Termos de Serviço.

Segundo Carvalho¹³, toda essa discussão acabou gerando uma repercussão negativa para a empresa Whatsapp, que se viu obrigada inclusive a adiar o prazo limite para que o público avalie e consinta com os termos de serviço da ferramenta, em meio a denúncias de

¹¹ BRASIL. *Lei n° 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹² LEONI, Felipe Carteiro Moreira. *Há risco de vazamento de dados em pagamento do WhatsApp*, de 16 de junho de 2020. Disponível em: <<https://inforchannel.com.br/ha-risco-de-vazamento-de-dados-em-pagamento-do-whatsapp/>>. Acesso em: 02 set. 2020.

¹³ CARVALHO, Lucas. *Após críticas, WhatsApp adia prazo para público revisar novos termos*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/01/15/whatsapp-adia-prazo-para-usuarios-revisarem-nova-politica-de-privacidade.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2021.



que até as conversas realizadas pelos usuários com os amigos de Facebook podem ser compartilhadas com outras empresas, sem que o usuário saiba que isto está acontecendo.

A preocupação em dar mais tempo para o usuário pensar a respeito do assunto ocorreu especialmente após a divulgação de boatos que o usuário que não consentisse com os novos termos de privacidade teria sua conta apagada. Certamente o crescimento da concorrência, como a ferramenta Telegram, que não faz essa exigência, também pesou nesta decisão de dar mais prazo para o aceite e clareza nas explicações.

A criação da LGPD no Brasil traz, mesmo que de forma tardia, uma série de regras importantes e necessárias para o ambiente virtual no Brasil, dentre as quais pode-se citar: a definição do que seja considerado dado pessoal, a classificação de que tipo de dado é considerado sensível durante a troca de informações, orientações sobre como devem ser tratados dados referentes às crianças e adolescentes, especialmente quanto à necessidade de autorização dos pais e, finalmente, quais dados, tanto no meio físico como no meio virtual, estão sujeitos à regulação.

A lei traz também o pressuposto de que se existe a manipulação de dados de pessoas, brasileiras ou não, dentro do território nacional, a LGPD deve ser respeitada. A lei comenta ainda sobre a possibilidade e a forma de compartilhar dados de usuários com outros órgãos internacionais desde que sejam respeitados os protocolos de segurança estabelecidos pelo Brasil e que essa troca de informações tenha o exclusivo objetivo de cumprimento de exigências legais.

Talvez a maior inovação que a LGPD traga seja a obrigatoriedade de recolhimento do consentimento por parte do fornecedor junto ao usuário para que ele tenha seus dados manipulados, deletados ou até mesmo transferidos para outro fornecedor. Isso já pode ser visto no cotidiano de quem utiliza a internet e se depara com um pedido de aceite para continuar visualizando a página em que se encontra. É claro que existem algumas exceções quanto a este consentimento na lei, como por exemplo: no caso da necessidade de se captar e tratar dados junto ao usuário com o objetivo de realizar o cumprimento de uma determinação legal.

A lei, conforme explica um recente estudo do SERPRO¹⁴, também determina que quem gera base dados também deve redigir normas de governança, baseada nas melhores práticas do mercado, adotando medidas preventivas de segurança. Determina que se houver

¹⁴ SERPRO. *O que muda com a LGPD*. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd>>. Acesso em: 02 set. 2020.



vazamento de dados, os indivíduos afetados devem ser imediatamente avisados e também estabelece que as multas para quem contrariar essas determinações podem ser altas, chegando até a 2% do faturamento anual da empresa, sendo limitadas ao valor de R\$ 50 milhões por infração.

A LGPD é uma lei recente e que o Brasil já necessitava há muito tempo, no entanto, não faltam críticos ao seu conteúdo. A maioria deles comenta que a lei já nasceu velha, entre eles Altieres Rohr¹⁵, fundador de um site especializado na defesa contra ataques cibernéticos, que dizia que “o Brasil passou a década de 2000 observando a web crescer, sem aprovar qualquer regulamentação efetiva para a internet ou para sistemas eletrônicos”.

Talvez a incidência de vazamentos de dados, cada vez maiores, tenham escancarado o atraso da chegada da lei, que embora esteja em vigor há pouco tempo deixou todo o mecanismo sancionatório para ser implantado posteriormente quando a entidade fiscalizatória estiver plenamente estruturada. Isso faz com que a lei esteja presente, mas não funcionando de fato.

Outra questão que talvez seja ainda mais preocupante no caso do Brasil é que os vazamentos de dados que ocorrem aqui não são relacionados simplesmente a dados de cartão de crédito, que em tese são informações substituíveis. O fato é que o Brasil, com o passar do tempo, construiu uma base de dados muito dependente do número de CPF, que sempre foi um informação requisitada para a realização de qualquer tipo de operação virtual. O CPF, em última análise, liga uma chave a um indivíduo específico, e também, por sua vez, à um conjunto de informações pessoais dele como: data de nascimento, histórico financeiro e vários outros documentos de caráter pessoal, gerando um tipo de vazamento de informação muito mais perigoso que um simples cartão clonado.

É importante também lembrar que a prática de marketing eletrônico, com a incidência de “spam” de emails de forma indiscriminada para usuários e a venda de cadastro de clientes oriundas de compras online para outras empresas, sempre foi prática corriqueira no Brasil e que nunca gerou tipo algum de punição. Tudo isso acabou contribuindo para que os vazamentos de informações na atualidade sejam cada vez maiores e mais perigosos.

Na realidade, não faz muito sentido pedir pelo número do CPF para realizar uma transação virtual, a não ser que seja o consumo de algo muito específico, como para evitar a

¹⁵ ROHR, Altieres. *Sem agência de proteção de dados, 'megavazamentos' evidenciam custo de atraso da lei no Brasil*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2021/01/28/sem-agencia-de-protecao-de-dados-megavazamentos-evidenciam-custo-de-atraso-da-lei-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 24 fev. 2021.



compra de bebida alcólica por menores de idade por exemplo. No entanto, essa informação é pedida e armazenada a todo instante no Brasil de forma indiscriminada em cadastros, e se uma empresa pode verificar essa informação, o hacker também pode.

A tendência é que o custo deste vazamento seja pago pelas empresas financeiras, que deverão criar cada vez mais mecanismos de segurança para garantir que estão lidando realmente com a pessoa que virtualmente diz ser quem é. Outro grupo obviamente prejudicado é o cidadão comum, que paga pelo investimento em segurança que é feito por estas instituições e se vê cotidianamente inserido em uma série de fraudes bancárias, roubos de perfil, cobranças não autorizadas e uma rede infinita de burocracia para validar sua identidade pessoal.

3. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO WHATSAPP POR PREJUÍZOS CAUSADOS POR INTERRUPÇÕES DE SERVIÇO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No Brasil, os usuários do Whatsapp, especialmente na década passada, se acostumaram a ver determinações da justiça que bloquearam esta ferramenta de comunicação. Foram inúmeros os motivos que levaram a esses bloqueios como: investigações a respeito do uso da ferramenta para crimes relacionados ao tráfico de drogas, ataques racistas, etc.

Os bloqueios, que geralmente estão relacionados aos motivos já citados, ocorrem quando o provedor de serviço se recusa a cumprir uma determinação judicial. Na maioria das vezes, essa requisição judicial é para a quebra de sigilo (criptografia) de uma conversa que ocorreu entre usuários da ferramenta e que teria que ter sua segurança quebrada e o conteúdo fornecido para subsidiar uma investigação criminal.

Infelizmente existem milhares de usuários e negócios que acabam ficando prejudicados com o bloqueio, que na maioria das vezes não delimita a conversa pretendida, e acaba afetando quem não tem relação alguma com a investigação que está sendo engedrada. Todo esse transtorno acaba afetando não somente estes consumidores, mas a própria economia do país.

Segundo Paulo Montenegro¹⁶, o custo total dos bloqueios judiciais realizados pelo Whatsapp em 2016 giraram em torno de R\$ 360 milhões para a economia brasileira. Essa cifra deixa o Brasil como o quinto lugar no ranking mundial de custo em bloqueio, perdendo

¹⁶ MONTENEGRO, Paulo. *Suspensão do WhatsApp e outros serviços gera prejuízo milionário no Brasil*, de 24 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.tudocelular.com/android/noticias/n81046/suspensao-whatsapp-prejuizo-milionario-brasil.html>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

apenas para países como o Iraque, que tem um custo de R\$ 660 milhões, ou para a Índia, que encabeça a lista do ranking com um custo de bloqueio de R\$ 3 bilhões de reais. Logo atrás do Brasil, vem o Congo, com R\$ 220 milhões em prejuízos, mostrando como a Internet é algo importante para a economia mundial, e como bloqueá-la, seja através de um serviço ou website, custa muito caro para a economia destes países.

Muitas pessoas argumentam que esse tipo de bloqueio, nos moldes como é feito no Brasil, seja um verdadeiro ato atentatório à liberdade de comunicação, embora responsabilizar o provedor de acesso seja inclusive algo previsto pela nossa legislação.

O art. 18 do Marco Civil da Internet¹⁷ comenta que o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, já o art. 19 comenta que o provedor de aplicações somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo de terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Segundo Caio Carvalho¹⁸, a Associação brasileira de Defesa do Consumidor acredita que o bloqueio do Whatsapp seja desproporcional e que os efeitos da medida tragam prejuízos inestimáveis aos usuários e à economia e defende que os provedores de conexão respondam pelos atos ilícitos praticados pelos usuários.

O tema, como pode ser visto, é controverso. Dimitria Coutinho¹⁹ explica que atualmente existem dois casos sobre esse assunto que se encontram com julgamento suspenso no STF, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 403²⁰) do relator Edson Fachin, e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5527²¹) da relatora Rosa

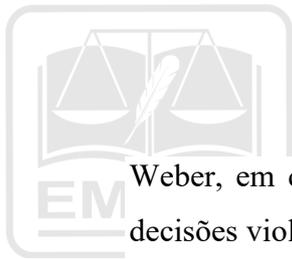
¹⁷ BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁸ CARVALHO, Caio. *Entenda por que o WhatsApp foi bloqueado no Brasil e como isso pode afetar você*, de 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/entenda-por-que-o-whatsapp-foi-bloqueado-no-brasil-e-como-isso-pode-afetar-voce-54827/>>. Acesso em: 02 set. 2020.

¹⁹ COUTINHO, Dimitria. *Julgamento de bloqueio do WhatsApp é adiado no STF*; veja o que já foi discutido, de 28 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://tecnologia.ig.com.br/2020-05-28/julgamento-de-bloqueio-do-whatsapp-e-adiado-no-stf-veja-o-que-ja-foi-discutido.html>>. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 5527*. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



Weber, em que são discutidos os limites de um juiz para bloquear o Whatsapp e se essas decisões violam ou não a lei do Marco Civil da Internet e a liberdade de comunicação.

Embora a questão do bloqueio judicial seja nefasta à economia do país, ela é apenas uma das formas de retirar o Whatsapp do ar e causar danos aos usuários. Um grande número de pessoas também reclama de outros problemas, como por exemplo quando um usuário tem sua conta banida do aplicativo, o que inviabiliza a utilização da ferramenta, ou até mesmo quando o serviço é retirado do ar por uma falha técnica.

No caso do banimento da conta é direito inserido no termo de adesão da ferramenta o julgamento unilateral do Whatsapp para banir contas caso ache necessário. O fato é que a justiça já vem julgando improcedente este entendimento, pois o usuário no final acaba sofrendo prejuízos, inclusive de ordem financeira, com a atitude da empresa. O mesmo pode ser dito em relação às falhas técnicas, que tiram o aplicativo do ar durante algum tempo.

A questão que fica sempre no ar é se uma ferramenta como o Whatsapp, que se propõe a ser um verdadeiro canal de serviços e negócios, pode ser responsabilizada ou não pelos prejuízos causados a seus usuários em caso de falha no serviço.

Durante muito tempo pairou essa dúvida, especialmente no âmbito judiciário, e parte desta discussão existia porque o Whatsapp, diferentemente do Facebook, não aferia renda com a divulgação de anúncios ou campanhas promocionais, servindo meramente como uma ferramenta de serviço gratuito, o que descaracterizaria a existência de uma relação de consumo.

Com a compra do Whatsapp pelo Facebook em 2014 essa discussão passou a não fazer mais sentido, pois o Facebook utiliza o Whatsapp para ganhos indiretos com venda de dados ou direcionamento de publicidade, se enquadrando dentro da regulamentação consumerista.

Dessa forma, este usuário que sofreu dano com a utilização da ferramenta hoje tem seus direitos garantidos pelo Código de Defesa do Consumidor caso consiga provar o prejuízo sofrido e caso consiga comprovar que o WhatsApp era o seu canal principal de comunicação. Um exemplo disso pode ser visto na Apelação Cível nº 5007004-23.2019.8.13.0479²² em que um tatuador que usava o Whatsapp e que se sentiu prejudicado com o bloqueio sofrido conseguiu ser indenizado.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível: AC nº 5007004-23.2019.8.13.0479*. Relator: Habib Felipe Jabour. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1181477143/apelacao-civel-ac-10000200276392003-mg/inteiro-teor-1181477906>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

É importante lembrar que também seria possível usar o Código Civil para caracterizar essa responsabilização e pedir reparação, no entanto, nesse caso, seria preciso provar que o WhatsApp foi negligente com a prestação do serviço.

Por fim, é interessante mencionar que, analisando a jurisprudência, sempre que houve uma tentativa do usuário responsabilizar o Whatsapp por danos ocasionados, quer seja com bloqueio ou com a falha na prestação de serviço, o Whatsapp utilizou como argumento de defesa que existem outros meios de comunicação disponíveis para se comunicar no mundo atual e que o prejuízo sofrido pelo usuário poderia ter sido evitado caso fossem utilizadas outras ferramentas que são suas concorrentes, como o Telegram por exemplo.

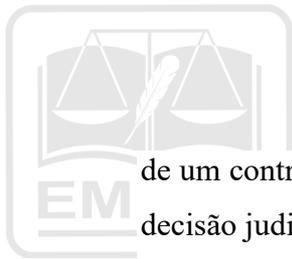
No entanto, a empresa quando atua em sua própria defesa contra os bloqueios judiciais sofridos alega que o Whatsapp é um serviço essencial e insubstituível, e que em momento algum poderia ficar fora do ar sem prejudicar seus usuários.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a insegurança jurídica que as novas ferramentas de comunicação, como o Whatsapp, trazem para aqueles usuários que utilizam aplicativos de mensagem especialmente em relações negociais. Essa insegurança provém principalmente da informalidade destas ferramentas, o que em uma possível disputa jurídica preocuparia um usuário comum que poderia pensar estar em uma situação mais fragilizada no momento de defender seus interesses no judiciário, pois a única coisa que teria em suas mãos seria uma série de reproduções de conversas sobre as tratativas de um negócio que não deu certo.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, após a aquisição do Whatsapp pelo Facebook e a sua consequente aferição de ganhos indiretos com a ferramenta, não restou mais dúvida de que as mensagens trocadas por meio destas ferramentas podem ser vistas pela ótica do Código de Defesa do Consumidor. Assim, o usuário passa a ter todas as garantias necessárias, pois passa a ser visto como consumidor, não tratando-se mais de um mero serviço gratuito.

Na prática, foi visto que o judiciário, na maioria das vezes, irá basear suas decisões na evidência do que foi de fato acordado e escrito entre as partes durante a troca de mensagens. O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia sobre a importância de escrever todos os termos do que está sendo acordado, como se fosse os termos



de um contrato, para que não reste dúvida sobre o que era pretendido entre as partes caso uma decisão judicial seja a única alternativa para se encontrar um acordo sobre um possível litígio.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de que usuários do Whatsapp poderiam ter seus dados expostos na internet e como a referida ferramenta estaria se adequando à Lei Geral de Proteção a Dados, esta pesquisa chegou ao entendimento de que, a produção legislativa de proteção ao usuário tem sido muito mais lenta que os avanços tecnológicos que estão sendo vivenciados. A Lei Geral de Proteção a Dados, embora importante, chegou com atraso e ainda encontra-se sem sua eficácia completa. A autoridade responsável pela elaboração de critérios, fiscalização e punição de abusos cometidos contra usuários ainda não está em operação, o que permite que vazamentos de dados ocorram atualmente com um razoável grau de impunidade, tornando a internet um ambiente perigoso para quem precisa colocar seus dados pessoais.

Para a indagação colocada no terceiro capítulo desta pesquisa, se seria possível responsabilizar o Whatsapp por danos causados em interrupções de serviço para usuários que o utilizam em relações de consumo, me parece que não há também mais dúvida de que a resposta é afirmativa. Embora ainda exista uma discussão latente a respeito dos limites do judiciário, especialmente em decisões de primeira instância, para a quebra de sigilo e bloqueios de amplitude nacional, parece não haver mais dúvida a respeito de que usuários que utilizam a ferramenta em relações de consumo devem ser ressarcidos por falhas na prestação deste serviço, desde que provem que a indisponibilidade da ferramenta foi a causadora do dano sofrido. Em relação aos bloqueios judiciais a discussão está mais restrita ao entendimento do prejuízo social e econômico que eles provocam, sem falar da possibilidade deles serem contrários à legislação vigente do Marco Civil da Internet e das próprias garantias e direitos individuais de liberdade do cidadão.

Por essas razões, a proposta do autor consiste na tese de que ficou evidente que a utilização de ferramentas de comunicação seja um caminho sem volta para a sociedade atual e que, portanto, o judiciário precisa se preparar, pois continuará enfrentando cada vez mais demandas como as apresentadas neste trabalho em seu cotidiano. O legislativo também precisa fazer sua parte, confeccionando leis que ocorram em sincronia com esses avanços tecnológicos e que sejam sensíveis a possíveis mudanças sociais, como a que ocorreu neste caso do Whatsapp, em que houve uma mudança na forma como as pessoas passaram a realizar seus negócios no dia-a-dia. O desafio desta produção legislativa residirá muitas vezes em acompanhar as implicações que uma inovação tecnológica estarão trazendo assim que

forem disponibilizadas para o público em geral e tentar, até mesmo, se antecipar a possíveis conflitos.

O que ficou claro é que não importa qual seja o rumo proposto pelas leis que serão adotadas, os usuários destas novas ferramentas tecnológicas precisam de proteção, não só em relação à efetividade do que estão fazendo, mas também em relação à sua segurança digital.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 5527*. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível: AC nº 5007004-23.2019.8.13.0479*. Relator: Habib Felipe Jabour. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1181477143/apelacao-civel-ac-10000200276392003-mg/inteiro-teor-1181477906>>. Acesso em: 29 de mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Informativo de Jurisprudência Volume 1*. Corregedoria Geral da Justiça. Curitiba, 11 de julho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Conflito de competência 0043027-43.2014.8.19.0000*. Relatora: Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150098208/conflito-de-competencia-cc-430274320148190000-rj-0043027-4320148190000/inteiro-teor-150098211?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 out. 2020.

CARVALHO, Caio. *Entenda por que o WhatsApp foi bloqueado no Brasil e como isso pode afetar você*, de 17 de dezembro de 2015. Disponível em:



<<https://canaltech.com.br/internet/entenda-por-que-o-whatsapp-foi-bloqueado-no-brasil-e-como-isso-pode-afetar-voce-54827/>>. Acesso em: 02 set. 2020.

CARVALHO, Lucas. *Após críticas, WhatsApp adia prazo para público revisar novos termos*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/01/15/whatsapp-adia-prazo-para-usuarios-revisarem-nova-politica-de-privacidade.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

COUTINHO, Dimitria. *Julgamento de bloqueio do WhatsApp é adiado no STF; veja o que já foi discutido*, de 28 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://tecnologia.ig.com.br/2020-05-28/julgamento-de-bloqueio-do-whatsapp-e-adiado-no-stf-veja-o-que-ja-foi-discutido.html>>. Acesso em: 02 set. 2020.

FABRO, Clara. *6 anos da compra do WhatsApp pelo Facebook: o que mudou desde então*, de 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/listas/2020/02/6-anos-da-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-o-que-mudou-desde-entao.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2020.

FRANÇA, Patrick. *A Validade dos Negócios feitos pelo “Whatsapp”*, de 26 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://afranca.adv.br/a-validade-dos-negocios-feitos-pelo-whatsapp/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

IZO, Leticia da Silva. *A relação de consumo entre o usuário e os aplicativos de redes sociais*, de 28 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://depaduaadvogados.com.br/Publicacoes/relacao-consumo-aplicativos-redes-sociais/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

LEONI, Felipe Carteiro Moreira. *Há risco de vazamento de dados em pagamento do WhatsApp*, de 16 de junho de 2020. Disponível em: <<https://inforchannel.com.br/ha-risco-de-vazamento-de-dados-em-pagamento-do-whatsapp/>>. Acesso em: 02 set. 2020.

MIRANDA, Maria Bernadete. *Relações de consumo celebradas pela internet*, de 17 de maio de 2017. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/relacoes-de-consumo-celebradas-pela-internet/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

MONTENEGRO, Paulo. *Suspensão do WhatsApp e outros serviços gera prejuízo milionário no Brasil*, de 24 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.tudocelular.com/android/noticias/n81046/suspensao-whatsapp-prejuizo-milionario-brasil.html>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

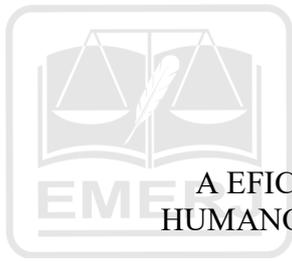
PINTO, Paulo Cesar. *Relações de Consumo: Havendo um fornecedor, um consumidor e um produto fornecido ou serviço prestado por esse fornecedor a esse consumidor, haverá relação de consumo. Havendo relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, não havendo relação de consumo aplica-se o Código Civil, de 28 de Fevereiro de 2013*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7852/Relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 16 out. 2020.

ROHR, Altieres. *Sem agência de proteção de dados, 'megavazamentos' evidenciam custo de atraso da lei no Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2021/01/28/sem-agencia->



de-protecao-de-dados-megavazamentos-evidenciam-custo-de-atraso-da-lei-no-brasil.ghtml>.
Acesso em: 24 fev. 2021.

SERPRO. *O que muda com a LGPD.* Disponível em:
<<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd>>. Acesso em: 02 set.
2020.



A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNO BRASILEIRO QUANTO ÀS REPARAÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS

Carolina Albuquerque Araujo

Graduada pela Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO. Advogada.

Resumo – Os direitos humanos e a sua proteção têm ganhado elevado status no estudo do direito interno e no direito internacional, principalmente com a presença e a sujeição de vários países da América Latina ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. É necessário entender como um Estado pode ser considerado inteiramente responsável por violações de direitos Humanos e como se dá a eficácia das condenações proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso de descumprimento por parte do Estado. A essência do trabalho é abordar essa problemática de ineficácia das sentenças quanto às reparações de caráter não pecuniário e apontar como ela se dá na realidade prática e que possíveis mecanismos poderiam garantir uma maior efetividade das sentenças como um todo.

Palavras-chave – Direitos Humanos. Direito Constitucional. Eficácia.

Sumário – Introdução. 1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a eficácia de suas sentenças. 2. As sanções políticas internacionais e a real coercibilidade no cenário brasileiro. 3. Análise sobre possíveis mecanismos garantidores da eficácia e a viabilidade de sua aplicação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Se por um lado, as sentenças da CIDH trazem um encerramento às discussões sobre responsabilização do Estado como agente violador de direitos humanos, por outro, é justamente no pós-condenação que surge um novo questionamento. A pergunta é se há uma real efetividade dessas sentenças quando inseridas e executadas no âmbito interno brasileiro, ou seja, se as medidas de reparação estipuladas pela Corte são devidamente cumpridas.

O presente artigo científico tem por objetivo discutir e analisar a eficácia das sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no âmbito interno brasileiro quanto às reparações de cunho não pecuniário, ou seja, a tomada de ações, obrigações de fazer.

A grande importância do tema nos aspectos social e jurídico trata-se da ausência de mecanismos com um poder maior de coerção ao *mandamus*, ou até mesmo de um sistema próprio que determine o cumprimento das obrigações de fazer quando impostas. Trata-se de uma continuidade de violações de direitos humanos sofridos pelos mais diversos setores da

sociedade ao continuar sem uma efetiva prestação jurisdicional, tanto em nível nacional como internacional.

Em qualquer sistema jurídico, independentemente do tamanho de sua abrangência, é no mínimo lógico que hajam instrumentos que dêem alguma coercibilidade e eficácia aos seus mandamentos. Porém, em nível internacional, não há um ente que possua um “poder punitivo” que possa atingir diretamente àqueles que se mantêm inertes.

Ainda que a CIDH estabeleça sanções de cunho político internacional para que se respeite a sua condenação, é um tanto incerto até que ponto essas sanções se mostram suficientes para demoverem o país da prática de seus atos ilícitos, respeitando a função social das condenações à ele impostas.

O primeiro capítulo deste artigo inicia contextualizando o que são as sentenças da CIDH e como deveria se dar a sua eficácia e em que termos ela se dá na realidade brasileira, objetivando analisar os mecanismos disponíveis para promover a efetividade e até que ponto a sua execução se garante, se em patamar parcial ou total.

Segue-se então para a discussão, no segundo capítulo, sobre as sanções políticas internacionais que podem ser impostas pela CIDH em caso de não cumprimento. Pretende-se analisar até que ponto elas se mostram eficazes em fazer valer as determinações da CIDH, especialmente sobre as reparações não pecuniárias da sentença.

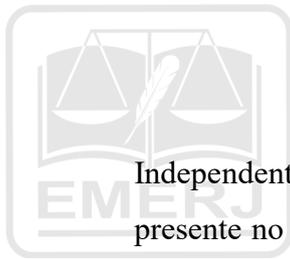
O terceiro capítulo tem como foco a pesquisa sobre possíveis mecanismos que possam vir a garantir a eficácia das sentenças condenatórias quando até as sanções políticas se mostram inefetivas, e analisar a viabilidade de sua aplicação no mundo prático.

A pesquisa é desenvolvida pelo método de pesquisa bibliográfica, comparada e de estudo de caso, uma vez que a pesquisadora pretende analisar o legado deixado pelas diversas condenações do Brasil pela CIDH, mais especificamente no desenrolar do pós-condenação baseada na jurisprudência internacional cabível e doutrina.

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

1. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA DE SUAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS.

Para aqueles que estudam o direito, é de conhecimento comum que o cometimento de um ilícito gera a devida e respectiva responsabilidade para aquele que o comete.



Independentemente se subjetiva ou objetiva, a responsabilidade civil e criminal está sempre presente no direito interno. Entretanto, um aspecto de menos difusão, é como essa matéria se dá no direito internacional, especialmente em relação à figura do Estado, o país como um todo. E sim, apesar da descrença e desconhecimento, é possível que um país, e não apenas uma parte sua integrante, possa ser responsabilizado. Segundo Salcedo¹, todo comportamento atribuível a um Estado, seja por ação ou omissão, gera a responsabilidade internacional do Estado em questão, desde que o Direito Internacional o entenda como ilícito

Mais especificamente, quando se trata de um Estado signatário de um tratado internacional que verse sobre direitos humanos e as suas respectivas violações, é como se o Estado devesse esclarecimentos à comunidade internacional sobre o ocorrido em seu território, pois se obrigou tanto a não violar os direitos humanos ali elencados, quanto a garantir esses direitos tutelados. Nesse caso, a manifestação sobre a existência ou não de responsabilização do Estado é de competência dos órgãos jurisdicionais internacionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH é o órgão jurisdicional que compõe a estrutura do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos – SIDH, sistema de proteção de âmbito regional criado pela Organização dos Estados Americanos – OEA em 1969 por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Cabe à Corte conhecer casos contenciosos referentes aos Estados integrantes do SIDH, que expressamente reconheceram sua competência e aceitaram sua jurisdição, como fez o Brasil em 1998 e em 2002.

Em caso de reconhecimento dessa responsabilidade, cabe à Corte sentenciar os casos a ela apresentados e determinar a implementação de medidas que visam à restauração dos direitos violados (retorno ao *status quo ante* ou *resutio in integrum*), bem como buscam a garantia de não violação. Essas medidas podem se dar das mais diversas formas a depender do caso, mas de maneira geral envolvem tanto reparações de cunho pecuniário como indenizações, quanto reparações não pecuniárias, como a imediata interrupção da conduta considerada ilícita, implementação de políticas públicas sociais, determinação de investigações e etc.

O grande objetivo desse sistema internacional de proteção é que os direitos humanos sejam preservados e que se evite a perpetuação de violações a qualquer nível, e que haja uma mudança de comportamento e da visão do Estado sobre os direitos humanos em suas políticas, sua legislação, sua administração e, inclusive, em seu poder judiciário.

¹ SALCEDO apud GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 94.

Para isso a própria Convenção Americana, em seus artigos 67 e 68², concedeu às sentenças da Corte efeito vinculante, ou seja, devem ser cumpridas de forma integral e imediata pelos Estados Partes. Logo, a natureza das sentenças da CIDH é obrigacional.

O grande problema que surge é que apesar de essa sentença internacional ter natureza obrigacional, ela por si só não possui nenhum sistema ou mecanismo do qual se possa valer para ter coercibilidade e maior eficácia quando trazida ao âmbito interno. O que há é um poder genérico da Assembleia Geral da OEA (art. 65 da CADH)³ de supervisão sobre o cumprimento das medidas impostas, não havendo formas concretas que assegurem a execução da sentença em sua totalidade.

É importante esclarecer que a sentença proferida pela CIDH, ainda que seja uma sentença proferida por um órgão externo a estrutura e ao ordenamento jurídico brasileiro, é uma sentença internacional e não estrangeira. É uma diferenciação necessária, pois, em termos de execução e eficácia, possuem aspectos muitos distintos.

Segundo Mazzuoli⁴, sentenças estrangeiras são aquelas proferidas por um tribunal afeto à soberania de um determinado Estado, ou simplesmente aquela que não é nacional. Para essas, há sim um procedimento específico para o seu cumprimento previsto expressamente no ordenamento nacional, no art. 105, I, alínea i da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88⁵ e nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil – CPC/2015⁶.

Já as sentenças internacionais são aquelas proferidas pelos órgãos jurisdicionais internacionais, como a CIDH; logo, elas não se submetem a soberania do Estado que a “recebe”, mas sim integram o sistema jurídico pátrio em si, pois foi uma escolha soberana do Estado acordar com as regras consensualmente impostas na Convenção Americana.

O que se pode refletir então é que as sentenças da Corte são internacionais devido à sua origem, ao seu órgão de criação, mas quando defronte ao seu aspecto executório no âmbito nacional, ela deveria ser encarada analogamente a uma sentença judicial nacional, pois

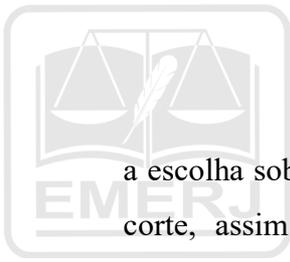
² COSTA RICA. *Pacto de San José de Costa Rica*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

³ Ibidem.

⁴ MAZZUOLI apud LINDBERG, Mariana de Almeida. *Eficácia das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de decisões da Justiça Brasileira*. 2013. p. 8. 25f. Artigo Científico (Pós-graduação *latu sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.



a escolha soberana do Estado ao assinar o tratado e reconhecer a competência e jurisdição da corte, assim a fez. Mas a realidade fática é que ela não é assim considerada e sua coercibilidade e eficácia se distanciam muito da teoria.

Olhando para o cenário brasileiro, o país (aqui considerado o Estado Brasileiro como um todo, não só o governo vigente) já foi condenado pela CIDH várias vezes, e por diferentes casos de violações a direitos humanos. E na realidade prática, o que se vê é o adimplemento de medidas de cunho pecuniário, como indenizações às vítimas ou seus familiares, pois envolvem apenas despesas no orçamento do Estado, que facilmente são executadas como título executivo judicial contra a Fazenda Pública.

Porém, as mudanças reais e mais efetivas, que a própria sentença objetiva, dependem de mudanças na legislação, implementações de políticas sociais, necessitando de mobilização dos Poderes da República e dos mais diversos setores da sociedade. Além de uma demanda de esforço, tempo, planejamento, custeio e fiscalização. Aspectos que, infelizmente, a depender de uma ação voluntária dos governantes, acabam por cair em um limbo de ineficácia. Antônio Augusto Cançado Trindade avalia:

[...] a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial às que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação dos responsáveis – imprescindíveis para por fim à impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo).⁷

Essa inação do poder público somada a ausência de um procedimento próprio, seja da CADH ou do ordenamento jurídico brasileiro, que determine o cumprimento das obrigações de fazer impostas só cria a oportunidade de se ignorar a sentença da Corte.

Um exemplo casuístico da ineficácia das sentenças da Corte é o *caso Julia Gomes Lund e outros VS. Brasil*, comumente conhecido como o caso da Guerrilha do Araguaia⁸. Trata-se do caso de desaparecimento forçado de civis envolvidos no movimento guerrilheiro em oposição ao regime ditatorial brasileiro instaurado em 1964. Determinações como condução eficaz de investigação penal perante a jurisdição interna, ato público de

⁷TRINDADE apud PIOVESAN, Flávia. O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 71.

⁸ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2021.



reconhecimento de responsabilidade internacional, estabelecimento de curso permanente e obrigatório sobre Direitos Humanos para as Forças Armadas, tipificação do delito de desaparecimento forçado, até o presente momento se encontram pendentes de cumprimento.

Outro bom exemplo dessa desconsideração com as recomendações da CIDH é o fato de ainda estar em pleno vigor no Brasil a Lei 6.683/79⁹, a famosa Lei da Anistia, enquanto a referida corte tem opinião enfática sobre vigência de leis de “auto-anistia”, sendo consideradas pela mesma, nas palavras de Flávia Piovesan, como uma perpetuação da impunidade, um cenário propício a uma injustiça continuada e um impedimento ao direito à verdade¹⁰.

É a partir dessa estagnação dos Estados-membros já condenados, como o Brasil, que surge o questionamento sobre a real necessidade de um mecanismo de coercibilidade mais efetivo na busca pelo real e total cumprimento das determinações das sentenças da Corte.

2. AS SANÇÕES INTERNACIONAIS POLÍTICAS E SUA COERCIBILIDADE

As sanções internacionais aparecem neste momento como uma luz para elucidar o questionamento quanto a real eficácia das sentenças da CIDH. Resta saber até que ponto estas cumprem a sua função. Segundo o próprio Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 68, as decisões proferidas pela Corte Interamericana devem ser cumpridas de maneira voluntária pelo Estado condenado, ou seja, deve haver uma atitude espontânea do Estado-membro para que este aja conforme os ditames da decisão.

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.¹¹

No caso de descumprimento das determinações da sentença, o próprio tratado tentou proteger a eficácia das sentenças da Corte e previu, em seu artigo 65, que em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior deve ser submetido à

⁹BRASIL. *Lei Ordinária nº 6.83/1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm.> Acesso em: 28 mai. 2021

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 64.

¹¹ COSTA RICA. Op. cit. nota 8.



Assembleia Geral da OEA, e de maneira especial indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Artigo 65

A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.¹²

Aqui se está diante de uma sanção internacional de natureza política: levar a conhecimento da organização internacional quais são os países que perpetuam as violações aos direitos humanos na América Latina. O que, em tese, serviria como incentivo ao cumprimento das condenações, uma vez que figurar como um país desrespeitoso aos direitos humanos seria fator vexaminoso frente à comunidade internacional, manchando a reputação do Estado, e o que faria pressão sobre o Estado condenado por meio dos demais Estados-membros, para o retorno ao status *quo ante*. Frise-se que esta é a única sanção prevista no pacto, não se vislumbrando qualquer outro tipo de punição àqueles que desrespeitam a Corte e suas determinações.

Em verdade, esse incentivo se mostra muito mais teórico do que prático. Ainda que um Estado seja classificado como violador dos Direitos Humanos, de muito pouco vale essa alcunha, se na realidade, ela não impede o Estado de continuar sua conduta ilícita. Ainda que cause danos ao nome e a imagem do país, a efeitos práticos, caracterizá-lo como inadimplente no cumprimento das obrigações da sentença, por si só não garante a efetividade da mesma. Especialmente quanto às reparações não pecuniárias impostas ao Estado-membro, já que, como já dito, demandam mudanças em âmbito legislativo, promoção e implementação de políticas públicas e participação da sociedade.

Logo, o que se analisa é que mesmo com a previsão de uma sanção política dentro do próprio pacto, esta não é suficientemente eficaz na busca da coercibilidade dos *mandamus* da sentença. Fazendo uma comparação com o direito interno brasileiro, de que valeriam as sentenças declaratórias da existência de uma obrigação, seja de dar ou fazer, se não tivéssemos os procedimentos de execução e cumprimento de sentença? A prestação jurisdicional tão necessária estaria incompleta. Assim se encontra a proteção dos direitos humanos no cenário brasileiro, com uma prestação jurisdicional incompleta, ineficiente.

Há que se reconhecer que com o passar dos tempos, o país tem se esforçado a cumprir as obrigações a que foi condenado, entretanto, esse esforço, principalmente no seio

¹² Ibidem.



legislativo e executivo, ainda não gerou um avanço tão significativo a ponto de se ver uma mudança estrutural em relação à visão dos direitos humanos, seja pelas autoridades, instituições ou pela própria sociedade. Nesse sentido Luísa Victor Kukuchi D'Avola ressalta:

[...] com relação ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana no âmbito das responsabilizações penais e de reestruturação de medidas legislativas é que se encontra a maior debilidade do sistema interamericano. Os percentuais de não cumprimento alcançam números altíssimos, sendo a taxa de 92% de não implementação das medidas legislativas e 89% de não implementação da investigação de fatos que levaram à violação e por consequência a punição dos responsáveis.¹³

Em meio a esta análise um tanto mais profunda e mais atenta a esses “pontos soltos” – se assim pode-se chamá-los – deixados pelo próprio Pacto e pelo nosso ordenamento jurídico quanto as reparações não pecuniárias, o que fica é a impressão de que temos não só uma prestação jurisdicional ineficiente, mas também um tanto paradoxal em relação a proteção de direitos humanos.

Sim, paradoxal, pois criar todo um sistema de proteção em escala internacional, condenar um Estado-membro por violações de direitos humanos, impor a ele as sanções permitidas, mas ainda assim, no caso de descumprimento não poder se fazer valer de nenhum ato sancionatório além de apontá-lo como inadimplente frente a comunidade internacional, em verdade, é o mesmo que correr em círculos. Se está de volta ao mesmo lugar do início.

Esta ausência de mecanismos mais coercitivos cria um círculo vicioso, que acaba por nos direcionar a um sentido contrário ao dos objetivos do sistema. O que se almejava com a condenação era a proteção dos direitos humanos, a restauração dos direitos violados e a busca pela garantia de não violação.

Contudo, no final o que se obtém é um sentimento de impunidade frente a inadimplência e inação dos Estados-membros, que só resulta na perpetuação das violações desses direitos. Acaba por deixar “escapar por entre os dedos” aqueles que por tempos desrespeitaram e ainda desrespeitam os direitos de seu próprio povo. Nesse sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, na posição de ex juiz da própria Corte declara: “A omissão ou

¹³ D'AVOLA, Luisa; KUKUCHI, Victor. O sistema interamericano de Direitos Humanos e o impacto de suas decisões no âmbito doméstico: caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 219-233.



recusa das autoridades públicas de executar uma sentença internacional constitui uma denegação do acesso a justiça (a níveis tanto nacional como internacional).”¹⁴

Talvez a esta altura, surja o argumento de impossibilidade de ação mais enérgica por parte da Corte em relação ao país inadimplente, frente à soberania dos Estados. Mas tal argumento não deve se sustentar, uma vez que o próprio Estado, munido de sua soberania, concordou em se submeter a tal crivo em nível internacional quando assinou e ratificou o Pacto e reconheceu a jurisdição da CIDH. O país concordou em ficar obrigado a reconhecer e respeitar os direitos ali descritos, na forma descrita e aceitou ser julgado e condenado por qualquer violação. Inclusive, o maior exemplo dessa aceitação por parte do país é que o Brasil reconhece a sua subjeção a jurisdição dos tribunais internacionais penais a que o país tenha manifestado adesão, na própria Constituição em seu artigo 5º, parágrafo §4º¹⁵.

Além do fato de que, especificamente no caso do Brasil, quando ratificado um novo tratado internacional versando sobre direitos humanos, o mesmo se torna parte integrante do ordenamento jurídico interno, conforme o §3º do artigo 5º da CRFB¹⁶ inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2009¹⁷. Logo, não há que se falar em ferimento à soberania do Estado-membro.

Como se pode ver, a sanção internacional de cunho político foi um primeiro passo para a coercibilidade das sentenças internacionais da CIDH, mas ainda não se apresenta como o mecanismo de garantia mais eficaz. Talvez se viesse acompanhada ou fosse combinada com efeitos punitivos um pouco mais contundentes ao Estado, como por exemplo, impedimento de obter benefícios financeiros junto aos bancos e fundos internacionais, poderia alcançar uma maior aderência e obediência, não só às sentenças, mas também aos princípios norteadores do sistema de proteção.

3. ANÁLISE SOBRE POSSÍVEIS MECANISMOS GARANTIDORES DE EFICÁCIA E A VIABILIDADE DE SUA APLICAÇÃO

É mais do que notório o impacto da jurisprudência da Corte na transformação do contexto social, não só do Brasil, mas em toda a América Latina. Mas é também necessário verificar que se está diante de um sistema que está em constante renovação e modificação,

¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2ª. ed. atual. e ampl.. San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p. 85-86.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

pois ainda em sua criação não se tinha como prever a que níveis tão profundos os direitos humanos poderiam e continuariam a ser violados. Possivelmente até por uma postura relutante dos Estados-membros, à época, em sequer falar sobre qualquer tema relacionado a direitos humanos. A professora Flávia Piovesan, em um artigo escreve:

Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado.

... O sistema interamericano rompe com o paradoxo de sua origem. Nascido em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais – seguramente com a expectativa de reduzido impacto por parte dos então Estados autoritários – o sistema se consolida e se fortalece como ator regional democratizante, provocado por competentes estratégias de litigância as sociedade civil em um *transnational network* a lhe conferir elevada carga de legitimação social.¹⁸

Considera-se também que o problema advindo da inércia dos Estados condenados frente as determinações da Corte é uma questão que só poderia ser evidenciada e avaliada com o decurso do tempo, não seria possível prever todos os cenários lá em 1969, quando da criação da Convenção Americana.

Diante disso, imaginava-se que a condenação de um Estado-membro poderia ser o mais alto grau de reconhecimento de um país como responsável por um ilícito de tamanha gravidade. Mas, tanto à época quanto hoje, ainda não se prestou atenção que o simples reconhecimento e condenação ainda não sejam suficientes, pois as sentenças da CIDH ainda não são eficazes por si só. Em um paralelo ao direito penal, a condenação ainda não é suficiente à reparação do ilícito cometido enquanto não executada a pena.

A discussão já superou o âmbito da ineficácia das sentenças pelo mero inadimplemento e também já saiu da seara das sanções políticas internacionais, devido a sua pouca coercibilidade. Agora a análise a que esse artigo científico se propõe é adentrar em outro questionamento: que outros mecanismos então poderiam ser utilizados para que a eficácia das reparações não pecuniárias tivesse maior garantia?

É importante perceber que esse novo questionamento é o ponto de partida para um debate que ainda passa despercebido pela maioria dos estudiosos dos direitos humanos e do direito Internacional. Enquanto se tem muitos estudos e trabalhos sobre toda a evolução e o legado do Sistema Interamericano, da própria Corte e como as influências do passado

¹⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 51 e 73.



ajudaram a construir o cenário atual do respeito aos direitos Humanos e da tomada de consciência sobre sua importância, ainda não se vê discussões sobre o futuro da proteção aos direitos humanos.

Nesse ponto, uma opinião surge como uma luz para esse novo questionamento. Cançado Trindade, em sua obra sobre o futuro da Corte Interamericana¹⁹ surge com proposições de Reformas à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em que se objetiva incorporar ao texto da convenção o progresso regulatório feito pela CIDH.

Dentre as várias propostas feitas pelo autor, duas parecem muito promissoras: a primeira propõe que para assegurar o monitoramento contínuo do cumprimento de todas as obrigações convencionadas, em particular das sentenças da Corte, deveria ser acrescentado ao art. 65 da Convenção Americana²⁰ que a Assembleia Geral remeterá ao Conselho permanente os casos de descumprimento, para apreciação e realizará um relatório para que a Assembleia Geral delibere a respeito. A segunda propõe que deve ser acionado ao final do artigo 68 um terceiro parágrafo prevendo que, em caso de não haver procedimento interno que assegure a fiel execução das sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos, que o Estado Parte se comprometa a estabelecê-lo.

A primeira proposição descrita pode ser considerada uma inovação no funcionamento do próprio Sistema Interamericano como um todo, porque complementar a característica apenas vexaminosa das sanções políticas previstas na Convenção, e no momento em que fosse possível o mais alto órgão da OEA (o Conselho Permanente) deliberar sobre a situação de descumprimento exposta, daria um poder coercitivo maior ao sistema de proteção como um todo.

A segunda proposição, de que seja incluída na Convenção a obrigatoriedade de criação de um procedimento interno por cada Estado membro em seu âmbito interno para conferir eficácia na execução das sentenças é a que se mostra mais benéfica, especialmente no caso brasileiro, porque, como já discutido nesse artigo, um grande problema no cenário brasileiro é a ausência de um mecanismo, seja ele de cunho legislativo ou executivo, garantidor da eficácia das determinações contidas nas sentenças dos casos em que o país foi condenado.

Seria proveitosa a criação de um sistema que se integre de mecanismos que têm como função precípua dar cumprimento a todas e quaisquer determinações impostas pela Corte. Assim como há na legislação brasileira conjuntos de determinações de procedimento para as ações judiciais internas e a devida execução das sentenças judiciais (como o Código

¹⁹ TRINDADE, op. cit., p. 85-86.

²⁰ COSTA RICA, op. cit.



de Processo Civil, Código de Processo Penal, Código de Processo Penal Militar, e Consolidação das Leis Trabalhistas, por exemplo), o mais benéfico para todas as partes envolvidas, seria a regulamentação de procedimentos, prazos e fiscalização sobre as ações que o país deve desenvolver.

Seguindo a lógica proposta por Cançado Trindade em sua obra²¹, e indo um pouco mais além na realidade fática, seria benéfico haver um sistema com estipulação de mecanismos de fiscalização mais incisivos, como por exemplo, a previsão de criação de uma comissão a cada vez que o país fosse condenado novamente pela CIDH. O objetivo seria a fiscalização do cumprimento e implementação de cada determinação contida na condenação.

Como já dito, a CIDH já faz relatórios anuais sobre o adimplemento de cada país referente a seus julgamentos. Mas aqui, ao invés de termos apenas um só órgão cuidando de vários casos de condenação de vários países, dedicando um ou dois dias de cada período de sessões, estaríamos falando de uma comissão específica para cada julgamento de um só país, o Brasil.

Não seria usurpar a competência da própria Corte em monitorar o fiel cumprimento de suas decisões, mas seria a uma forma complementar de acompanhamento da situação de violação de direitos humanos. Ademais, seria uma forma de dar concretude ao disposto no art. 68, parágrafo 1 da Convenção Americana.

Uma legislação regulamentadora do cumprimento das sentenças no ordenamento jurídico interno, com todos os aspectos mencionados traria, não só para o Estado brasileiro, mas também para as vítimas ou familiares destes, mais segurança jurídica sobre a restauração dos direitos que foram violados, o retorno ao *status quo ante*. Além de que ficaria evidente perante a Corte e a comunidade internacional o esforço e a vontade do Brasil de compatibilizar não só o seu sistema legislativo, mas também todo o seu trato administrativo e diplomático com os princípios do SIDH. Ademais, a probabilidade da continuidade da situação de violação de direitos seria reduzida, e haveria uma prevenção para a sociedade brasileira de novas condutas violadoras.

Contudo, ainda que tudo pareça muito promissor, uma observação deve ser feita. Ainda que com as melhores intenções, a proposição de retificação e complementação do texto original do Pacto de São José da Costa Rica, pode ter um risco de não aceitação, pois qualquer alteração no corpo textual de um tratado internacional, seja qual for, necessitaria da aprovação

²¹ TRINDADE, op. cit., p. 85-86.



pelos Estados signatários, além de que, ainda que aprovada a alteração, o documento anexo ao tratado prevendo as novas medidas teria que ser ratificado no âmbito interno.

CONCLUSÃO

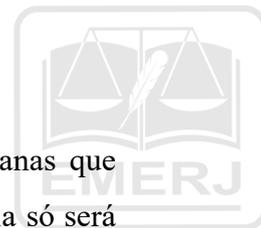
O presente artigo constatou, como problemática essencial, que a Convenção Americana, apesar de toda a sua importância a nível internacional na proteção dos direitos Humanos e de todo avanço histórico na busca pela promoção desses direitos, ainda não conseguiu proteger totalmente a eficácia das sentenças proferidas pela Corte Interamericana.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora é que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por si só não conseguem promover a eficácia das determinações contidas em seu corpo, especialmente aquelas referentes às reparações de caráter não pecuniário, devido a sua falta de coercitividade, e conseqüentemente, eficácia.

Sobre à questão que se propôs a analisar ao longo do segundo capítulo, a de verificar se as sanções políticas internacionais previstas pela própria Convenção Americana eram suficientes à função de trazer eficácia às referidas sentenças, esta pesquisa chegou ao entendimento de que, infelizmente, as sanções internacionais tem um funcionamento maior no campo teórico do que na realidade fática. O caráter essencialmente “pedagógico” – se não puder ser chamado de vexatório internacionalmente – das sanções políticas internacionais previstas não garantem o fiel cumprimento das sentenças da Corte e não possuem um atributo coercitivo que garanta o desfazimento da situação de violação de direitos humanos ou que previna o acontecimento dessas situações.

Quanto à análise proposta no terceiro capítulo, a pesquisa demonstra, mediante o uso da doutrina internacional pertinente ao tema, que é possível sanar o problema da ineficácia das sentenças condenatórias da CIDH quanto às recomendações de caráter não pecuniário, desde que haja uma disposição do próprio SIDH para uma abordagem mais incisiva nas condições de participação dos Estados no próprio sistema, por meio de reformas no texto da Convenção Americana, trazendo possíveis mecanismos garantidores de uma maior eficácia e comprometimento dos países signatários em dar o fiel cumprimento às determinações.

Por fim, mais do que nunca mostra-se impreterível a necessidade de mudanças no cenário internacional (mais especificamente no campo latino-americano) quanto ao combate ao desrespeito aos direitos humanos, pois estes ultrapassam qualquer fronteira ou nacionalidade, ao tratar-se da reverência à mais simples condição da vida humana, a dignidade. É imprescindível inovar ao tratar a problemática da ineficácia das sentenças da



Corte. Diante de uma observação histórico-evolutiva das sociedades latino-americanas que compõem atualmente a OEA, esta pesquisadora conclui que esse tipo de providência só será possível mediante duas vias: uma atuação do próprio país, por meio de uma conduta mais flexível ao debate de proteção dos Direitos Humanos e na sua vontade de se integrar ao preceitos do SIDH, ou por uma atuação do próprio SIDH, por meio de uma conduta mais severa com os Estados Membro que insistem em se manter inertes frente as suas condições de violadores dos direitos humanos nas mais diversas situações já verificadas e julgadas.

Esta pesquisadora percebe a última via como a que se mostra mais propícia aos resultados desejados sobre a eficácia das sentenças da Corte, devido a uma mudança de postura conferindo uma maior autonomia e imposição do SIDH quanto aos seus princípios e proposições contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Se o SIDH conseguiu enfrentar e superar com sucesso o paradoxo de sua origem, o artigo mostra que é possível para o sistema enfrentar e superar o paradoxo da ineficácia da sentença da Corte Interamericana no momento da pós-condenação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

_____. *Lei Ordinária nº 6.683/1979*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm> Acesso em: 28 mai. 2021.

COSTA RICA. *Pacto de San José de Costa Rica*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em: 28 mai. 2021.

D'AVOLA, Luisa, Victor Kukuchi. O sistema interamericano de Direitos Humanos e o impacto de suas decisões no âmbito doméstico: caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 219-233.

LINDBERG, Mariana de Almeida. *Eficácia das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de decisões da Justiça Brasileira*. 2013. 25f. Artigo Científico



(Pós-graduação *latu sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013.

MAZZUOLI apud LINDBERG, Mariana de Almeida. *Eficácia das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de decisões da Justiça Brasileira*. 2013. 25f. Artigo Científico (Pós-graduação *latu sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

_____. O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 64.

SALCEDO apud GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2ª Ed atualizada e ampliada. San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Direitos Humanos e ACNUR, 2004, p. 85-86.

_____ apud PIOVESAN, Flávia. O impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 71.

UMA ANÁLISE DO DIREITO À LIBERDADE DE CÓPIA NA MODA NO DIREITO BRASILEIRO

Carolina Cabral de Andrade

Graduada pela Faculdade Cândido Mendes Centro - UCAM. Advogada. Pós Graduada em Processo Civil pela PUC-RJ.

Resumo – o presente trabalho procura estabelecer o paradoxo entre a liberdade de cópia e a sua falta de proteção, especificamente no campo da moda brasileira, já que se observa que os prazos já existentes nas legislações do país não são adequados a esse mercado. Levando o questionamento mais além, haveria no ordenamento jurídico brasileiro uma lacuna e uma inexistência de proteção legal para a criação de moda? Esses questionamentos serão abordados e problematizados neste artigo científico, onde se tentará esclarecer que a cópia é sim importante, mas ela demanda prazos legais exequíveis e cabíveis, existindo uma lacuna na legislação, que carece de proteção específica: a moda como um direito.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Propriedade Intelectual. Direito da Moda. Cópia. Prazos. Incompatibilidade.

Sumário – Introdução. 1. O que é o Direito da Moda? 2. Qual o limite da cultura da cópia nas criações de moda no Brasil? 3. Por que os prazos legais existentes são incompatíveis com o Direito da Moda? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura questionar a liberdade da cópia no Brasil, especificamente no campo do *design* de moda, abordando a inadequação dos prazos, tanto no Direito Autoral quanto no desenho industrial e, como consequência dessa inadequação, a possibilidade de “aberturas” para eventuais cópias.

O Direito da Moda sempre foi, e ainda hoje é, ignorado pelo meio da moda, assim como pelo meio jurídico, que insistem em contemplá-lo apenas como extensão de outras disciplinas. A Moda é um fenômeno social, assim como o Direito, e para que se possa analisar o direito à liberdade de cópia no Direito da Moda, objeto do presente estudo, é necessário entender melhor a natureza do que é o Direito da Moda, em si.

É importante mencionar que, socialmente, a moda sempre foi vista apenas como um simples ato de se vestir. Contudo, o Brasil é o país que possui a maior cadeia produtiva completa do ocidente, nesse campo.

Isso significa que ele é capaz de produzir desde a matéria prima até a revenda ao consumidor final, passando por diversos processos fabris, gerando milhares de empregos e



movimentando a economia, de forma substancial. Só em 2019, o faturamento da cadeia têxtil e de confecção brasileira foi de \$48,3 bilhões, segundo a Abit, a Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção.

Da mesma forma, juridicamente, o Direito da Moda sempre foi negligenciado no meio acadêmico, por ser entendido como algo superficial, embora esteja presente em todos os ramos do Direito, possuindo uma natureza jurídica multidisciplinar ou mercadológica.

No entanto, esse tema é tão atual, e ao mesmo tempo carente de proteção, que foi necessária a criação de um termo para este setor de proporções infundáveis: “*Fashion Law*”, ou Direito da Moda, em inglês. Esse termo foi criado, em 2006, por Susan Scafidi, advogada norte-americana, professora da Fordham University e fundadora do “*Fashion Law Institute*”.

A presente pesquisa justifica-se face da inadequação dos prazos legais nas legislações brasileiras específicas, principalmente quando no tocante ao *design* de moda, acarretando no constante uso de “empréstimos” legislativos que, por serem oriundos de legislações não voltadas ao Direito da Moda, acabam por serem inadequados.

Como será visto adiante, o Brasil possui legislações esparsas que podem ser aplicadas para proteger uma criação de moda. Entretanto, por não terem sido formuladas para isso, elas acabam por mitigar vários aspectos, criando lacunas e inconsistências.

No primeiro capítulo é feita uma explicação do que consiste o Direito da Moda. O *Fashion Law*, ou Direito da Moda, se propõe a estudar diversas áreas do Direito, possuindo uma natureza jurídica multidisciplinar ou mercadológica.

Esse ramo, embora relativamente novo, não deixa de ter grande importância jurídica, uma vez que lida diariamente com diversos conflitos relacionados aos direitos do trabalho, tributário, ambiental e de cópias, entre outros. Inclusive, o mercado da moda foi considerado pela Associação Brasileira de Indústrias Têxtil e de Confecções como o segundo maior gerador de empregos no Brasil.

Em um segundo momento, se faz uma análise de qual é o limite da cultura da cópia nas criações de moda no Brasil. A cópia é importante para a moda. Entretanto, existem limites que devem ser estabelecidos justamente para que a cultura da cópia não passe a desmotivar os criadores do *design* de moda, que investem em suas criações e em suas marcas, intelectual e financeiramente, para estas obter lucro e provento financeiro.

Se explicará que o *design* de moda possui valor patrimonial e por isso é protegido pelo direito da propriedade intelectual. Entretanto, é preciso entender que a cópia é, ao mesmo tempo, mola propulsora da moda. Daí entra-se na discussão do próximo capítulo, onde sustenta-se a incompatibilidade dos prazos atuais com o *design* de moda.



Por fim, no terceiro e último capítulo, como dito acima, questiona-se os prazos legais existentes nas legislações atuais e sua compatibilidade com o Direito da Moda. O Direito da Moda não possui nenhuma legislação específica como códigos, leis ou artigos. Constatou-se, portanto, uma lacuna legislativa em relação a esse novo ramo mercadológico e prazos demasiadamente longos, que engessam a criação.

As proteções previstas nas legislações são muito restritivas quando se trata de artigos de moda. Elas restringem a possibilidade de cópia por um tempo muito longo, colocando a própria moda em ameaça. Parece paradoxal, mas a cópia é a mola propulsora da moda.

A metodologia adotada neste trabalho consiste na pesquisa bibliográfica, a partir do uso da técnica do fichamento, mais especificamente do método clássico adaptado.

O desenvolvimento desta pesquisa se dá com base em material já elaborado, constituído por livros, revistas de Direito e artigos de internet. Para aprimorar o estudo, são analisadas, também, outras fontes, tais como leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e julgados dos Tribunais.

Mostra-se importante e pertinente o enfrentamento do tema, que se coloca como atual e relevante, uma vez que a tendência, face a globalização e as redes sociais, ao “veja agora, compre agora”, é o aumento das cópias, sendo cada vez mais necessário uma proteção adequada ao direito de criação do *design* de moda. No entanto, há que se ponderar sempre que a cópia é a mola propulsora da moda.

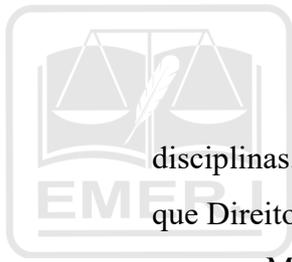
No mais, o ordenamento jurídico brasileiro poderia se espelhar nos exemplos do Direito Comparado e adequar os prazos quando se tratar de artigos de moda.

1. O QUE É O DIREITO DA MODA?

Inicia-se o primeiro capítulo deste artigo científico com a seguinte afirmação, retirada de Gilberto Mariot¹: “Poucos especialistas em Moda conseguem enxergar imediatamente uma relação direta entre Moda e Direito[...]” Infelizmente a moda ainda é considerada um assunto sem importância acadêmica, ligada à superficialidade e futilidade, o que faz com que não seja à toa se destaca uma lacuna de legislações sobre a matéria no meio jurídico.

De fato, pode-se afirmar que o Direito da Moda foi, e ainda é ignorado pelo meio da Moda, assim como pelo meio jurídico, que insistem a contemplá-lo como extensão de outras

¹MARIOT, Gilberto. *Fashion Law: A Moda nos Tribunais*. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2020, [e-book].



disciplinas. Contudo, nas palavras de Gilberto Mariot², “não são poucos os autores que afirmam que Direito e Moda nasceram juntos e percorrem a história de mãos dadas [...]”.

Moda é um fenômeno social, assim como o Direito. Segundo Juliana Oliveira³, “vestir-se é um fenômeno natural presente no comportamento humano desde os primórdios da sua existência. Antropologistas datam de cem mil anos a primeira evidência de vestuários em vestígios humanos [...]”.

Assim, para que se possa analisar o direito à liberdade de cópia no Direito da Moda, objeto do presente estudo, precisa-se entender o que é o Direito da Moda, em si.

O termo Direito da Moda, também conhecido como *Fashion Law*, foi criado em 2006 pela advogada norte-americana Susan Scafidi⁴, professora da Fordham University, fundadora do *Fashion Law Institute* e pioneira ao oferecer um curso sobre o assunto em uma universidade americana.

Susan percebeu a ausência de um ramo específico que abordasse a proteção da Moda pelo Direito, assim como a problemática das cópias no *design* da moda e a falta de proteção pelo Direito norte-americano.

O *Fashion Law* se propõe a estudar diversas áreas do Direito, possuindo uma natureza jurídica multidisciplinar ou mercadológica. Esse ramo, embora relativamente novo, não deixa de ter grande importância jurídica, uma vez que lida diariamente com diversos conflitos relacionados ao Direito do Trabalho, Tributário, Ambiental, de Cópias, entre outros.

Como será visto adiante, o Brasil possui legislações esparsas que podem ser aplicadas para proteger uma criação de moda. Entretanto, por não terem sido formuladas para isso, elas acabam por mitigar vários aspectos, criando lacunas, e inconsistências.

Importante mencionar-se que o mercado da moda, incluindo aqui as confecções, indústrias têxteis e varejo, de acordo com a Abit⁵ (Associação Brasileira da Indústria têxtil e de Confecções), é o segundo maior gerador de empregos no Brasil. A Abit⁶ também afirma que:

[...] os dados apontam que esse mercado pode gerar até 300 mil novos empregos até 2025, mesmo com a crise que tomou conta do Brasil, a indústria da moda é a que mais cresceu nos últimos anos. Esse mercado tem aquecido a economia fazendo com que o país alcançasse o ranking do 6º maior produtor têxtil do mundo, o que representa 3,5% do PIB total brasileiro [...]

²Ibid.

³DOMINGUES, Juliana Oliveira et al. *Fashion Law: o Direito está na Moda*. São Paulo: Singular, 2020, [e-book].

⁴LINO, Larissa Pereira et al. *Fashion Law: o Direito aplicado à moda*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/310653/fashion-law--o-direito-aplicado-a-moda>>. Acesso em: 17 mai. 2021.

⁵DOMINGUES et al., op. cit., nota 3.

⁶Ibid.

Portanto, ainda de acordo com a Abit, pode-se afirmar que o Direito da Moda se mostra de suma importância, já que cuida de um ramo mercadológico que gera cerca de R\$ 135 bilhões de reais, incluindo aqui o faturamento do setor têxtil e de confecções⁷. Em outras palavras, "o setor gera cerca de 1,5 milhão de empregos diretos e oito milhões se adicionar os indiretos e o efeito renda, sendo o segundo maior empregador na indústria de transformação, perdendo apenas para bebidas e alimentos, juntos [...]", como ressaltado pela Abit.⁸

A Abit acrescenta que⁹

[...] O Brasil possui uma particularidade em relação ao mercado de luxo, por ser o país emergente que mais cresce nesse segmento. Em 2010, cerca de 1% do faturamento mundial do mercado de luxo era brasileiro e a estimativa para o ano de 2025 é de 5%, sendo 58% desse público mulheres e 165 mil brasileiros milionários [...]

Deve-se lembrar que a moda possui uma posição de relevância em qualquer sociedade e não pode ser encarada com frivolidade. Ela faz parte do bojo cultural de diversos países e já foi em várias épocas instrumento de posição política, inclusive. Como Cristina Godoy e Kaleo Dornaika¹⁰ ressaltam, "a moda é, reconhecidamente, um dos fatores mais perceptíveis de distinção cultural e uma das características mais marcantes da modernidade [...]"

Portanto, seus fenômenos, como qualquer fenômeno social existente, devem ser regulados por um ramo específico do Direito, e é aqui que o Direito da Moda encontra a sua importância, que é a de regular fenômenos sociais que giram em torno do mercado de criação, produção, *design* e serviços, entre outros. O Direito da Moda permeia diversos ramos do Direito, mas não se pode deixar de mencionar que o ramo do Direito que ainda é mais influenciado por ele é o da Propriedade Intelectual.

Historicamente esse dado é importante, pois foi influenciada pelo excesso de contrafação, ou cópias, nas ruas de Nova Iorque, que Susan Scafidi voltou seus estudos à proteção dos direitos do criador de moda. Assim, "o dinâmico ramo, com farta produção formal e informal, transformou-se em centro de cópias, plágios e disputas, muitas vezes bastante valiosas, que demandam atenção acadêmica [...]", segundo defendem Veronica Lagassi, Leonardo Pessoa e Carla Marshall.¹¹

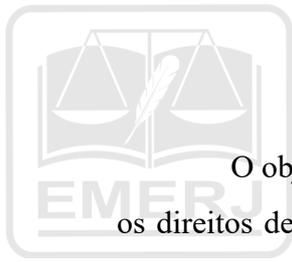
⁷Ibid.

⁸Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo; GUARATY, Kaleo Dornaika. O problema jurídico das cópias no mundo da Moda: buscando as tendências, além das tendências. In: DOMINGUES et al. *Fashion Law: o Direito esta na Moda*. São Paulo: Singular, 2020, [e-book].

¹¹LAGASSI, Veronica;PESSOA,Leonardo;MARSHALL, Carla. *Temas Contemporâneos de Direito Empresarial*. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 155.



O objetivo do Direito da Moda, como ramo autônomo do Direito, é facilitar e proteger os direitos de toda a cadeia produtiva da indústria da moda. Facilitar e auxiliar os estilistas, marcas, empresas e indústrias que trabalham no setor. Contudo, é importante ressaltar que a mola propulsora do Direito da Moda ainda é a proteção da propriedade intelectual, embora essa realidade esteja aos poucos se modificando, como afirmam Veronica Lagassi, Leonardo Pessoa e Carla Marshall¹²:

[...] O mundo jurídico da moda tem como foco abarcar questões da propriedade intelectual, abrangendo situações que ocorrem desde a concepção do produto, seu design, tecnologia e matéria prima envolvidas, modo de confecção até todas as demais etapas necessárias para a venda e entrega do produto ao consumidor final [...]

O *Fashion Law* propõe maneiras de resolução dos conflitos nas mais diversas áreas do Direito, desde a criação do *design* de moda até questões relacionadas às marcas, como a propriedade intelectual. Além disso, ela pode atuar com o Direito Civil, nos contratos, ou com o Direito do Trabalho, quando se fala em contratação de empregados. No entanto, sua maior área de atuação ainda é a propriedade intelectual.

Assim, é importante reconhecer que estudar e solucionar os problemas decorrentes do setor mercadológico que envolve a indústria da moda deve ser encarado, de uma vez por todas, de suma importância, não só para a economia do país, mas também para as inúmeras relações jurídicas que este ramo envolve.

Como dito, o Direito, por ser uma ciência social, assim como a Moda, se torna presente no comportamento humano e, portanto, deve acompanhar sua constante alteração, atualização, e até surgimento de novos ramos, sejam eles acadêmicos ou mercadológicos. A moda não é apenas uma maneira de se vestir, mas também um fenômeno econômico de grande importância para o país.

2. QUAL LIMITE DA CULTURA DA CÓPIA NAS CRIAÇÕES DE MODA NO BRASIL?

Inicia-se esse segundo capítulo com a seguinte afirmação: não há moda sem cópia. A cópia é a mola propulsora da moda. Mas, como questionam Veronica Lagassi, Leonardo Pessoa e Carla Marshall,¹³ “qual é o limite entre uma inspiração e um plágio, por exemplo? [...]” De

¹²Ibid.

¹³Ibid.



acordo com Deborah Portilho¹⁴ “um dos maiores problemas com relação à proteção das criações na Indústria da Moda é a variedade de infrações e de usos indevidos existentes [...]”.

De acordo com a legislação brasileira, a cópia está localizada no ramo do Direito Empresarial, mais especificamente no gênero Propriedade Intelectual. E para que seja possível entender a natureza da cultura da cópia, é necessário compreender um pouco o ramo em que se insere tal instituto, juridicamente. João da Gama Cerqueira¹⁵ explica que:

[...] ao conjunto desses direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, encarados principalmente sob o aspecto do proveito material que deles pode resultar, costuma-se dar a denominação genérica de propriedade intelectual [...]

A propriedade intelectual é considerada como gênero desde a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹⁶. Esse gênero possui duas espécies, de naturezas distintas: a propriedade industrial e os direitos autorais. A tutela da propriedade intelectual no Brasil se desenvolveu com o advento da Constituição Federal de 1988 e da sua adesão aos tratados internacionais, assim como o advento de duas leis: Lei nº 9.279/96¹⁷ e a Lei nº 9.610/98¹⁸.

Pode-se afirmar que as duas espécies do gênero Propriedade Intelectual possuem um elemento agregador muito importante que é o fato de serem produtos da mente e do trabalho humano. E a moda, ou melhor dizendo, a criação do *design* de moda, nada mais é do que um produto da mente do *designer*, o que a faz merecer, portanto, a proteção das leis nacionais e o enquadramento nos direitos de propriedade intelectual.

Nas palavras de Maitê Moro¹⁹, “é importante ressaltar que o que o legislador garante quando protege a propriedade intelectual são direitos de exclusividade. Não se pode confundir esta exclusividade com um monopólio, este só conferido legalmente a atividades [...]”

Os bens que compõem a propriedade intelectual são de extrema importância para o desenvolvimento social e econômico de um país, motivo pelo qual incentivar a criação desses bens é de suma importância para a sociedade, necessitando esta de um sistema equilibrado e eficiente, com proteções adequadas e incentivos para seu desenvolvimento.

¹⁴SOUZA, Deborah Portilho Marques de. *A propriedade intelectual na indústria da Moda: formas de proteção e modalidades de infração*. 2015. 315f. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2015. p. 230.

¹⁵CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1946. p.67

¹⁶Ibid.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/19279.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

¹⁹COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2015.



As criações são equiparadas à propriedade, uma vez que delas pode-se tirar proveito econômico. E por isso, antes de mais nada, são protegidas pela CRFB/88²⁰, no seu artigo 5^o²¹ incisos XXII e XXVII, que assegura aos autores “o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar [...]”.

É essa utilização que deve ser protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois é um direito e uma garantia fundamental, concedida pela Constituição Federal a todos os criadores, incluindo aqui os criadores de moda, especificamente.

Mas pergunta-se: e a cultura da cópia no país? Onde ela se insere? Como dito acima, o *design* de moda possui valor patrimonial e por isso é protegido pelo Direito da Propriedade Intelectual. Entretanto, como ressaltado por Lagossi, Pessoa e Marshall²², é preciso entender que “a cultura da cópia é o que motiva o ciclo da moda, pois uma vez que um modelo é copiado o *designer* é forçado a produzir algo novo para diferenciar-se [...]”.

Mas qual o limite da cópia? O limite esbarra com os direitos do criador do *design* de moda de proteger sua criação e todo o investimento financeiro em sua marca, pois a cópia, sem dúvidas, desvaloriza todo o esforço intelectual e monetário que o criador do *design* investiu em sua marca.

Aqui, vale ressaltar importante trecho da dissertação de mestrado da professora Deborah Portilho²³

[...] se a criação não estiver protegida, em princípio, a cópia é livre, devendo assim ser mantida na medida em que beneficie a sociedade e impulse a livre concorrência. Se, no entanto, houver abuso de direito por parte do imitador, se ele ferir os princípios éticos e da boa-fé, a cópia deixa de ser permitida [...]

O Brasil possui uma cultura de cópia muito grande. Cite-se, por exemplo, na matéria publicada por Tiago Frederico²⁴, no site do Jornal O Dia, o Saara no Rio de Janeiro, e a 25 de março, em São Paulo. Contudo, onde realmente se vê a massificação da cópia do *design* de moda é nas chamadas lojas de “*fast fashions*”.

Nas palavras de Deborah Portilho²⁵,

²⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²¹Ibid.

²²LAGASSI, PESSOA, MARSHALL, op. cit., nota 11.

²³SOUZA, op. cit., p. 233.

²⁴FREDERICO, Tiago. *Operação combate a pirataria no Mercado Popular da Uruguaia*. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-07/operacao-combate-a-pirataria-no-mercado-popular-da-uruguaiana.html>>. Acesso 16 mai. 2021.

²⁵SOUZA, op. cit., p. 25.



[...] a cópia é um mecanismo que faz parte da Indústria da Moda, pois ela precisa da cópia para se movimentar. Uma determinada criação que não é copiada nem imitada não “vira moda”. Por mais paradoxal que possa parecer, são essas cópias os termômetros do sucesso. Mas também são elas que podem diluir uma criação a ponto de ela se tornar comum demais para continuar a ser desejada pelos consumidores de moda [...]

O fenômeno das *fast fashions*, juntamente com a rapidez de informação através das mídias sociais, definitivamente sedimentou a cultura da cópia, no mundo e no Brasil. A possibilidade de comprar determinado produto por um preço inferior atraiu os consumidores, afastando-os, é claro, das marcas originais e criadoras daquele *design* de moda. Em relação ao fenômeno das redes sociais, Juliana Oliveira Domingues²⁶ afirma que “com o advento das novas tecnologias da era globalizada, há uma maior facilidade de divulgação de produtos, o que desencadeia inúmeros desafios, tais como replicações não autorizadas [...]”.

Na legislação brasileira, a cópia é reprimida através do instituto da Concorrência Desleal, prevista na Constituição Federal²⁷ nos artigos 170, incisos IV e V e artigo 173, §4º, e pela Lei de Propriedade Industrial, 9279/96²⁸, no artigo 195. Em razão da falta de legislações específicas para o Direito da Moda sobre a matéria, ou até um código para o ramo, ocorre a utilização de legislações emprestadas que, interpretadas de determinada forma, se aplicam ao problema da cópia no Brasil. E a maneira mais usual de se combater a cópia na moda é através do instituto da Concorrência Desleal, artigo 195, inciso III, da lei nº 9279/96²⁹, que prevê: “Comete crime de concorrência desleal quem: III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem [...]”.

É preciso ressaltar que a concorrência leal é muito importante para o mercado e para a economia do país, mas a desleal não. A concorrência desleal, através da cópia na criação do *design* de moda, acaba por desvalorizar o valor patrimonial daquele bem e marca, além de todo o esforço que aquele criador inseriu para ver sua criação deslanchar. Como afirmam Lagossi, Pessoa e Marshall³⁰:

[...] A preservação da lealdade na competição dos mercados deu origem ao instituto da concorrência desleal. Cabe a este assegurar o bom funcionamento das empresas por meio da repressão às condutas imorais por parte de concorrentes que usam meios abusivos para captar a clientela alheia [...].

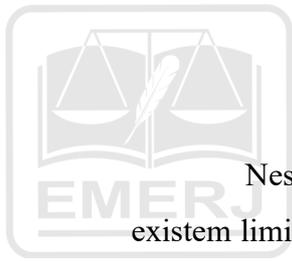
²⁶DOMINGUES et al., op. cit., nota 3.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 17.

³⁰LAGASSI, PESSOA, MARSHALL, op. cit., nota 11.



Nesta análise, pode-se estabelecer que a cópia é importante para a moda. Entretanto, existem limites que devem ser estabelecidos justamente para que a cultura da cópia não passe a desmotivar os criadores do *design* de moda, que investem em suas criações e em suas marcas, intelectual e financeiramente, para destas obter lucro e proveito financeiro.

Seguindo o raciocínio de Souza³¹ pode-se afirmar que “essa fragilidade na proteção da criação, expondo a ideia do criador, é uma das faces mais perversas da cópia, pois além de furtrar a criação em si e os frutos do direito patrimonial a ela associados, furta também o direito moral do autor [...]”. É claro que democratizar a moda é importante, mas não se pode incentivar a cultura da cópia.

3. POR QUE OS PRAZOS LEGAIS EXISTENTES SÃO INCOMPATÍVEIS COM O DIREITO DA MODA?

O Direito é um sistema de condutas, regras e princípios, criado pelo legislador e, por isso, imposto por inúmeras instituições, com o objetivo de regular as relações sociais, uma vez que o ser humano é um ser social. Entretanto, quando se fala em Direito da Moda, esse sistema de normas e condutas não existe. O Direito da Moda não possui nenhuma legislação específica, como códigos, leis ou artigos. Constata-se, portanto, uma lacuna legislativa. Lagassi, Pessoa e Marshall³² clarificam que “o que ocorre são ‘empréstimos’ de determinadas legislações para, por meio da analogia, regular-se o ramo [...]”. E Lagassi, Pessoa e Marshall acrescentam que³³:

[...] Em razão disso, há ainda muitas dúvidas no ramo. Embora a jurisprudência voltada para a área ainda seja um pouco escassa, a maior parte das decisões optam por fundamentar-se na LPI e na Lei de Direitos Autorais. Afinal, como defende Otávio Afonso, “A propriedade intelectual, e, conseqüentemente, os direitos autorais, são a espinha dorsal das indústrias criativas” [...].

Vale lembrar que a propriedade intelectual é gênero e, como se demonstrou no segundo capítulo deste trabalho, o Direito da Moda acaba por se enquadrar nas leis nº 9.279/96³⁴ e nº 9.610/98³⁵, respectivamente, leis de desenho industrial e direito autoral e seus prazos.

A proteção relativa à propriedade industrial, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 9.279/96³⁶, pode-se dar mediante a concessão de patentes de invenção, de modelo de utilidade,

³¹SOUZA, op. cit., p. 26.

³²LAGASSI, PESSOA, MARSHALL, op. cit., nota 11.

³³Ibid., p. 156.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 17.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 18.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 17.

concessão de registro industrial e concessão de registro de marca. No Direito da Moda, as concessões mais usuais são a de registro de desenho industrial e a de registro de marcas. O artigo 108 da LPI³⁷ afirma que “Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada [...]”.

A lei nº 9279/96³⁸ prevê, em seus artigos 94 e 109, que o registro validamente concedido assegura ao titular do desenho industrial a sua propriedade. E, portanto, somente com a concessão válida do registro o criador do *design* de moda terá a sua criação protegida. Nas palavras de José Roberto Gusmão³⁹, “por meio do registro adquire-se a propriedade e, conseqüentemente, a exploração exclusiva do desenho industrial por um determinado período de tempo, como recompensa pela adição de um valor estético trazido ao produto industrial [...]”.

Portanto, de acordo com Deborah Portilho⁴⁰,

[...] existem várias formas de proteção para as criações da Indústria da Moda, que podem ser usadas em conjunto ou separadamente (marca e/ou desenho industrial e/ou direito autoral, etc.), que dependerão do tipo de criação que se pretende proteger [...]

Com base no exposto, chega-se à conclusão que um prazo de um registro de desenho industrial pode chegar a 25 anos de proteção. Vinte e cinco anos de propriedade exclusiva de algum desenho como sapato, bolsa ou vestuário, engessando a moda.

No Direito Autoral, o criador não precisa registrar sua criação para ser protegido, diferente do que acontece no desenho industrial. O Direito Autoral, regido pela Lei nº 9610⁴¹, de 1998, em seu artigo 18, prevê que os direitos de que trata essa lei independem de registro. E mais: em seu artigo 41, *caput*, a lei afirma que “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil [...]”.

Constata-se que, quando se fala em Direito Autoral, o prazo de proteção é demasiadamente longo, consistindo em toda a vida do autor, mais setenta anos após a sua morte. E, por isso, aqui cabe uma indagação: seria esse prazo razoável para as criações no ramo do *design* de moda? Seria esse prazo viável para o mercado e a economia brasileira? A resposta é

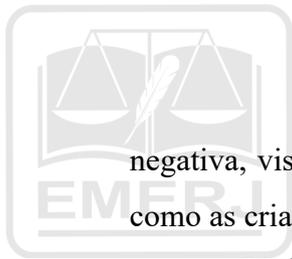
³⁷Ibid..

³⁸Ibid.

³⁹COELHO, op. cit., nota 19.

⁴⁰SOUZA, op. cit., p. 228.

⁴¹BRASIL, op.cit., nota 18.



negativa, visto que esses prazos são muito longos, engessando novamente algo tão dinâmico como as criações de *design* de moda.

Mais do que isso, a falta de legislação específica traz insegurança para a indústria da moda. Nas palavras de Deborah Portilho⁴²,

[...] No Brasil, além de não termos uma legislação específica que possa conferir proteção às criações da Indústria da Moda de forma adequada, as leis existentes não classificam os diferentes tipos de imitações e, por isso, por vezes algumas imitações não são enquadradas como infrações. Por exemplo, o que são e como se diferenciam as “replicas”, das “cópias”, das “inspirações”, “homenagens” e “releituras”. Seriam todas infrações de direitos de Propriedade Intelectual (PI), ou não? Sem o correto entendimento de cada uma delas, bem como de outras infrações que ultrapassam as fronteiras da Indústria da Moda, as leis existentes acabam não sendo aplicadas de forma apropriada. [...]

Essas considerações são importantes, pois chega-se à conclusão de que os prazos disponíveis nas legislações brasileiras são desarrazoáveis na aplicação do Direito da Moda. Torna-se claro que o legislador, ao elaborar os prazos de proteção, não contemplou a propriedade intelectual da moda, ou seja, as roupas e acessórios. Segundo Domingues⁴³:

[...] O balanço a ser buscado com a proteção autoral na moda é, por um lado, evitar que os itens sejam copiados levando às distorções econômicas e artísticas; por outro lado, não tornar a proteção demasiado restritiva de modo a colapsar o movimento de reunião das tendências, impedindo que haja relações de similitude entre os itens [...].

E mais, de acordo com a professora Deborah Portilho⁴⁴

[...] uma reflexão relativa ao tempo ideal de proteção das criações dessa indústria merece ser feita por exemplo, 25 anos para a proteção, como desenho industrial, de um design de sapato, bolsa ou peça de vestuário geralmente é tempo demais, principalmente considerando a efemeridade das criações da Indústria da Moda além do mais, algumas criações que poderiam já estar em domínio público, continuam protegidas por anos, muitas vezes engessando o mercado criativo. O mesmo comentário vale para a proteção por Direito Autoral, que além de durar a vida toda do autor, ainda é estendida por 70 anos após a sua morte. Portanto, talvez fosse válida a adequação não só da LPI, como também da LDA às criações desse mercado *suis generis*, ou uma lei específica que reunisse as formas de proteção mais adequadas a essa indústria e efetivamente adaptadas às suas necessidades [...]

Ou seja, as proteções previstas nas legislações brasileiras são muito restritivas, quando se trata de artigos de moda. Elas restringem a possibilidade de cópia por um tempo muito longo, colocando a própria moda em ameaça. Parece paradoxal, mas a cópia é a mola propulsora da

⁴²SOUZA, op. cit., p. 26.

⁴³DOMINGUES et al., op. cit., nota 3.

⁴⁴SOUZA, op. cit., p. 317.

moda. Assim como aponta Souza⁴⁵, “[...] é a liberdade de imitar em alguma medida que torna a moda possível [...]”.

Por todo o exposto, são essas razões que levam a incompatibilidade dos prazos atuais com o Direito da Moda. A moda é um fenômeno social e cultural, por isso exige um tratamento jurídico diferente dos institutos tradicionais. Ou seja, os prazos “emprestados” ao Direito da Moda não são razoáveis. Domingues⁴⁶ destaca que,

[...] a moda muda, estilos emergem, entram e saem do mercado e são substituídos por novas tendências. Segundo Hemphill e Suk, professores e pesquisadores da *Columbia Law School* e *Harvard Law School*, respectivamente, existem duas teorias que tentam explicar essa constante mudança como necessidade de expressão cultural do homem, chamadas de teoria do *status* e a do *zeitgeist* [...]

O Direito Autoral possui um prazo de proteção durante a vida do seu criador, mais setenta anos após a sua morte. Já no desenho industrial, com a concessão do registro, o criador possui a proteção de 10 anos, podendo prorrogar por três vezes essa proteção sucessivamente por mais cinco anos, totalizando vinte e cinco anos de proteção.

Resta claro que para a criação do *design* de moda e para a indústria da moda esses prazos são demasiadamente longos. Em termos realistas, esses prazos engessam a cadeia produtiva da moda. Tais prazos desestimulam novos criadores e estimulam a cópia. Domingues⁴⁷ ressalta que “A moda, como vimos, é um fenômeno cultural peculiar e exige um tratamento jurídico, efetivamente, distinto dos institutos tradicionais [...]”.

Trazendo um pouco do Direito Comparado para encerrar este capítulo, recorre-se à Domingues⁴⁸ que afirma que

[...] A União Europeia, em 2002, estabeleceu uma proteção comunitária para designs originais com três anos de proteção automática que não precisa ser registrada. Além disso, desde 2003, os criadores gozam de um prazo de cinco anos de proteção quando registram, podendo renová-lo até vinte e cinco anos [...].

O ordenamento jurídico brasileiro poderia se espelhar nos exemplos do Direito Comparado e adequar os prazos, quando se tratar de artigos de moda. Dessa forma, haveria incentivo à criação e, ao mesmo tempo, a possibilidade de cópias que não prejudicassem o Direito do Autor. A moda é um fenômeno efêmero.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶DOMINGUES et al., op. cit., nota 3.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸Ibid.



Este trabalho científico se iniciou explicando para o leitor o que é o Direito da Moda e de que modo ele foi, e ainda é, ignorado pelo meio da Moda, assim como pelo meio jurídico, que insistem em contemplá-lo como extensão de outras disciplinas.

Pontuou-se que o Brasil possui legislações esparsas que podem ser aplicadas para proteger uma criação de moda, mas que, por não terem sido formuladas para isso, acabam por mitigar vários aspectos, criando lacunas e inconsistências.

Analizou-se a questão da liberdade da cópia na moda à luz do direito brasileiro. Para isso buscou-se as legislações que tratam da matéria atualmente, mais especificamente a Lei de Propriedade Intelectual e a Lei de Direitos Autorais.

Demonstrou-se que o Direito da Moda pertence aos direitos denominados de propriedade intelectual, ramo do Direito Empresarial. A moda é uma criação ou uma inovação por parte do seu criador, e por isso ela acaba sendo protegida por este ramo do Direito.

Observou-se que a propriedade intelectual é considerada como gênero, possuindo duas espécies: a Propriedade Industrial e o Direito Autoral, que tutelam direitos muito variados e, como visto, não possuem uma única codificação que atenda a todos os bens envolvidos, e sim leis esparsas que tutelam cada espécie.

Embora existam duas espécies do gênero Propriedade Intelectual, ambas possuem um elemento agregador muito importante que é o fato de serem produtos da mente humana. Também a moda, ou melhor dizendo, a criação do *design* de moda, nada mais é do que um produto da mente do *designer*, merecendo portanto proteção e se enquadrando nos direitos de propriedade intelectual.

Mostrou-se que as criações de moda são equiparadas a propriedade, uma vez que delas pode-se tirar proveito econômico. Daí a importância de que sejam protegidas e usufruídas antes que a copiem, motivo pelo qual são protegidas pela Constituição Federal.

Chegou-se ao entendimento que a cópia é a mola propulsora da moda. Entretanto, existem limites para essa cópia, decorrentes das legislações em vigor, por meio dos seus prazos legais. No entanto, mesmo existindo diversos tratados internacionais, assim como órgãos relativos à propriedade intelectual, ao falar-se em Direito da Moda, não existe um padrão positivado de leis que protejam esse ramo.

O que ocorre é que as proteções previstas nas legislações brasileiras, por não serem específicas para artigos de moda, são muito restritivas. Elas restringem a possibilidade de cópia

por um tempo muito longo, colocando a própria moda em ameaça. Parece paradoxal mas, como dito acima, a cópia é a mola propulsora da moda.

Portanto, quando se debatem os prazos oferecidos pelas legislações “emprestadas”, que se aplicam ao Direito da Moda, é que surgem os problemas. Eles são demasiadamente longos: ou 25 anos pela Lei de Propriedade Industrial, ou durante a vida do seu criador, mais de 70 anos após a sua morte, no caso de aplicação da Lei de Direitos Autorais.

O resultado desse excesso de prazo acaba por ser a falta de registro, sendo este, um facilitador da cópia. A característica principal da moda e do Direito da Moda é a velocidade. Trabalha-se com coleções, com tendências, com o “*see now, buy now*”, ou seja, o veja agora e compre agora. Com prazos tão longos, os criadores se desestimulam a registrar suas criações, uma vez que a proteção demasiada não se mostra necessária. A tendência de hoje não será mais a mesma daqui a três meses.

Inclusive, foi em razão da necessidade de rapidez na moda que surgiram as chamadas lojas de “*fast fashion*”, que como foi visto no segundo capítulo, afloraram uma cultura já arraigada na sociedade, sendo as responsáveis por trazerem essa rapidez ao consumo e, por sua vez, a rapidez da cópia.

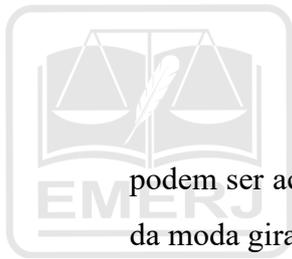
Analisados os conceitos e a influência que o Direito da Propriedade Intelectual exerce no Direito da Moda, chegou-se à conclusão de que os prazos existentes atualmente não são compatíveis com o “giro” da moda, que depende da cópia. Precisa-se equalizar a criação, sua fruição e a possibilidade de se copiar determinada criação, o que o Direito de Propriedade Intelectual se mostrou incapaz de o fazer.

Conclui-se, portanto, que os prazos disponíveis nas legislações brasileiras são desarrazoáveis na aplicação do Direito da Moda. Torna-se claro que o legislador, ao elaborar os prazos de proteção, não contemplou a propriedade intelectual da moda, ou seja, as roupas e acessórios.

Enquanto perdurar esse cenário de ou demasiada proteção, ou nenhuma proteção, os criadores hesitarão em investir em seus processos criativos. As proteções previstas restringem a possibilidade de cópia por um tempo muito longo, colocando a própria moda em ameaça.

Afirma-se, com base no exposto, que o ordenamento jurídico brasileiro poderia se espelhar nos exemplos do Direito Comparado e adequar seus prazos, quando tratar de artigos de moda. Desta forma, haveria incentivo à criação e, ao mesmo tempo, a possibilidade de cópias que não prejudicassem o Direito do Autor e a sua fruição.

É importante ainda afirmar que se deve saber compreender e distinguir quais as cópias que seriam intoleráveis ao Direito, como, por exemplo, as falsificações e o plágio, das que



podem ser aceitas, como inspirações e referências, já que são estas últimas que fazem a mola da moda girar.

Assim, sustenta-se que a cópia é sim importante para o Direito da Moda, mas ela precisa se amoldar a prazos legais exequíveis especificamente a este direito, que atualmente não se encontram nas legislações “emprestadas” da Propriedade Intelectual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/19279.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021

_____. *Lei nº 9610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1946.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOMINGUES, Juliana Oliveira et al. *Fashion Law: o Direito está na Moda*. São Paulo: Singular, 2020.

FAVARETTO, Daniela. Das Cláusulas Contratuais Aplicadas À Indústria da Moda: A Importância da Cláusula de Confidencialidade Nas Relações Firmadas. In: *Fashion Law: O Direito está na Moda*. São Paulo: Singular, 2020.

FREDERICO, Tiago. Operação combate a pirataria no Mercado Popular da Uruguaia. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-07/operacao-combate-a-pirataria-no-mercado-popular-da-uruguaiana.html>. Acesso 16 mai. 2021.

LAGASSI, Veronica, PESSOA, Leonardo, MARSHALL, Carla. *Temas Contemporâneos de Direito Empresarial*. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 155.

LINO, Larissa Pereira et al. *Fashion Law: o Direito aplicado à moda*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/310653/fashion-law--o-direito-aplicado-a-moda>. Acesso em: 17 mai. 2021.

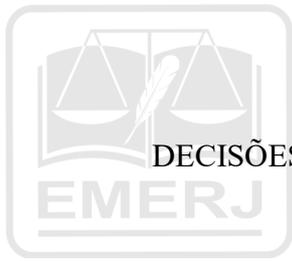
MARIOT, Gilberto. *Fashion Law - A Moda nos Tribunais*. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2020.

OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo, GUARATY, Kaleo Dornaika. O problema jurídico das cópias no mundo da Moda: buscando as tendências, além das tendências. In: DOMINGUES et al. *Fashion Law: o Direito esta na Moda*. São Paulo: Singular, 2020.

QUINELATO, Pietra Daneluzzi. Uma Perspectiva da Moda no Tempo e do Surgimento do Fashion Law. In: *Fashion Law: o Direito está na Moda*. São Paulo: Singular, 2020.



SOUZA, Deborah Portilho Marques de. *A propriedade intelectual na indústria da Moda: formas de proteção e modalidades de infração*. 2015. 315f. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2015.



DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS: DIVISÃO EM CAPÍTULOS E O SILÊNCIO DO CPC

Christy Hellen Rocha dos Santos

Graduada em direito pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – O Código de Processo Civil estabelece que a sentença, pronunciamento judicial por excelência, pode ser dividida em capítulos, possibilitando o recurso de apenas um ou alguns deles. Contudo, basta que se recorra ao Códex Processualista para vislumbrá-lo silente sobre tal possibilidade em relação às decisões interlocutórias, o que fomenta inúmeros questionamentos de ordem processual e provoca odiosa insegurança jurídica. Sob essa perspectiva, o presente trabalho objetiva demonstrar a utilidade da divisão em capítulos das decisões interlocutórias, seus efeitos processuais e as pertinentes modificações no Direito Processual Civil.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Decisões Interlocutórias. Divisão. Capítulos.

Sumário – Introdução. 1. Decisões interlocutórias e seus efeitos processuais 2. O silêncio do CPC sobre a divisão em capítulos das decisões interlocutórias 3. O devido processo legal e o prejuízo decorrente da utilização do ato processual inadequado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa realiza verdadeira demonstração da importância da decisão interlocutória face as possibilidades recursais que dela advém. Para isso, é usada uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com o objetivo de diagnosticar a importância da divisão em capítulos das decisões interlocutórias.

A importância da pesquisa é exposta quando se observa o cenário atual: diversos caminhos possíveis, mas nenhuma garantia quanto à efetividade da medida eleita. Tal desacerto contínuo inspira a necessidade de operar uma pesquisa profunda e analítica acerca da possibilidade de aprimoramento e melhor uso da almejada divisão aqui proposta.

Hodiernamente, o que ocorre é a existência de ampla gama de possibilidades que vão desde manejar um agravo de instrumento para toda decisão interlocutória até, simplesmente, aguardar a eventual interposição da apelação para suscitar a discordância, o que não é recomendado, já que, existindo um recurso cabível, ele deverá ser usado no momento adequado e oportuno.

O trabalho inaugura com a apresentação de uma breve explanação do que é a decisão interlocutória e seus efeitos jurídicos, pontuando sobre quais temas pode ela versar e sua composição, bem como a importância do papel do juiz como dirigente do processo, eis que responsável pela adequada condução do feito pelas partes.



Em seguida, há uma abordagem sobre o silêncio do CPC no que tange à regulamentação da divisão em capítulos das decisões interlocutórias, expondo os benefícios que tal divisão é capaz prover ao bom andamento processual e, analisando quais recursos dela cabíveis, bem como a construção doutrinária operada sobre a questão.

Por fim, a pesquisa realiza um diagnóstico sobre o devido processo legal e o prejuízo de se realizar um ato processual inadequado, tudo visando confrontar pontos de vista doutrinários e jurisprudenciais para conduzir a uma avaliação ímpar sobre o tema.

A análise manejada no estudo aponta para a necessidade de uniformização no que concerne à divisão em capítulos das decisões interlocutórias, haja vista que a pretensa divisão possibilitaria melhor eleger o recurso adequado para o capítulo do *decisum* que contenha o provimento judicial a ser combatido, evitando, assim, uma desnecessária demora na apreciação da questão, tanto para as partes quanto para o judiciário.

O objetivo do trabalho em detalhar a insegurança jurídica que assola muitos dos jurisdicionados, por certo, é oportuno, eis que o tema em debate permanece suscetível à conflitantes decisões nos tribunais, o que torna a identificação de possível preclusão da matéria objurgada uma tarefa quase enigmática.

Essa incerteza torna igualmente árduo, para o poder judiciário, o exame das matérias vergastadas, já que a enxurrada de recursos inadequadamente interpostos, e muitas vezes desnecessários, por gritante obviedade, colabora para o aumento do acervo ativo nas serventias judiciais de 2ª instância, o que gera um acúmulo de demandas a contribuir para um judiciário menos célere e produtivo.

O estudo que se opera, portanto, procura estabelecer uma pesquisa jurídico-doutrinária, buscando ao mesmo tempo analisar divergentes pontos de vista e explorar o avanço jurisprudencial sobre o tema proposto, considerada, no ponto, a questionada lacuna legal que, por vezes, abandona nas mãos do magistrado a decisão sobre a adequação do recurso eleito para determinada situação, de acordo com a interpretação, muitas vezes de cunho pessoal, da lei processual vigente.

1. DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E SEUS EFEITOS PROCESSUAIS

Como cediço, as decisões interlocutórias se apresentam como uma das formas de pronunciamento do Estado-Juiz. Com previsão no art. 203, §2º do CPC¹, refere-se a qualquer

¹BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.



provimento judicial que não implique no fim da fase cognitiva ou na extinção da execução deflagrada.

Dessa forma, não se olvida que no decorrer da instrução do feito, o magistrado deverá responder a questões, de ofício ou a requerimento das partes, constituindo-se o provimento judicial a ser aqui analisado uma espécie do gênero decisão (por sua vez dividido em acórdãos, sentenças, decisões interlocutórias e despachos).

Pontua-se ainda que essas decisões interlocutórias podem versar sobre questões incidentais ou sobre o mérito do processo e, neste último caso, decidir-se-á sobre uma ou mais das matérias constantes dos artigos 485 ou 487 do Código de Processo Civil², porém, somente manterá essa classificação caso não se enquadre na parte final do art. 203, §1º do mesmo diploma legal, ou será considerada uma sentença, por consequência.

Em suma, todas as decisões tomadas pelo juiz no curso da demanda, que não a extingam, serão interlocutórias. Neste ponto, interessante é remeter-se à etimologia do termo, citada por Miranda³: “Inter (entre) e locutório (locutus – fala). A decisão interlocutória é, portanto, a decisão proferida entre as falas. A primeira fala no processo é do autor e a última do juiz”.

Não por outra razão, ao classificar os pronunciamentos do juiz com conteúdo decisório, o professor e doutrinador Alexandre Câmara⁴ os distingue entre em sentenças e decisões interlocutórias, realizando a elementar definição desta última como um provimento judicial que não se enquadre no conceito de sentença.

Por outro viés, para que um pronunciamento judicial seja enquadrado no conceito de sentença, por óbvio, não bastará que se verifique o seu conteúdo — a fim de entendê-la subsumida às hipóteses previstas nos artigos 485 e 487 do CPC/15⁵ —, pois será imprescindível que esse tenha o condão de pôr fim a uma fase processual, como alhures já referido.

Por esse prisma, cabe atentar para o fato de que segundo Câmara⁶, ao juiz incumbe “dirigir” o processo, fazendo o apropriado uso das decisões interlocutórias no intuito de direcionar o feito no caminho do julgamento de mérito, máxime observando, sempre, o devido processo legal.

²Ibid.

³MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo Civil: Recursos*. São Paulo: Atlas, 2000, p.70

⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2020, p.134.

⁵BRASIL, op.cit., nota 1.

⁶CÂMARA, op.cit., p. 110.



Sob outra ótica, também deve-se consignar a imperiosa observância do princípio constitucional da razoável duração do processo, dado o teor do disposto no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88⁷, em vista do qual o magistrado deve evitar que o feito se prolongue indefinidamente pelo ventilar de questões passíveis de um pronunciamento pontual e ágil, eis que corriqueiros requerimentos das partes litigantes por vezes conduzem a uma odiosa dilação processual que a ninguém aproveita.

Outrossim, sua importância para correta condução dos feitos em tramitação no Poder Judiciário pode ser aferida, a título de exemplo, quando por meio dela o magistrado saneia o feito, determinando aos litigantes que corrijam os vícios processuais verificados no indispensável compulsar dos autos, antes que a irregularidade conduza à extinção do processo. Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça⁸, ao reconhecer, no AgRg no RMS nº32.184-PI, que o juiz deveria dar oportunidade de prazo para a parte corrigir a autoridade coatora que tenha sido erroneamente apontada.

Convém salientar, considerando a aplicação do princípio da primazia do mérito, na visão do professor Alexandre Câmara⁹, a extinção anômala do feito somente seria viável quando diante de um vício insuperável, ou ainda, quando, havendo vício superável, aquele que tenha condições de corrigi-lo não o faça no tempo oportunizado para esta diligência, na decisão que preceder o saneamento.

De outro giro, é ainda de fundamental importância diferenciar-se decisão interlocutória e despacho, haja vista ser o despacho uma espécie de pronunciamento judicial irrecorrível. Neste diapasão, é oportuno esclarecer que os despachos se consubstanciam em pronunciamentos meramente ordinatórios, que visam impulsionar o processo, sem, contudo, solucionar controvérsias, enquanto que as decisões interlocutórias, antagonicamente a isso, possuem conteúdo capaz de causar prejuízo às partes e, portanto, são passíveis da interposição dos pertinentes recursos.

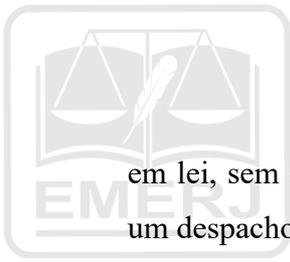
Neste contexto, assume destaque a distinção feita pelo doutrinador Daniel Amorim¹⁰, segundo o qual “se o pronunciamento se limita a cumprir o que está expressamente previsto

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RMS 32.184-PI*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21863978/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-32184-pi-2010-0089603-6-stj/inteiro-teor-21863979>>. Acesso em: 14 out. 2020.

⁹CÂMARA, op.cit.,p. 66.

¹⁰NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 203.



em lei, sem qualquer margem de consideração apreciativa pelo juízo, o pronunciamento será um despacho”.

Em uma profunda análise a respeito da importância das referidas decisões no ordenamento jurídico, bem como dos efeitos processuais delas advindos, o jurista ARAKEN DE ASSIS¹¹ leciona que:

[...] ao juiz não se põem, de plano ou em bloco, todas as questões necessárias ao julgamento definitivo do mérito. Na verdade, elas se apresentam progressivamente e conforme as variantes do procedimento. Daí originarem um número expressivo de decisões proferidas em ocasiões diferentes.[...]

E nesse mesmo sentido, que de forma distinta ao que ocorre com as sentenças, as quais são restritas aos juízes de primeira instância, as decisões interlocutórias podem ser proferidas não só por esses, como também por órgãos que compõem os tribunais ordinários, ou seja, os Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Federais divididos em regiões, bem como pelos órgãos que compõem os tribunais superiores, ou seja, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar.

Em vista dessa ampla gama de tribunais dispersos pelo país, suas peculiaridades fáticas e jurídicas, e dos respectivos órgãos de sua estrutura interna, há uma subclassificação das decisões em monocráticas, quando provenientes de um desembargador ou ministro designado relator, e proferidas de forma individual por eles ou por um dos vice-presidentes/presidentes dos tribunais, de forma que, lado outro, quando as decisões passarem pelo crivo do colegiado de julgadores, deliberando-se em conjunto acerca das questões controvertidas nos autos, ter-se-á, ao final das deliberações, um provimento que convencionou-se chamar de acórdão.

Outrossim, observa-se a existência das chamadas decisões monocráticas terminativas, que, embora possuam a denominação de “decisão” e sejam proferidas singularmente por um magistrado de 2ª instância ou de instância especial, com base no art. 932, IV e V do CPC¹², em razão da força vinculante dos precedentes judiciais, terá o condão de pôr fim à fase recursal instaurada, muitas vezes encerrando a própria prestação jurisdicional para aquela causa.

Ainda sob perspectiva, com relação aos efeitos processuais das decisões interlocutórias, resta glosar a permissão conferida pelo CPC de 2015 para o fracionamento do

¹¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 462.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

mérito da ação (art. 354, § único e art. 356 do CPC/2015¹³), o que implica em muitas vantagens para as partes, em que pese sobre elas recaírem inúmeras controvérsias ainda não dirimidas adequadamente.

Para tanto, verifica-se a indispensabilidade da cumulação de pedidos na demanda, de forma que, ao menos quanto a um deles, deverá tratar-se de ponto incontroverso ou que prescindia de dilação probatória.

De igual modo, essa cumulação de pedidos deverá ser própria e simples, representando pleitos autônomos entre si, de maneira que venham a ser decompostos para análise judicial em momentos distintos. A título de exemplo, pode-se citar a ação de divórcio cumulada com partilha de bens, em que o divórcio pode ser decretado em decisão parcial de mérito no curso da lide, sendo posteriormente julgado o pedido de partilha de bens, após a devida instrução do feito.

Para além dessas possibilidades, enunciadas pelos supracitados artigos 354 e 356 do CPC¹⁴, há ainda viabilidade de julgamento parcial de mérito por decisão que reconheça a ocorrência de prescrição ou decadência, bem como por decisão que homologue o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ou a transação, de forma que, em que pese constituírem temáticas subsumidas às hipóteses previstas nos artigos 485 e 487 do CPC¹⁵, serão objeto de decisão interlocutória, e não de sentença, como seria o habitual.

Uma característica importante do provimento judicial parcial de mérito é que este se mostra passível de execução provisória, consoante dispõe o art. 356, §2º do CPC¹⁶, o que confere celeridade e eficiência à prestação jurisdicional.

E uma vez bem delimitado o conceito de decisão interlocutória e suas subclassificações, o debate acerca dos recursos cabíveis em cada uma das hipóteses delineadas mostra-se mais tangível, sobretudo quando há domínio acerca da evolução doutrinária e jurisprudencial dos institutos em exame no país.

2. O SILÊNCIO DO CPC SOBRE A DIVISÃO EM CAPÍTULOS DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.

Para compreender melhor a indispensabilidade da previsão expressa no CPC quanto a possibilidade de divisão em capítulos das decisões interlocutórias, cabe a análise do efeito

¹³Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.



dessa mesma divisão nas sentenças, haja vista ser essa prevista no referido Códex Instrumental.

A sentença tradicionalmente é composta pelos elementos: relatório, fundamentação e dispositivo. Não necessariamente precisam esses virem expostos na ordem que determina o art. 489 do CPC¹⁷, nem tampouco precisam estar formalmente separados. Assim, tem-se que o relatório é uma síntese do processo, onde o juiz narra de forma sintética o ocorrido, enquanto a fundamentação é a parte em que o magistrado realiza o cotejo entre fatos relevantes e os motivos que justificam juridicamente a sua conclusão, e, o dispositivo, por sua vez, é a parte efetivamente conclusiva da sentença, a decisão de fato.

Então, cada parcela dessa conclusão do juiz a respeito do caso sob julgamento, ou seja, da sua decisão resumida pelo dispositivo da sentença, comporá um capítulo dela. O CPC em seu art. 966, §3¹⁸, expressamente adota a teoria dos capítulos da sentença (que impõe essa capitulação da parte dispositiva) ao afirmar ser possível ajuizar ação rescisória para fins de impugnar-se apenas um capítulo da decisão.

Conforme leciona Daniel Amorim Assumpção¹⁹, os capítulos de sentença são conceituados como as partes que ideologicamente se decompõe o decisório de uma decisão judicial, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta.

A existência de diferentes capítulos em um mesmo dispositivo tem efeitos relevantíssimos, conforme aponta Alexandre Câmara²⁰. Se houverem dois capítulos completamente independentes, o recurso sobre a matéria de um deles, não significa recorrer sobre o outro, o que resulta no trânsito em julgado do capítulo não recorrido. Logo, capítulos não impugnados, transitam em julgado tornando-se imutáveis e indiscutíveis.

Cita, ainda, o autor Daniel Amorim Assumpção, que a melhor divisão em capítulos foi realizada por Cândido Rangel:

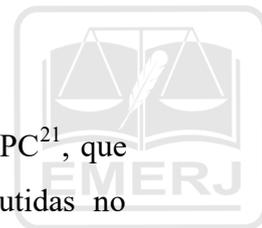
[...]para Cândido Rangel Dinamarco, o processualista que melhor cuidou do tema entre nós, a divisão pode ser realizada da seguinte forma: (a) capítulo referente aos pressupostos processuais de admissibilidade do julgamento de mérito; (b) diferentes capítulos decidindo, no mérito, diferentes pedidos; (c) nos pedidos decomponíveis, a existência de dois capítulos quando do julgamento de parcial procedência; (d) capítulo referente ao custo financeiro do processo.[...]

¹⁷BRASIL, op.cit., nota 1.

¹⁸Ibid.

¹⁹NEVES, op.cit., p.888.

²⁰CAMARA, op.cit., p.290.



Um exemplo do efeito dessa divisão em capítulos é o art. 1.013, §1 do CPC²¹, que impõe que serão apreciados pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, desde que relativas ao capítulo impugnado, não abrangendo portanto, questões fora do capítulo efetivamente recorrido.

Voltando às palavras do mestre Alexandre Câmara²², da mesma forma pode ser dividida em capítulos uma decisão interlocutória, tendo um ou mais capítulos impugnáveis por recurso de agravo de instrumento, ainda que não seja possível a interposição deste recurso contra os demais capítulos.

Nesse diapasão, as decisões interlocutórias que não se enquadram no rol taxativo do art.1.015 do CPC, são irrecuráveis, podendo apenas ser objeto de impugnação em apelação ou contrarrazões de apelação. Ocorre que, no julgamento do recurso especial nº 1.696.396²³ de relatoria da Min. Nancy Andrichi e julgado sob o regime de recursos especiais repetitivos, sedimentou-se o entendimento segundo o qual esse rol seria de taxatividade mitigada, ou seja, caberia agravo de instrumento quando o seu eventual não conhecimento pelo Tribunal ocasionasse a inutilidade de se impugnar a decisão apenas em sede de apelação.

Logo, dizer que uma decisão interlocutória não é agravável, não significa que ela seja irrecurável, já que cabível recurso de apelação contra ela. Porém, fácil perceber que a teoria da taxatividade mitigada adotada pelo STJ ao interpretar o Código de Processo Civil gerou verdadeira insegurança jurídica sobre o momento de preclusão da matéria disposta na decisão a ser recorrida.

Enquanto as decisões consideradas pelo código como impugnáveis por agravo de instrumento devem ter recurso interposto o mais breve possível, de outra ponta, quando não agraváveis, tais decisões não tem uma preclusão imediata, podendo ser posteriormente impugnada em preliminar de apelação (art. 1.009, §1º do CPC).

Nesse sentido, surge a necessidade de inserir-se no CPC a previsão, expressa, de divisão em capítulos das decisões interlocutórias como forma unificar interpretações divergentes e dar maior segurança jurídica a tais decisões. Com essa divisão torna-se mais simples explorar aquilo que pode ou não ter sua preclusão declarada ante a falta de manifestação, porquanto poder-se-á recorrer parcialmente de determinada decisão.

²¹BRASIL, op.cit., nota 1.

²²CAMARA, op.cit., 290.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº1.696.396*. Relator: Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785892/recurso-especial-resp-1696396-mt-2017-0226287-4/inteiro-teor-661785901>>. Acesso em: 13 mar. 2021.



No mesmo sentido, ensina o doutrinador Daniel Amorim²⁴ que, postergar para o momento de apreciação da apelação o julgamento da impugnação de uma decisão interlocutória é armar uma verdadeira “bomba relógio” no processo, haja vista o que o acolhimento de tal impugnação à decisão, nesse momento processual recursal, poderá anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada.

No cenário atual o advogado que se vê diante de uma decisão interlocutória da qual pretende recorrer, suporta uma compreensível dúvida quanto à forma de proceder, haja vista que se escolher não agravar a decisão, poderá ser surpreendido ao final do processo quando, ao dela apelar, tiver sua pretensão recursal rejeitada pelo tribunal que não conhecerá de seu recurso. Como resultado, o que tem ocorrido, é um uso indiscriminado do agravo de instrumento como forma de tentar assegurar a análise da matéria revolvada no recurso interposto.

Conforme afirma o autor Daniel Amorim²⁵, não é possível que se cerceie o direito de defesa das partes ao interpor agravo, sob o fundamento de diminuir o trabalho dos tribunais que alegam estarem abarrotados de agravos de instrumento pendentes de julgamento. Trata-se de fórmula violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Com a separação em capítulos das decisões interlocutórias, da forma como já se procede nas sentenças, por determinação expressa do CPC, seria mais simples a distinção sobre matérias que são agraváveis e as que deverão ser objeto de preliminar de apelação, evitando o sufocamento do judiciário com agravos de instrumento que versam sobre matérias cuja via desse recurso se mostre cristalinamente incabível, tudo por temer a preclusão.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PREJUÍZO DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DO ATO PROCESSUAL INADEQUADO

O princípio do devido processo legal encontra-se no Art.5, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil²⁶ e possuindo uma acepção material e processual.

Em seu sentido material, o devido processo legal indica que deve haver razoabilidade, ou seja, o intérprete da norma deve buscar sua aplicação com bom-senso, somente sacrificando um direito quando for a única forma de resguardar um bem maior. Já em

²⁴NEVES, op.cit., p.1815.

²⁵NEVES, op.cit., p.1814.

²⁶BRASIL, op.cit., nota 7.

seu sentido processual, traduz a ideia de paridade de condições para as partes defenderem seus interesses.

Conforme leciona a professora Flávia Bahia²⁷, enquanto a ampla defesa deve ser aplicada à luz do polo passivo do processo, pois se há o direito de ação igualmente haverá o direito de defesa; o contraditório, por sua vez, impõe que se informe às partes sobre a prática de uma pretensão pela parte contrária, possibilitando sua reação quanto às alegações que lhes sejam desfavoráveis. Tanto ampla defesa quanto o contraditório são importantes princípios que integram o conceito de devido processo legal, sem com esse confundirem-se.

Sob esse espectro, toda demanda postulada deve respeitar o devido processo legal, sob pena dos atos processuais serem, posteriormente, considerados inválidos. Na definição do mestre Fredie Didier Jr.²⁸, a invalidade processual é sanção que só pode ser aplicada se houver tanto defeito processual quanto prejuízo. Há prejuízo sempre que o suposto defeito impedir que o ato atinja sua finalidade, devendo tal prejuízo ser demonstrado caso a caso.

A nulidade gerada pela prática do ato processual inadequado decorre de sua atipicidade, conforme explica Alexandre Câmara²⁹:

o ato processual (empregada a expressão aqui em sentido amplo, de modo a englobar também o negócio processual) deve ser realizado em conformidade com um tipo (isto é, um esquema abstrato predisposto pela lei). Assim é que o ato processual precisa ser praticado no tempo correto, no lugar certo e pelo modo adequado. Qualquer inobservância dessas exigências implicará um vício formal, por força do qual se terá o ato por atípico. Pois o ato processual atípico é inválido.

Uma demonstração da preocupação do legislador em evitar invalidades processuais desnecessárias está presente no art. 277 do Código de Processo Civil³⁰, que traz o princípio da instrumentalidade das formas, ao determinar que, ainda que legalmente a forma usada seja inadequada, caso ela atinja a finalidade deverá o juiz considerá-la válida.

Assim também se apresenta a regra contida no art. 281, segunda parte, do Código de Processo Civil³¹, ao determinar que a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes. É clara a intenção do legislador de tentar evitar, sempre que possível, a invalidade dos atos processuais praticados, ainda que em alguns casos sejam

²⁷BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.265.

²⁸DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 477.

²⁹CÂMARA, op.cit., p.151.

³⁰BRASIL, op.cit., nota 1.

³¹Ibid.



inadequados, como observa-se do art. 283 do CPC³², ao esclarecer que o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Segundo entendimento do mestre Didier³³, somente se deve nulificar um ato do procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo. Surge assim o princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, cuja aplicação mais clara funda-se no princípio da fungibilidade, de acordo com o qual é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como outro ato que seria adequado à hipótese.

O princípio da fungibilidade diz respeito a qualquer juízo de admissibilidade, inclusive relativo a recursos, o que acaba incentivando o uso do recurso de agravo de instrumento mesmo quando há dúvidas sobre a sua aplicabilidade com a finalidade de evitar a preclusão.

Nas palavras do mestre Didier³⁴:

[...]A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das normas que compõem o formalismo processual. A preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais pelas partes, bem como impede que questões já decididas pelo órgão jurisdicional possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica[...]

A preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores que busca proteger, podendo ser temporal, consumativa ou lógica. A preclusão temporal consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno. Por sua vez, a preclusão lógica consiste na perda da faculdade/poder processual em razão da prática anterior de ato incompatível com o exercício desse poder. Já a preclusão consumativa é a que resulta da perda da faculdade/poder processual em razão de já tê-lo exercido, pouco importando se o fez bem ou mal.

Entre as supracitadas espécies, a preclusão que se operaria quando há o uso inadequado do agravo de instrumento, direcionado a uma parte da decisão interlocutória que não seja agravável, é a preclusão consumativa, pois não importaria se o agravo era ou não próprio para a decisão, haveria preclusão pelo seu mau uso.

³²Ibid.

³³DIDIER, op.cit., p. 479.

³⁴Ibid. p.495



Nesse diapasão, no que tange ao uso de agravo de instrumento ou não, há na atualidade decisões que admitem o mandado de segurança quando não houver certeza sobre o cabimento de agravo de instrumento, pleiteando fornecer para a parte mais instrumentos, com a finalidade de evitar possíveis invalidades decorrentes do uso de ato processual inadequado, conforme se observa na jurisprudência do STJ, notadamente, no julgamento do RMS nº58.578/SP³⁵.

Quando houve o julgamento no qual o STJ sedimentou entendimento pela taxatividade mitigada do rol disposto no art. 1.015 do CPC, que versa sobre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (Resp. nº1.074.520/MT)³⁶, igualmente consignou que a inadmissibilidade do agravo pelo tribunal, por entender ser recurso incabível, não pode impedir que a parte volte a impugnar a decisão interlocutória em sede de apelação ou contrarrazões, afastando, portanto, a incidência do princípio recursal da consumação.

Diante da inexistência sobre a forma correta de se recorrer, em muitos casos, o que poderia ser destrinchado pela aqui proposta separação em capítulos das decisões interlocutórias, por certo há grave violação da segurança jurídica. Conforme leciona o professor Alexandre Câmara³⁷, é possível imaginar a situação na qual a parte, após a decisão interlocutória, não interponha agravo de instrumento sobre ela, deixando para impugnar a decisão em sede de apelação e, sendo surpreendida no tribunal *ad quem* ao não conhecer do recurso, por este entender que a matéria está preclusa.

CONCLUSÃO

O trabalho elaborado debruçou-se sobre a possibilidade de divisão em capítulos das decisões interlocutórias, da mesma forma como já se opera nas sentenças. A análise proferida realizou-se com base no estudo comparado dos benefícios dessa divisão em ambos os casos, abordando tanto o ponto de vista doutrinário quanto o jurisprudencial.

Enquanto o Código de Processo Civil mostrou-se silente no que tange a regular determinação da divisão ocorrer ou não nas decisões interlocutórias, os tribunais realizaram

³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº58.578*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652105842/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-58578-sp-2018-0222740-3/certidao-de-julgamento-652105878>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº1.696.396*. Relator: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785892/recurso-especial-resp-1696396-mt-2017-0226287-4/inteiro-teor-661785901>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

³⁷CÂMARA, op.cit., p.531.



diversas interpretações, vezes seguindo, vezes não, posições doutrinárias, em busca de um norte de segurança jurídica para o tema.

Como resultado da leitura do artigo, fácil constatar que a ausência de disposição legal impositiva quanto a separação em capítulos supracitada, transformou a tarefa em um ônus da doutrina e da jurisprudência, permitindo as mais diversas interpretações sobre o ponto aqui debatido, e, conseqüentemente, gerando diferentes possibilidades.

No mesmo trilhar, a jurisprudência traçou diversos caminhos possíveis a fim de solucionar os problemas apontados ao longo do trabalho, dentre os quais, certamente tem maior relevância aquele relativo à permanente dúvida dos advogados sobre o momento adequado para interposição de agravo de instrumento, podendo ser ressaltado, à título de tentativa de pacificação da questão procelosa, a definição sobre a taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC, que culminou por ampliar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, porém sendo insuficiente para mitigar a insegurança jurídica gerada pela aparente unidade e indissociabilidade legalmente imposta às matérias presentes em uma mesma decisão interlocutória, dado que não raro os temas apreciados se complementam.

Nesse sentido, o capítulo 1 da pesquisa realizada cuidou de detalhar sobre o que versam as decisões interlocutórias, explicando e analisando seu conceito, seu emprego, e seus efeitos, permitindo uma profunda avaliação sobre esses e os resultados práticos obtidos no feito. Foi realizada, ainda, uma avaliação detalhada sobre o papel do juiz como organizador e gerente do processo, bem como a relevância dos provimentos judiciais e suas classificações.

Sobre o capítulo que a esse se seguiu, cuidou-se de operar uma responsável e meticulosa observação quanto à ausência de previsão legal no texto do Código de Processo Civil acerca da possibilidade de, ao menos para fins de adequação recursal, permitir-se às decisões interlocutórias sua divisão em capítulos, por matéria, como legalmente já previsto pelo Código Instrumental quanto às sentenças.

Com essa avaliação foi possível estabelecer as vantagens obtidas por meio da divisão em capítulos das decisões interlocutórias, haja vista a possibilidade de manejar diferentes recursos com relação a cada capítulo, evitando, assim, a sua temida preclusão.

Por fim, no terceiro e último capítulo, procurou-se avaliar os prejuízos de um ato processual inadequado e a necessidade do respeito ao devido processo legal, transcendendo a mera abordagem da matéria para uma dúvida coerente, na busca de uma solução que atenda aos propósitos não só dos jurisdicionados, como também, do próprio poder judiciário, que se vê de mãos atadas diante do número cada vez maior de recursos inadequadamente interpostos na instância revisora.



O entendimento a que se chega, certamente sem dificuldade, é que a ausência de previsão legal sobre a possibilidade de aplicação da teoria dos capítulos da sentença para as decisões interlocutórias cria um amplo espectro de interpretações abertas, as quais resultam, quase sempre, em decisões díspares e conflitantes.

Como reiteradamente afirmado, as decisões, como hoje se apresentam, perseveram gerar insegurança jurídica nos jurisdicionados, deixando-os sem saber ao certo qual o momento em que matérias distintas, apreciadas em uma mesma decisão, virão a precluir. Dessa maneira, logicamente, o estudo apresentado tem o escopo de construir pontes para o fim da celeuma instaurada, apaziguando os conflitos decorrentes da perda de prazos processuais, mormente por desconhecimento do patrono sobre a possibilidade de recorrer de apenas um ponto da decisão que seja prejudicial a seu cliente/assistido.

O trabalho trouxe, de forma neutra, demonstrações do, hoje, necessário ativismo judicial para solucionar lacunas da legislação e preocupação da doutrina em tentar dialogar com essas decisões, não resumindo-se a apenas compreendê-las, mas sim, decifrá-las.

Nesse prisma, foi realizada uma criteriosa pesquisa, reunindo-se e analisando-se os mais diversos julgados, de diferentes tribunais do país, com o fito de observar as diferenças supramencionadas, sem se descuidar de apontar as suas reflexões sociais, bem como, as consequências judiciais, sejam elas inerentes ao próprio Poder Judiciário, sejam elas inerentes aos próprios jurisdicionados.

O silêncio do CPC, analisado no trabalho em epígrafe, torna inconclusivo o momento preclusivo da matéria abordada em decisão interlocutória, quando não agravável. Tal lacuna legislativa é, sem margem para dúvidas, reincidente objeto de decisões jurisprudenciais que conflitam entre si, ao passo que, mesmo quando os tribunais se esforçam para pacificar a questão, remanescem posicionamentos individuais de magistrados que não adequam suas decisões à melhor interpretação face a disfunção legislativa verificada.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BAHIA, Flavia. *Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 30 mar. 2021.



_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº58.578*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652105842/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-58578-sp-2018-0222740-3/certidao-de-julgamento-652105878>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº1.696.396*. Relator: Nancy Andrighi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785892/recurso-especial-resp-1696396-mt-2017-0226287-4/inteiro-teor-661785901>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RMS nº32.184-PI*. Relator: Raul Araújo. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21863978/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-32184-pi-2010-0089603-6-stj/inteiro-teor-21863979>>. Acesso em: 14 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo Civil: Recursos*. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SCHEREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O LITISCONSÓRCIO PARA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO PROTETIVA DA LIMITAÇÃO DE DESCONTOS EM EMPRÉSTIMOS DE SUPERENDIVIDADOS

Clarissa Siervi Resende

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Residente Jurídica na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – é no contexto social da globalização e a partir do modelo da atual sociedade de consumo que se originou o fenômeno do superendividamento, que merece maior atenção quanto a suas implicações jurídicas. Assim, diante do quadro de acumulação de dívidas do consumidor, surge a necessidade da garantia do mínimo existencial e, para tanto, existe a previsão jurídica da limitação dos descontos referentes aos empréstimos bancários. Essa limitação é realizada por meio de uma decisão judicial e necessita que todas as instituições financeiras credoras estejam presentes na demanda para a efetividade da medida. A essência do trabalho é abordar a necessidade do litisconsórcio para a efetiva limitação de descontos, no caso dos superendividados, verificar a divergência jurisprudencial sobre a utilização deste como sendo facultativo ou necessário e apontar suas implicações jurídicas.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Direito do Consumidor. Litisconsórcio. Contratos bancários. Superendividamento.

Sumário – Introdução. 1. Conceito e linhas gerais sobre o fenômeno do superendividamento. 2. Limitação dos descontos de empréstimos bancários e sua aplicação do ordenamento jurídico. 3. A importância do litisconsórcio para a efetividade da limitação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a necessidade de litisconsórcio passivo entre as instituições financeiras como forma de dar efetividade à limitação dos descontos nos casos de superendividados. Procura-se, para tanto, demonstrar que o litisconsórcio nesses casos é imprescindível, não só pela conexão das ações, mas também porque o desmembramento do processo pode ocasionar risco a ambas as partes.

Nesse diapasão, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com a finalidade de discutir se há a necessidade do litisconsórcio, inclusive analisando se ao magistrado sobra margem de arbítrio para deixar de reunir os credores nessas ações e quais seriam as consequências jurídicas.

No caso em estudo será analisado o litisconsórcio em suas duas modalidades, facultativo ou necessário. Na primeira será analisada a sua formação opcional, ficando a cargo



do autor da ação, bem como a figura do litisconsórcio multitudinário em que o juiz poderá limitar o número de litigantes. Já em relação ao litisconsórcio necessário, será feita uma abordagem sobre a própria natureza da relação processual, em que todas as instituições serão afetadas com a decisão de limitação dos descontos.

Desse modo, a controvérsia é que se por um lado o litisconsórcio pode evitar a grave incoerência de julgados, bem como o prejuízo ao devedor, uma vez que para mensurar o montante da dívida e a posterior readequação proporcional das parcelas é necessária a integração de todos os credores, de outro, esse instituto pode comprometer a rápida solução do litígio e até mesmo dificultar a defesa por parte das instituições financeiras.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar o fenômeno do superendividamento, já que normalmente os diversos contratos bancários são decorrentes dessa condição que afeta uma parte da sociedade, bem como entender como funciona a limitação dos descontos nesses casos.

Para tanto, o primeiro capítulo deste trabalho visa apresentar, de maneira breve, a questão dos contratos bancários realizados por superendividados, demonstrando que usualmente esses indivíduos realizam a contratação em diferentes instituições financeiras e que essa diversidade de contratações é a principal causa que dá ensejo ao litisconsórcio na seara processual.

O segundo capítulo versa sobre a limitação legal de 30% dos descontos que vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário. Nesse capítulo, além da abordagem sobre a limitação dos empréstimos consignados, é analisada a possibilidade da aplicação analógica dessa limitação para outros casos de empréstimos bancários.

Por fim, o terceiro capítulo pesquisa a necessidade do litisconsórcio como forma de dar efetividade à citada limitação. Nesse capítulo, a abordagem é sobre esse instituto, bem como suas finalidades no processo. Para tanto, é necessária uma reflexão sobre a sua aplicação, abordando a existência de conexão entre as ações em que se pretende a limitação, bem como a ponderação entre a discricionariedade do magistrado, o risco de decisões conflitantes, a celeridade e a possível existência do tumulto ao trâmite processual.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora construiu conjecturas baseadas em hipóteses que serão analisadas ao longo da pesquisa. Assim sendo, as hipóteses são criadas para analisar a figura do litisconsórcio dentro da questão da limitação no caso de superendividados, abordando suas peculiaridades e sua necessidade para a efetividade da limitação.

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 suas defesas. Além disso, o método bibliográfico será a base da exposição do trabalho, uma vez que por meio do estudo de obras doutrinárias, documentos e manuais já publicados pretende-se aprofundar no estudo da temática.

1. CONCEITO E LINHAS GERAIS SOBRE O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Com a globalização e o modelo da atual sociedade de consumo os indivíduos, independentemente de sua classe social, têm maior necessidade e liberdade para realizar compras e, com isso, se tornarem cada vez mais consumidores ativos. A demanda, bem como a busca constante por aquisição de bens de consumo, tem dado origem ao fenômeno social e mundial que chamamos de superendividamento.

Cláudia Lima Marques¹ define o superendividamento como a impossibilidade do devedor, pessoa física, consumidor que é leigo e possui boa-fé, de pagar suas dívidas de consumo, sejam elas atuais ou futuras, em tempo razoável e com a sua capacidade financeira.

Outra jurista que trata do assunto é Heloisa Carpena² que entende que é nesse contexto atual que: “surge uma nova espécie de consumidor, o superendividado, cujo passivo supera a capacidade de cumprir as obrigações assumidas (vencidas e a vencer) [...]”.

A jurisprudência também reconheceu esse fenômeno no julgamento do Recurso Especial nº 1584501 pelo Superior Tribunal de Justiça³, conforme demonstra o voto no trecho abaixo:

A questão devolvida ao conhecimento desta instância especial deve ser abordada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, relacionando-se com o fenômeno do superendividamento, que tem sido uma preocupação atual do Direito do Consumidor em todo o mundo, decorrente da imensa facilidade de acesso ao crédito nos dias de hoje.

¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo*: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

² CARPENA, Heloisa. *O Superendividamento na reforma do CDC*. Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor - n. I – 2013, p. 160. Disponível em: < <https://bitly.com/hjbn8> > . Acesso em: 18 out. 2020.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1584501*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://bitly.com/MXwQi>> . Acesso em: 19 out. 2020.



Sendo assim, é possível entender que o fenômeno do superendividamento se origina na contratação desmedida de crédito, de forma que esses indivíduos, estando endividados, tornam-se reféns de outros empréstimos para sua subsistência.

Dessa forma, o superendividado é aquele que contraiu dívidas ao longo do tempo e, mesmo estando de boa-fé, não consegue realizar os pagamentos dos credores sem que sua subsistência e de sua família seja afetada, ou seja, nesse caso o consumidor fica impossibilitado de pagar suas dívidas e ao mesmo tempo custear necessidades básicas, afetando diretamente sua dignidade humana.

Nesse sentido, Clarissa Costa de Lima e Káren Danilevicz Bertoncello⁴ lecionam sobre quais as dívidas que podem levar ao superendividamento, citando as dívidas de consumo, como, por exemplo, compras de eletrodomésticos, de veículos, financiamentos e etc.

Por fim, é importante ressaltar que esse fenômeno não está diretamente relacionado à pobreza e, nem há um valor mínimo ou máximo da dívida para a caracterização deste, sendo necessário apenas que o consumidor esteja de boa-fé e impossibilitado de pagar o conjunto de suas dívidas sem que tenha sua dignidade humana afetada.

Para entender como surge o superendividamento, deve-se analisar como operam as instituições financeiras e qual o impacto do crédito na realidade financeira dos indivíduos.

Segundo Heloisa Carpena⁵ as instituições se valem de técnicas de marketing e publicidade, bem como da facilidade de obtenção do crédito para aumentar a sua lucratividade. Nesse sentido, a jurista expõe:

Visando a aumentar sua lucratividade, as instituições financeiras se valem das mais avançadas técnicas de marketing e publicidade na oferta do crédito, em que é destacada a facilidade de sua obtenção. Na maioria das vezes é desimportante a capacidade econômica do consumidor para adimplir o contrato de mútuo celebrado, não sendo demais destacar a ausência de limitação legal quando a taxa de juros praticada por tais fornecedores.

Cuida-se, então de analisar o crédito que, por sua vez, é um prazo que o consumidor adquire por meio de um contrato oferecido pelas instituições financeiras para realizar o pagamento de uma compra ou empréstimo.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques⁶:

⁴ MARQUES, Cláudia L.; LIMA, Clarissa C.; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Caderno de Investigações Científicas. Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, vol.1, p. 41. Disponível em: < <https://bityli.com/z1sQP> >. Acesso em: 15 out. 2020.

⁵ CARPENA, op. cit., p. 160.

⁶ MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, op. cit., p. 20.

Crédito é um serviço especializado e oneroso que só pode ser prestado por alguns fornecedores do Sistema Financeiro Nacional (regulado pela Constituição, como bancos e financeiras e submetidos, em sua maioria, aos ditames do Banco Central, a exceção dos cartões de crédito). Crédito é um contrato real (se perfectibiliza com o ato da entrega do dinheiro pelo fornecedor-banco, administradora do cartão ou financeira) em que cabe ao consumidor-devedor “pagar” os juros (preço do crédito) e devolver o principal corrigido, caso haja inflação e mais algumas taxas pelo uso deste tipo de crédito (com vários nomes, como comissão de permanência, taxa de administração, adiantamento depositante etc.).

Se por um lado a obtenção facilitada do crédito traz diversos benefícios, como a inclusão de pessoas de diversas classes sociais nos meios de consumo e a possibilidade de suprir uma necessidade imediata e urgente com o crédito oferecido, por outro, a massificação do acesso ao crédito pode gerar diversos prejuízos na vida do consumidor.

O consumidor na condição de superendividado fica completamente vulnerável, uma vez que há uma situação financeira crítica, com diversas restrições de crédito, dívidas acumuladas, podendo chegar a uma situação de miséria, sem a garantia do mínimo existencial, inclusive para sua família.

Nesse mesmo sentido são os dizeres de Lima⁷:

[...] o superendividamento é uma crise de solvência e de liquidez do consumidor (com reflexos em todo o seu grupo familiar), crise que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, comparável a uma nova espécie de “morte civil”: a “morte do homo *economicus*”. Prevenir tal efeito negativo da sociedade de consumo atual e do acesso ao crédito é o melhor dos caminhos.

Surge, assim, a necessidade de regulação do crédito, bem como da proteção dos superendividados. Essa proteção não advém só do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também considera os princípios orientadores do Código de Defesa do Consumidor e basilares de toda a conduta contratual que trazem a ideia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações contratuais.

Para Clarissa Costa de Lima e Káren Danilevicz Bertoncello⁸, a proteção ao superendividado decorre do texto constitucional, uma vez que se trata do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, segundo as autoras, mesmo que o texto constitucional não traga o superendividamento expressamente, os artigos 1º, III e 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal amparam o consumidor nessa posição, de forma que a prevenção e o tratamento deste fenômeno resguarda e assegura a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, entende-se que existe a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em algumas dessas relações de consumo, uma vez que o consumidor estando vulnerável e

⁷ MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, op. cit., p. 25.

⁸ Ibidem, p. 46.



captando toda essa publicidade de crédito pode envolver-se em uma crise financeira que prejudique sua subsistência, seu grupo familiar e ocasione sua saída praticamente integral do mercado de consumo.

Diante desse cenário, a jurisprudência e a doutrina brasileira, vêm implementando algumas estratégias e formas de proteger o consumidor, considerando o princípio da dignidade humana. É, nesse sentido, que surge a possibilidade de revisão dos contratos em que há flagrante situação de onerosidade excessiva para o consumidor, bem como a limitação máxima de comprometimento de 30% da renda do superendividado, prevista na Lei nº 10.820 de 2003⁹, que será explorada no capítulo a seguir.

2. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS DE EMPRÉSTIMOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

No ordenamento jurídico brasileiro ainda não foi elaborada uma lei que regulamente o instituto do superendividamento do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei n.º 8.078, de 11.09.1990¹⁰) e o Código Civil (CC – Lei n.º 10.406, de 10.01.2002¹¹) não abordam de forma específica essa questão social.

Essa ausência de legislação específica acarreta inúmeros entraves para os consumidores que se encontram em posição desfavorável financeiramente, considerando que estes são bombardeados pela massificação de oferta de crédito e, por vezes, assumem uma posição irreversível de endividamento.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques¹² entende que a falta de legislação proporcional às mudanças de consumo e oferta de crédito não é somente prejudicial para os endividados, mas também afeta toda a sociedade, criando uma situação de crise de solvência e confiança no país, além de acionar a máquina do Poder Judiciário com diversas ações relacionadas à revisão de contratos bancários e análise de possíveis abusividades das Instituições Financeiras.

⁹ BRASIL. *Lei nº 10.820*, de 17 de dezembro de 2003. Disponível em: <<https://bityli.com/nh6cR>>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/3cRm7FF>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/3wsl1Ib>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

¹² MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, op. cit., p. 26.



Em um panorama geral, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor contêm normas genéricas que permitem a proteção e defesa dos consumidores na hipótese de superendividamento, uma vez que este está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Note-se que a obtenção desmedida de crédito pode ameaçar a própria dignidade da pessoa, uma vez que na condição de superendividado não poderá arcar com os custos básicos de sua subsistência, necessitando de um mínimo acesso ao crédito de consumo para conseguir prover o seu sustento e de sua família e, assim, poder viver dignamente.

Para Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Juliano Miqueletti Soncin¹³:

O endividamento do consumidor é um fenômeno que causa extremo impacto na vida das pessoas, especialmente porque afeta a sua dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), provocando sua exclusão do mercado consumo e conseqüentemente a exclusão social, uma vez que o endividado se encontra impossibilitado de continuar a consumir, de continuar a adquirir produtos ou serviços que a sociedade de massa impõe para aceitação dos indivíduos. A literatura específica informa a existência casos em que o consumidor endividado acaba comprometendo até o seu mínimo vital para poder continuar no mercado de consumo e cada vez se torna mais endividado.

No entanto, os diplomas citados não estão sendo suficientes para a tutela dos superendividados, uma vez que são normas gerais que não conseguiram acompanhar a expansão do crédito ao consumo e o conseqüente superendividamento.

Outrossim, a ausência de legislação que trate do tema não obsta a ocorrência do citado fenômeno, apenas o agrava com o decorrer do tempo. Por isso, o direito brasileiro, entendendo a gravidade do fenômeno do superendividamento, não se manteve inerte, tratando da questão do endividamento do consumidor e da proteção de sua subsistência por meio de leis específicas e entendimentos jurisprudenciais aplicados casuisticamente.

Atualmente, essa proteção é realizada através de limitações nos descontos decorrentes de empréstimos bancários sendo, portanto, uma forma de preservar, ao menos, uma parcela da remuneração do consumidor que represente o “mínimo existencial”.

Nesse sentido, a jurisprudência tem fixado o limite dos descontos em 30%. Assevera João Paulo Resende Borges¹⁴ que “em termos gerais e no que se refere ao

¹³TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SONCIN, Juliano Miqueletti. O endividamento do consumidor brasileiro e a ofensa ao princípio da dignidade humana. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 1, n. 25, 2015, p. 41. Disponível em: <<https://bitly.com/SKj9r>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

¹⁴BORGES, João Paulo Resende. *O superendividamento no Brasil: um estudo sob a ótica da Análise Econômica do Direito*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 95-109, mar. 2019. ISSN 2595-0894. Disponível em: <<https://bitly.com/ll5Yx>>. Acesso em: 15 mar. 2021



superendividamento, os tribunais brasileiros têm examinado principalmente questões relativas à fixação de limites dos débitos a 30% da renda líquida do superendividado.”.

As Leis 10.820/2003¹⁵ e 8.112/90¹⁶ tratam da limitação do empréstimo consignado, dispondo expressamente sobre a impossibilidade de retenção de mais de 30% da renda líquida do trabalhador.

Entretanto, em relação aos superendividados que não possuem folha de pagamento e são descontados em conta corrente, o fundamento para o limitador de 30% é a aplicação analógica das citadas Leis, do Decreto 6.386/2008¹⁷, em conjunto com as normas gerais e princípios previstos na Carta Magna, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Em um estudo sobre o superendividamento e o crédito, Marcello Alvarenga Leite¹⁸ dispõe:

Sobre a questão da limitação dos débitos em conta corrente, a jurisprudência pátria, com fulcro nos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, bem como se utilizando da analogia para a solução dos conflitos, tem limitado os descontos a 30% (trinta por cento) da remuneração. O fundamento utilizado é o relevante interesse social na compensação do desequilíbrio técnico e financeiro, que se estabelece entre o fornecedor do serviço e o consumidor individual que busca a obtenção de crédito.

Sendo assim, em relação ao empréstimo consignado, não há dúvida de que o limitador deve ser aplicado, considerando que há previsão legal expressa para tanto.

Por outro lado, na hipótese de limitação de descontos em conta corrente, há divergência entre as decisões dos tribunais sobre a aplicação ou não do limitador. Porém, grande parte dos tribunais tem entendido pela aplicação deste com fundamento nas Leis análogas e os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou sobre o tema, reconhecendo aplicação da referida limitação no caso de empréstimos consignados. No entanto, em relação ao desconto em conta corrente, a jurisprudência firmada pela citada Corte Superior é no sentido de que não se pode estender tal limitação aos descontos de empréstimos pessoais em conta corrente. Veja-se o seguinte arresto:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MÚTUO. DESCONTO EM FOLHA. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONFORMIDADE

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://bityli.com/13GaW>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 6.386*, de 29 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://bityli.com/F8Zqh>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁸ LEITE, Marcello Alvarenga. *O superendividamento do consumidor de crédito*. Disponível em: <<https://bityli.com/Ygbd1>>. Acesso em: 09 mar. 2021.



COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO. SÚMULA N. 168/STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DECISÃO MANTIDA. 1. (...) 2. A matéria consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça tal como no acórdão recorrido. Com efeito, em julgado da Segunda Seção que procedeu ao cancelamento da Súmula n. 603/STJ, entendeu-se que não haveria, em regra, limitação aos descontos em conta corrente para fins de pagamento de mútuo, excetuando-se os casos de empréstimo consignado garantido por descontos em folha de pagamento (REsp 1.555.722/SP, Relator Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/8/2018, DJe 25/9/2018). 3. No acórdão embargado, entendeu a Terceira Turma que haveria um contrato de empréstimo com desconto em folha de pagamento e, dessa forma, seria válida a limitação dos descontos a 30% (trinta por cento) da remuneração da devedora. Evidencia-se, nesse ponto, que o decidido no julgado embargado corresponde à jurisprudência atual do STJ. 4. (...) 5. No caso dos autos, a Terceira Turma analisou hipótese envolvendo mútuo garantido por desconto em folha de pagamento. 6. O paradigma da Quarta Turma, contudo, analisou hipótese diversa, na qual o contrato envolvia mútuo a ser quitado mediante descontos em conta-corrente, sendo que o relator, expressamente, destacou que se tratava de hipótese distinta dos empréstimos pagos com desconto em folha. Portanto, o suposto paradigma não apresenta similitude fático-processual com o acórdão ora embargado, a fim de permitir o conhecimento dos embargos de divergência. 7. (...)" (AgInt nos EREsp n. 1.322.449/RJ, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/8/2018, DJe 28/8/2018). 8. Agravo interno a que se nega provimento.¹⁹

Apesar disso, ante a ausência de julgado vinculante, os Tribunais Estaduais têm entendido pela limitação, aplicando a legislação, por analogia, ao caso de empréstimos em conta corrente. Nesse sentido, o julgado recente a seguir transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RELAÇÃO DE CONSUMO. INDEFERIDA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA QUE OS RÉUS LIMITEM OS DESCONTOS AO PERCENTUAL DE 30% DOS RENDIMENTOS DA AGRAVANTE. RECURSO DA CONSUMIDORA. CONTA UTILIZADA PARA CRÉDITO DO SALÁRIO, QUE POSSUI NATUREZA ALIMENTAR. PARCELA DOS EMPRÉSTIMOS QUE ULTRAPASSAM 30% DOS VENCIMENTOS DA RECORRENTE. POSICIONAMENTO PACIFICADO NO ÂMBITO DESTA TJRJ ATRAVÉS DOS VERBETES SUMULARES 295 E 200, SOBRE A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS, MESMO SENDO O EMPRÉSTIMO CONTRATADO PARA DESCONTO EM CONTA CORRENTE QUE, AO FINAL, SE DESTINA AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO. PROVIMENTO DO RECURSO.²⁰

Há, inclusive, orientação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sumulada nos Enunciados n.º 200 e 295²¹, *in verbis*:

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos EAREsp nº 1305797/SC*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 11/11/2020, Dje 16/11/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801362402&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº: 0003349-74.2021.8.19.0000*. Desembargadora Relatora: Norma Suely Fonseca Quintes - Julgamento: 11/03/2021 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<https://bitly.com/i3ZFH>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://bitly.com/VVHnw>>. Acesso em: 03 mar. 2021.



SÚMULA Nº. 200: A retenção de valores em conta corrente oriunda de empréstimo bancário ou de utilização de cartão de crédito não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista.

SÚMULA 925: Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor.

Desse modo, é possível concluir que a jurisprudência tem sido favorável à limitação de 30% dos rendimentos líquidos do superendividados nos casos de empréstimos bancários, sejam eles na modalidade de desconto em folha ou em conta corrente.

Nesse sentido, o ordenamento pátrio não busca impedir o desenvolvimento do crédito, mas sim verificar a vulnerabilidade do consumidor em relação às instituições financeiras, agindo de forma a proteger sua dignidade, tornando esse empréstimo mais responsável.

Ultrapassado esse ponto, é necessário verificar como o Poder Judiciário aplicará a limitação, considerando que no caso dos superendividados, na maioria das vezes, as dívidas são em diferentes instituições bancárias.

Portanto, a questão a ser respondida é: para a efetividade da limitação dos descontos no caso dos superendividados é necessário o litisconsórcio entre todas as instituições financeiras que são credoras das dívidas?

3. A IMPORTÂNCIA DO LITISCONSÓRCIO PARA A EFETIVIDADE DA LIMITAÇÃO

É no cenário social do superendividamento e no contexto jurídico da limitação dos descontos realizados pelas instituições financeiras que surge a necessidade da análise sobre o litisconsórcio nessas demandas.

O litisconsórcio é definido por Alexandre Câmara²² e Fredie Didier Jr.²³ como a pluralidade de demandantes ou demandados em um dos polos dentro de um mesmo processo.

Nesse sentido, o litisconsórcio pode ser verificado quando há mais de um réu ou mais de um autor em uma mesma relação processual, estando este previsto a partir do artigo 113 do Código de Processo Civil²⁴.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 78.

²³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 457.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: < <https://bit.ly/2PEB6Kf> >. Acesso em: 05 abr. 2021.



Segundo Alexandre Câmara²⁵, o litisconsórcio pode se formar por três diferentes razões: “(...) por comunhão de direitos ou obrigações; por conexão de causas; por afinidade de questões (art. 113).”.

Esse instituto é subdividido em diversas classificações, podendo ser inicial ou ulterior, unitário ou simples, necessário ou facultativo, sucessivo, eventual ou alternativo.

O litisconsórcio facultativo é aquele que pode ou não se formar, ou seja, sua formação depende da vontade dos litigantes. Já o litisconsórcio necessário é previsto no artigo 114 do CPC²⁶, sendo conceituado por Didier²⁷ como aquele que: “está ligado diretamente à indispensabilidade da integração do polo da relação processual por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza da relação jurídica discutida (unitariedade), seja por imperativo legal.”.

Notadamente em demandas que envolvam superendividados e instituições bancárias a figura do litisconsórcio se torna essencial, uma vez que os consumidores, por estarem na condição de endividamento, por vezes, não realizam negócios contratuais apenas com uma instituição de fornecimento de crédito, mas sim com várias.

O melhor entendimento é que, no caso de limitação de descontos para garantia do mínimo existencial dos consumidores superendividados, o litisconsórcio deverá ser considerado necessário, isso porque, considerando a própria natureza da relação processual, todas as instituições serão afetadas com a decisão de limitação dos descontos.

Neste passo, é o que se observa do julgamento do Agravo de Instrumento pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa a seguir se transcreve:

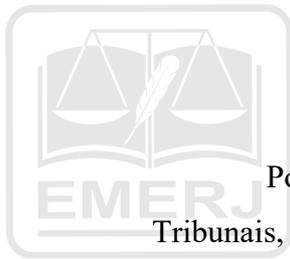
EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - PRELIMINAR - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - ACOLHIMENTO - LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS NOS VENCIMENTOS EM 30% - POSSIBILIDADE. - Ante a incidência de vários descontos promovidos por diferentes instituições financeiras, todas devem compor o polo passivo da ação, já que todas podem ser afetadas com o limite pretendido pela agravante. (...). - É permitido o desconto em folha de pagamento de parcelas relativas ao financiamento firmado, devendo apenas ser respeitado o limite de 30% do valor a ser recebido. - A adoção de tal medida se figura a razoável às partes, atendendo os interesses credor que, irá reaver o valor do crédito cedido ao devedor e este ainda ficará com 70% de seu salário líquido, a fim de garantir sua sobrevivência, restando respeitado o princípio da dignidade humana.²⁸

²⁵ CÂMARA, op. cit., p. 78.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 24.

²⁷ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 460.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais *Agravo de Instrumento n.º: 1.0000.19.106502-8/001*. Desembargador Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier - Julgamento: 18/02/2020 - 18ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<https://bit.ly/3wv9qYQ>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



Porém o litisconsórcio, no caso dos empréstimos e contratos bancários, em alguns Tribunais, é considerado como facultativo, uma vez que cada instituição pode cobrar seus créditos separadamente, e, por outro lado, o consumidor pode demandar individualmente contra uma ou outra instituição pleiteando a limitação.

No caso do litisconsórcio facultativo, existe a possibilidade do fenômeno do litisconsórcio multitudinário, que ocorre quando há um número excessivamente grande de participantes, capaz de comprometer a duração razoável do processo ou o exercício do direito de defesa²⁹.

Em casos de litisconsórcio multitudinário é facultado ao juiz limitar o número de litisconsortes, nos termos do artigo 113, §1º, CPC³⁰, em razão dos princípios da duração razoável do processo e ampla defesa.

Sobre o citado fenômeno leciona Alexandre Câmara³¹:

Pode acontecer de formar-se um litisconsórcio facultativo com um número excessivamente grande de participantes, capaz de comprometer a duração razoável do processo ou o exercício do direito de defesa. É o fenômeno conhecido como litisconsórcio multitudinário. Neste caso, deverá haver a limitação do número de litisconsortes, de ofício ou a requerimento do interessado (art. 113, §§ 1º e 2º). Esta limitação pode ocorrer na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou em sede executiva (seja no caso de processo de execução, seja em sede de cumprimento de sentença).

Contudo, no caso da limitação dos descontos dos superendividados, ainda que fosse considerado litisconsórcio facultativo, não seria possível ao juiz aplicar a limitação dos litisconsortes prevista pelo artigo 113, §1º, CPC³², porque, no tema em estudo, o litisconsórcio não enseja qualquer prejuízo às instituições financeiras e nem ao devedor, podendo, inclusive, contribuir para a celeridade processual. Isso porque evitará diversas demandas com a mesma identidade de questão jurídica, bem como atenderá à utilidade e efetividade da demanda.

Se por um lado os princípios da duração razoável do processo e ampla defesa devem ser respeitados, por outro, deve-se respeitar também o princípio da segurança jurídica e a utilidade da demanda.

Destarte, o magistrado deve realizar uma ponderação entre os princípios, privilegiando aqueles que dão efetividade à limitação dos descontos e preservam o mínimo existencial do superendividado, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁹ CÂMARA, op. cit., p. 81.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 24.

³¹ CÂMARA, op. cit., p. 81.

³² BRASIL, op. cit., nota 24.



Por óbvio, o grande número de participantes dentro de um mesmo processo pode causar prejuízo à rápida solução do litígio, entretanto a ausência das instituições credoras como litisconsortes, em demandas que pleiteiam a limitação, pode ocasionar decisões conflitantes e, inclusive, prejudiciais ao consumidor.

Além disso, atendendo a lógica, também é inviável o desmembramento do processo no caso de múltiplos credores e limitação de descontos, porque o julgador deve reunir todos os credores e mensurar, de maneira eficaz, o valor global da dívida e, posteriormente, realizar o cálculo dos descontos de forma proporcional e atendendo à limitação, seja ela qual for.

A despeito disso, como a limitação visa preservar o mínimo existencial, o limitador deve considerar o valor total de todas as dívidas do superendividado. Por isso, não seria efetivo se percentual fosse aplicado a cada instituição financeira de forma individual.

Nesse sentido, tem se pronunciado o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a favor do litisconsórcio como é possível verificar pela jurisprudência a seguir colacionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. A DECISÃO AGRAVADA DETERMINOU A LIMITAÇÃO DO POLO PASSIVO, AO MÁXIMO DE TRÊS RÉUS, COM O FITO DE EVITAR TUMULTO PROCESSUAL. DECISÃO QUE MERECE REFORMA. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO EM ANÁLISE RECOMENDAM A MANUTENÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO. O agravante contratou diversos empréstimos consignados o que ocasionou seu superendividamento, razão pela qual ajuizou a presente demanda requerendo a limitação de descontos em seu contracheque no percentual de 30%. O desmembramento do feito mostra-se irrazoável, pois com a reunião de todos os credores pode-se mensurar, de maneira eficaz, o valor total da dívida do agravante e, assim, calcular, de forma justa, os descontos das parcelas dos empréstimos de forma proporcional e atendendo o limite de 30%. Ademais, o litisconsórcio passivo não ensejará prejuízo para os agravados e contribuirá para a economia dos atos processuais. Por tais razões, dou provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1º-A do CPC.”³³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OBJETIVANDO A LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO AO PERCENTUAL DE 30% DA REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. DECISÃO QUE LIMITA A POLO PASSIVO A UM RÉU. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS COM VÁRIAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. NECESSÁRIA A REUNIÃO DOS RÉUS NA MESMA AÇÃO A FIM DE GARANTIR A UTILIDADE DA DEMANDA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO COM FULCRO NO ART. 557, §1º-A DO CPC.³⁴

Em ambos os julgados, há a menção expressa sobre a necessidade de reunião das instituições financeiras nos casos de limitação de empréstimos consignados, fundamentando

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *Aggravado de Instrumento nº: 0058480-83.2011.8.19.0000*. Desembargador Relator: Claudio de Mello Tavares - Julgamento: 30/11/2011 - 11ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: < <https://bitly.com/1kBzb>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *Aggravado de Instrumento nº: 0060200-85.2011.8.19.0000*. Desembargadora Relatora: Claudia Telles de Menezes - Julgamento: 28/11/2011 - 5ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: < <https://bitly.com/bLFGn>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



adequadamente na essencialidade desta para a obtenção do valor global da dívida, bem como na economia dos atos processuais e na utilidade da demanda.

Assim, tendo em vista que a decisão que conceder a limitação do desconto abrange todas as instituições financeiras que possuem contratos com o consumidor e estas deverão respeitar igualmente o percentual estabelecido, é necessário que todas estejam na relação processual, podendo exercer o contraditório, a ampla defesa e esboçar os fundamentos que entenderem pertinentes.

Por isso, nesses casos, o litisconsórcio se mostra essencial, seja ele facultativo ou necessário, uma vez que, para se calcular o valor global, o julgador necessita analisar todos os créditos, bem como calcular de forma justa como a citada limitação afetará as parcelas de cada demandada.

Assim, se por um lado o litisconsórcio é uma forma de proteção do consumidor endividado, por outro, este também se mostra benéfico às instituições financeiras, uma vez que estabelece um tratamento equânime e evita que as instituições recebam seus créditos de forma desigual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou o fenômeno do superendividamento abordando a perspectiva processual das limitações dos descontos de empréstimos bancários. A análise da temática iniciou-se com o conceito e exame do citado fenômeno. De início destaca-se que sua ocorrência é uma consequência da atual sociedade de consumo, da globalização e da oferta massiva de crédito pelas instituições financeiras.

Portanto, nesse contexto, os indivíduos superendividados, são classificados como aqueles que possuem uma grande acumulação de dívidas e sofrem uma redução considerável de sua renda. Ou seja, constatou-se que o pagamento dessas dívidas implica, por vezes, na impossibilidade da subsistência do consumidor e de sua família.

Com efeito, como se observou no decorrer do estudo desse tema, chegou-se à conclusão que o superendividado situa-se em uma posição de extrema vulnerabilidade, com o acúmulo de dívidas, uma situação financeira crítica, podendo chegar a uma situação de miséria.

Nesse sentido, surgiu a necessidade do Poder Judiciário intervir regulando o crédito e protegendo os direitos dos superendividados para a garantia do mínimo existencial, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa intervenção é realizada por

meio da revisão de contratos considerados excessivamente onerosos para o consumidor e pela limitação máxima do comprometimento da renda do superendividado.

Essa limitação foi analisada no segundo capítulo. Neste, foi verificada a existência da limitação para os empréstimos consignados que encontra previsão em leis especiais que tratam expressamente sobre a impossibilidade de retenção de mais de 30% da renda líquida do trabalhador.

Além disso, abordou-se na pesquisa a aplicação analógica da limitação para outros tipos de empréstimos, que não os consignados, entendimento esse que vem sendo aplicado pelos Tribunais Estaduais.

Considerando as reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a jurisprudência tem sido favorável à limitação de 30% dos rendimentos líquidos do superendividados nos casos de empréstimos bancários, sejam eles na modalidade de desconto em folha ou em conta corrente.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que a intervenção do Poder Judiciário impondo a citada limitação tem o objetivo de proteger o mínimo existencial da pessoa que se encontra em situação de precariedade financeira e acúmulo de dívidas.

A partir dessa premissa, a pesquisa direcionou-se para a análise da efetividade da decisão que determina a limitação dos descontos, abordando um aspecto processual muito importante nas demandas judiciais, qual seja: o litisconsórcio.

Nesse sentido, verificou-se que em demandas que envolvem superendividados e instituições bancárias o litisconsórcio é essencial, porque os consumidores, na maioria das vezes, realizam empréstimos com diversas instituições de fornecimento de crédito.

O principal argumento usado por esta pesquisa para afirmar a necessidade da figura do litisconsórcio foi a observância dos princípios da segurança jurídica e a utilidade da demanda. Nesse caso, a ausência das instituições financeiras credoras do superendividado, em demandas que pleiteiam a limitação, pode ocasionar decisões conflitantes e, inclusive, prejudiciais ao consumidor.

Além disso, defendeu-se no curso do trabalho que o desmembramento do processo, no caso de diferentes credores e limitação de descontos, inviabilizaria a análise do valor global da dívida pelo julgador, entendendo, assim, que não haveria efetividade na limitação se fosse aplicada individualmente para cada demanda.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a efetividade das limitações dos descontos de empréstimos bancários depende necessariamente do litisconsórcio das



instituições bancárias na demanda que pleiteia tal limitação, sob pena de se tornar completamente ineficaz ou até mesmo causar prejuízo às instituições bancárias e ao superendividado.

Ficou evidente, por essas razões, a necessidade do litisconsórcio, não importando qual a classificação adotada. Assim, seja ele necessário ou facultativo, é imprescindível, nos casos de multiplicidade de credores de empréstimos, que todas as instituições bancárias estejam na demanda.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 6.386*, de 29 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://bityli.com/F8Zqh>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/3cRm7FF>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://bityli.com/13GaW>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/3wsl1Ib>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

_____. *Lei nº 10.820*, de 17 de dezembro de 2003. Disponível em: <<https://bityli.com/nh6cR>>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2PEB6Kf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos EAREsp nº 1305797/SC*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 11/11/2020, Dje 16/11/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801362402&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1584501*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://bityli.com/MXwQi>>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais *Agravo de Instrumento nº: 1.0000.19.106502-8/001*. Desembargador Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier - Julgamento: 18/02/2020 - 18ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<https://bit.ly/3wv9qYQ>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº: 0003349-74.2021.8.19.0000*. Desembargadora Relatora: Norma Suely Fonseca Quintes -



Julgamento: 11/03/2021 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<https://bityli.com/i3ZFH>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *Agravo de Instrumento n.º: 0058480-83.2011.8.19.0000*. Desembargador Relator: Claudio de Mello Tavares - Julgamento: 30/11/2011 - 11ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<https://bityli.com/1kBzb>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *Agravo de Instrumento n.º: 0060200-85.2011.8.19.0000*. Desembargadora Relatora: Claudia Telles de Menezes - Julgamento: 28/11/2011 - 5ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<https://bityli.com/bLFGn>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://bityli.com/VVHnw>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

BORGES, João Paulo Resende. *O superendividamento no Brasil: um estudo sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, [S.l.], v. 12, n. 2, mar. 2019. ISSN 2595-0894. Disponível em: <<https://bityli.com/l15Yx>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARPENA, Heloisa. *O superendividamento na reforma do CDC*. Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor - n. I – 2013. Disponível em: <<https://bityli.com/hjbn8>>. Acesso em: 18 out. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 1, 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LEITE, Marcello Alvarenga. *O superendividamento do consumidor de crédito*. Disponível em: <<https://bityli.com/Ygbd1>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

MARQUES, Claudia L.; LIMA, Clarissa C.; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Caderno de Investigações Científicas. Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, vol.1. Disponível em: <<https://bityli.com/z1sQP>>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____, Cláudia Lima. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: Revista dos Tribunais, 2006.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SONCIN, Juliano Miqueletti. O endividamento do consumidor brasileiro e a ofensa ao princípio da dignidade humana. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 1, n. 25, 2015. Disponível em: <<https://bityli.com/SKj9r>>. Acesso em: 03 mar. 2021.



A RESISTÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO DE ESTABELEECER O DUPLO DOMICÍLIO NA GUARDA COMPARTILHADA

Cristiane Netto Seixas

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – Com a emancipação feminina e o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito, o modelo de guarda dos filhos sofreu alterações. Por isso, a guarda compartilhada foi estabelecida há mais de uma década. Entretanto, esse instituto não vem sendo aplicado em sua plenitude por todos os magistrados sob o fundamento da busca do princípio do melhor interesse do menor, transformando a coparentalidade em uma guarda unilateral modificada. Nesse sentido, a essência do trabalho é abordar a resistência encontrada no Poder Judiciário em aplicar a guarda compartilhada em sua integralidade, isto é, fixando o duplo domicílio, além de apontar possíveis danos acarretados pela residência única.

Palavras-chave – Direito de Família. Guarda compartilhada. Alienação parental. Duplo domicílio.

Sumário – Introdução. 1. A relevância das mudanças estruturais e principiológicas que envolvem a família. 2. Autoridade parental e a resistência do Poder Judiciário de estabelecer a guarda compartilhada. 3. A fixação da residência única do filho como meio de perpetuação da guarda unilateral e de aplicação de sanção civil ao outro genitor. Conclusão. Referências.

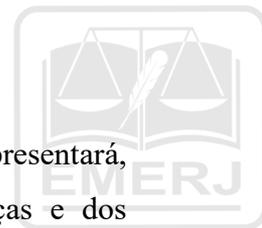
INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende refletir acerca da inobservância da norma quando a sentença estabelece um lar referencial para o filho na guarda compartilhada. A pesquisa visa, assim, responder se tal decisão acarretaria prejuízos à família.

Para isso, abordam-se as posições doutrinárias, jurisprudenciais e estudos científicos sobre o tema para debater se os princípios do melhor interesse da criança e do direito de convivência são atendidos na residência unilateral.

Tais princípios são reconhecidos pela Constituição Federal e assegurados pela legislação infraconstitucional, sendo o princípio do melhor interesse da criança o principal fundamento da fixação do domicílio único, favorecendo as seguintes reflexões: a residência única atende aos anseios da família contemporânea? O domicílio único permite o equilíbrio parental? A fixação de um lar de referência na guarda compartilhada atinge o objetivo do legislador de favorecer a convivência familiar e dificultar a prática de alienação parental?

O tema merece atenção, por isso, ante a importância da intervenção do Poder Judiciário no sentido de assegurar proteção integral à criança e ao adolescente.



Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo do trabalho apresentará, brevemente, a evolução histórica da estrutura familiar e da relação das crianças e dos adolescentes com a sociedade, tratando ainda dos princípios norteadores inseridos no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988. O objetivo, nesse ponto, é demonstrar que a família contemporânea não comporta mais a monopolização dos filhos.

No segundo capítulo, a autoridade parental, as mudanças de paradigma nos cuidados com os filhos e a resistência no Poder Judiciário em estabelecer a guarda compartilhada serão discutidas a fim de demonstrar o enraizamento da cultura patriarcal e da maternalização na sociedade.

Já o terceiro capítulo apontará a importância do duplo referencial no desenvolvimento infantil; apresentará o duplo domicílio como regra, bem como seus efeitos para as crianças e os adolescentes; e exporá as possíveis consequências das sentenças que estabelecem a residência única sem razões que justifiquem essa exceção. A finalidade é analisar como a monopolização do filho do casal pode acarretar prejuízos à criança e se pode facilitar a prática de alienação parental ou enfraquecer os laços afetivos com um genitor.

A pesquisa se desenvolve pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que hipóteses, as quais a pesquisadora acredita serem adequadas, foram levantadas a partir de problemas evidenciados ao longo de sua atuação em processos envolvendo a guarda de filhos menores.

Para tanto, a abordagem dos objetivos da pesquisa é qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e documental na sua fase exploratória a fim de sustentar a tese.

1. A RELEVÂNCIA DAS MUDANÇAS ESTRUTURAIS E PRINCIPIOLÓGICAS QUE ENVOLVEM A FAMÍLIA

A entidade familiar surgiu como um fato natural¹, ganhando contornos relevantes na sociedade. Por essa razão, para Maria Berenice Dias² “[...] a família é o primeiro agente socializador do ser humano”.

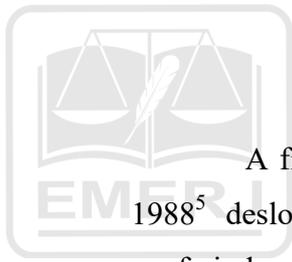
Conforme preleciona Friedrich Engels³, a família é o produto do contexto social de cada época e reflete sua cultura, sendo, portanto, fortalecida como uma política de Estado a fim de manter a sociedade estruturada⁴. Por isso, a entidade familiar foi elevada a condição de base da sociedade pela nova ordem constitucional.

¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

²Ibid., p. 34.

³ENGELS apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31.

⁴DIAS, op. cit., 2016, p.35.



A fim de romper definitivamente com o regime anterior, a Constituição Federal de 1988⁵ deslocou a proteção jurídica dos direitos humanos para seus primeiros artigos, conferindo maior relevância às pessoas em relação ao Estado.

Por essa razão, a dignidade da pessoa humana, inserida no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna⁶, passou do caráter teórico para o normativo, sendo reconhecida como o núcleo central do ordenamento jurídico brasileiro.

Na entidade familiar, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana foi delicadamente traduzida pela autora Maria Berenice Dias⁷:

[...] a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe proteção independente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum-, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas [...].

Diante disso, o paradigma de organização familiar foi drasticamente alterado. A rígida estrutura patriarcal deu lugar a um núcleo familiar sustentado pelo liame afetivo existente entre seus membros, cujo papel foi redimensionado de forma a garantir tratamento isonômico e proteção igualitária⁸, afastando a antiga relação de subordinação na família.

No que tange às crianças e aos adolescentes, até o advento da CRFB/88⁹ eles eram mantidos na posição de meros objetos. Por isso, a tutela estatal discriminatória, voltada apenas para os jovens em situação de risco¹⁰, era socialmente aceitável. Aqueles que recebiam algum tipo de cuidado por seus pais ou por terceiros, mesmo que fossem negligenciados ou abusados, não eram merecedores da atenção estatal por não oferecerem risco à sociedade.

O objetivo do Estado na época era proteger a moralidade social por meio de um modelo punitivo-pedagógico aplicado em instituições que, em tese, deveriam substituir os cuidados familiares a fim de inserir esses jovens no mercado de trabalho, desconsiderando a

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 set. 2020.

⁶Ibid.

⁷DIAS, op. cit., 2016, p.49.

⁸Ibidem, p. 50.

⁹BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁰Jovens em situações risco era o termo utilizado para designar as crianças e os adolescentes abandonados ou delinquentes. SILVEIRA, Jessica Ziegler de Andrade. *A Proteção Integral e o Melhor Interesse da criança e do adolescente: uma abordagem à luz da Lei nº 8.069/90*. 2015. 72f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler>>. Acesso em: 07 out. 2020.

existência de qualquer direito fundamental¹¹.

No tocante à guarda dos filhos, não era diferente. A responsabilidade estatal voltava-se a garantir os interesses dos pais e da sociedade. Assim, o genitor que melhor representasse os padrões morais da época era favorecido com a guarda do filho, refletindo verdadeira aplicação de sanção civil ao adulto infrator dos costumes morais. Vale destacar que o modelo de guarda da época era unilateral e sem previsões claras acerca do direito de convivência familiar.

Entretanto, com o advento da CRFB/88¹² e do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³, as crianças e os adolescentes foram elevados à condição de sujeitos de direito com prioridade absoluta. Assim, a Doutrina da Irregularidade foi substituída pela Doutrina da Proteção Integral ante a extensão da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a eles de forma específica no artigo 227, *caput*, da CRFB/88¹⁴.

Por isso, para Paulo Lôbo¹⁵, “o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado [...]”.

Seguindo o mesmo raciocínio, Ana Carolina Brochado Teixeira¹⁶ assim explicou:

[...] a criança e o adolescente surgiram como protagonistas de suas relações. Foram alçados, pela ordem jurídica, à condição de pessoas em desenvolvimento, sendo alvo de ações prioritárias da família, da sociedade e do Estado. Passaram a exercer papéis ativos em sua própria educação e criação. É nesse espaço de maior democracia que se insere a relação parental [...].

Desde então, a responsabilidade estatal voltou-se para a promoção dos direitos fundamentais e a proteção especial das crianças e dos adolescentes por determinação expressa do artigo 227, §1º, da CRFB/88¹⁷.

Para Rolf Madaleno¹⁸, o tratamento especial concedido as crianças e aos adolescentes se justifica pela sua condição de vulnerabilidade, inerente ao processo de desenvolvimento físico e emocional. É essa condição peculiar, de vulnerável, que atrai a aplicação do princípio do melhor interesse do menor, corolário da Doutrina da Proteção

¹¹Ibid.

¹²BRASIL, op. cit., nota 05.

¹³BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁵LÔBO apud DIAS, op. cit., 2016, p.53.

¹⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade parental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35/36.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁸MADALENO, op. cit., 2013, p.51.



Integral, como princípio norteador de todas as decisões que envolvam crianças e adolescentes, incluindo os casos de conflitos entre eles e terceiros.

Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹:

[...] o princípio do MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA/ADOLESCENTE significa o assento e a consolidação de uma mudança paradigmática. É este princípio que autoriza e dá sustentação, por exemplo, para que a guarda dos filhos esteja com aquele que tiver melhores condições psíquicas para cuidar dos menores, independentemente de ser o pai ou a mãe biológica. É este princípio, associado à dignidade e ao princípio da afetividade, que fez nascer novos institutos jurídicos como a guarda compartilhada e a parentalidade socioafetiva [...].

Destarte, é dever do Poder Judiciário utilizar-se do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como um parâmetro para a aplicação de todas as normas, como ensina Rose Melo Vencelau Meirelles²⁰:

[...] o princípio do melhor interesse da criança foi introduzido no ordenamento brasileiro como consequência da doutrina da proteção integral. Sua aplicação é requerida quando a peculiar situação da criança demanda uma interferência do Judiciário, Legislativo e Executivo. Trata-se de circunstâncias que envolvam a guarda e visita de filhos de pais separados, medidas socio-educativas, colocação em família substituta, dentre outras [...].

Por essa razão, os magistrados devem verificar, no caso concreto, qual decisão atenderá verdadeiramente aos interesses das crianças e dos adolescentes em questão, de maneira que os interesses dos pais sejam considerados apenas como fonte subsidiária na aplicação da norma.

2. A AUTORIDADE PARENTAL E A RESISTÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO DE ESTABELEECER A GUARDA COMPARTILHADA

Para melhor compreensão do tema principal, qual seja, a resistência no Poder Judiciário de estabelecer o duplo domicílio na guarda compartilhada, torna-se necessário tratar brevemente acerca do poder familiar e da aplicação do regime da guarda compartilhada.

O poder familiar se originou da ideia de posse, de domínio sobre os filhos. Com o advento da CRFB/88²¹, o princípio da proteção integral e a paridade entre os cônjuges

¹⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o direito de família*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/40.pdf>>. Acesso em: 21 jan.2021.

²⁰MEIRELLES apud VALE, Horácio Eduardo Gomes. *O Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em: 01 mar.2021.

²¹BRASIL, op. cit., nota 05.

transformaram o domínio paterno em um dever parental de proteção que se estende a ambos os pais, como expressa Waldyr Grisard Filho²² “[...] a leitura atual conferida ao poder familiar representa, doravante, um poder-dever, um respeito à dignidade e aos direitos da personalidade dos filhos e deve ser exercido regularmente por ambos os pais”.

Dessa forma, ante a abordagem contemporânea da relação parental, a expressão poder familiar tornou-se inadequada, por remeter a ideia de um autoritarismo supremo que é estendido a toda a família. Por isso, a fim de traduzir a intenção do constituinte de deslocar a parentalidade da posse para proteção, a expressão autoridade parental passou a ser usada em substituição ao poder familiar, colocando os filhos como protagonistas dessa relação conferindo um espaço de maior democracia, a família²³.

Assim, essa autoridade passou a ser exercida servindo ao melhor interesse dos filhos, tanto na esfera material quanto existencial, como aponta Rolf Madaleno²⁴:

[...] portanto, deixam os pais de exercerem um verdadeiro poder sobre os filhos para assumirem um dever natural e legal de proteção da sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento e formação de sua personalidade, sempre na execução conjunta dessa titularidade ou de forma unilateral, na ausência ou impossibilidade de um dos pais ou com o consentimento expresso do outro genitor que reconhece a validade dos atos praticados em prol dos filhos comuns [...].

Nesse diapasão, o autor Washington de Barros Monteiro²⁵ foi capaz de traduzir a importância da autoridade parental em sua definição:

[...] o pátrio poder pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Debajo de seu manto protetor, colocam-se todos os filhos menores, sem exceção, seja qual for a sua categoria: legítima, legitimados, legalmente reconhecidos e adotivos [...].

Em que pese tenha se utilizado da expressão “pátrio poder”²⁶, as palavras do autor citado refletem a aplicação dos princípios da igualdade e da afetividade na relação parental que ensejaram alterações sociais e normativas.

O movimento feminista teve como consequência reflexa a mudança de paradigma na relação do homem com a paternidade. À medida em que a mulher se inseriu no mercado de

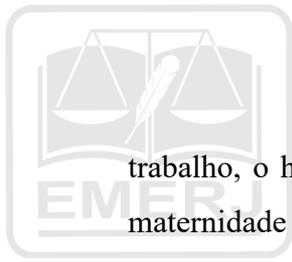
²²GRISARD FILHO, Waldyr et all. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos jurídicos*. Porto alegre: Equilíbrio, 2005, p.39.

²³TEIXEIRA, op. cit., 2009, p.36.

²⁴MADALENO, op. cit., 2013, p. 676.

²⁵MONTEIRO apud RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.946.

²⁶O pátrio poder foi inserido no Código Civil de 1916 e assegurava a hierarquia do marido, visto que o ordenamento jurídico lhe conferia o controle sobre sua família. DIAS, op. cit., 2016, p.456.



trabalho, o homem foi deslocado do papel de mero provedor para o de pai. Dessa forma, a maternidade e a paternidade passam a ser entendidas como funções a serem exercidas em prol dos filhos com base nos princípios da igualdade, do melhor interesse da criança e do adolescente,²⁷ da afetividade e da convivência familiar.

A manutenção do vínculo parental pelo afeto se tornou tão relevante na sociedade, que o princípio da afetividade foi reconhecido e inserido no ordenamento jurídico de forma indireta, conforme preleciona Maria Berenice Dias²⁸ “[...] mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção”. Para a autora, portanto, é a existência dos laços afetivos e da solidariedade que justificam a necessidade de assegurar a convivência familiar.

Destarte, ao equacionar as mudanças socioeconômicas e culturais das últimas décadas com a valorização dos membros da família, encontra-se como resultado que a guarda unilateral deixou de atender aos anseios sociais, fato que acarretou o surgimento da guarda compartilhada e impulsionou a reflexão acerca da importância do convívio familiar.

Embora não existisse qualquer vedação legal para sua implementação antes de ser regulamentada, a guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 11.698 de 2008²⁹, alterando os artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil de 2002³⁰, a fim de legitimar essa nova modalidade.

Seu objetivo era manter a cotitularidade da autoridade parental e garantir o direito de convívio amplo com ambos os genitores após a separação conjugal, promovendo a manutenção dos laços afetivos e obstaculizando práticas prejudiciais ao desenvolvimento saudável da criança, como de alienação parental, visando ao melhor interesse do menor.

Entretanto, ante o enraizamento da estrutura patriarcal e da primazia do cuidado maternal, segundo dados do IBGE³¹ apresentados em 2014, a guarda compartilhada era estabelecida em apenas 7,5% dos processos de divórcio sob o argumento de que não haveria a possibilidade de sua aplicação sem acordo prévio.

²⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157 fls. Tese de Doutorado em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 21 jan.2021.

²⁸DIAS, op. cit., 2016, p. 55/56.

²⁹BRASIL. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

³⁰BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

³¹IBGE. *Estatísticas do registro civil*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>>. Acesso em: 21 jan. 2021.



Dessa forma, em razão da resistência no Poder Judiciário em aceitar essa mudança de paradigma, a Lei nº 13.058/2014³² promoveu alterações nos artigos 1.583 a 1.585 e 1.634 do CC/02³³, impondo a implementação da guarda compartilhada como regra geral.

Contudo, as sentenças ainda prestigiavam a guarda unilateral materna, mantendo o argumento de que o compartilhamento da guarda nos casos conflituosos seria prejudicial ao infante. Nesse sentido, de acordo com dados do IBGE³⁴, nos anos de 2015 e 2016, a guarda compartilhada foi estabelecida em apenas 12,9% e 16,9% dos casos, respectivamente.

Por esse motivo, a Câmara dos Deputados informou a Corregedoria Nacional de Justiça acerca de reclamações de pais e mães referentes ao desrespeito à regra do compartilhamento da guarda.

Por efeito disso, a fim de estimular o cumprimento da lei e, conseqüentemente, respeitar a intenção do legislador, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação nº 25/2016³⁵ recomendando que os Juízes das Varas de Família entendam a guarda compartilhada como regra quando não houver acordo entre as partes.

Contudo, acompanhando os dados divulgados pelo IBGE³⁶ em 2019, verifica-se que a guarda compartilhada dos filhos foi concedida em apenas 26,5% dos divórcios e ainda que, nas hipóteses de fixação da modalidade unilateral, sua atribuição se reverteu em favor das mães em 93,5% dos casos. Isto significa que, já no ano de 2019, o enraizamento da antiga estrutura patriarcal com supremacia materna ainda prevalece, demonstrando a clara resistência no Poder Judiciário de aplicar a intenção do legislador, já ratificada pelo CNJ.

Isso posto, os dados mostram que o crescimento dos percentuais de guarda compartilhada ainda caminha lentamente. Tal fato aponta que as sentenças ainda prestigiam os interesses dos adultos, mantendo a tendência das decisões proferidas sob a égide anterior.

Ademais, a depreciação do discurso de psicólogos, acerca da essencialidade do duplo referencial para o desenvolvimento físico, emocional, ético e moral dos filhos³⁷, indica a afronta ao princípio do melhor interesse do menor, corolário da Doutrina da Proteção Integral.

³²BRASIL. *Lei nº 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

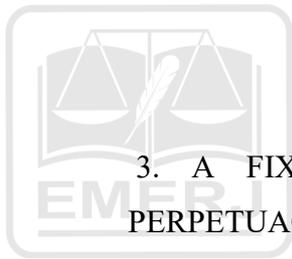
³³BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁴IBGE. *Estatísticas sociais*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

³⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº25*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>>. Acesso em: 21 jan.2021.

³⁶IBGE, op. cit., nota 34.

³⁷DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+>>>. Acesso em: 21 jan.2021.



3. A FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA ÚNICA DO FILHO COMO MEIO DE PERPETUAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL E DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO CIVIL AO OUTRO GENITOR

Nas últimas décadas, a interação paterna com os cuidados e educação dos filhos, em especial na primeira infância, foi desestimulada por uma suposta incapacidade genética masculina para a criação da prole. Todavia, a inserção da mãe no mercado de trabalho provocou a ruptura desse estigma, deslocando o pai da figura de mero provedor para cuidador dos filhos comuns.

Tal fato atraiu o interesse de especialistas a fim de observar o papel de ambos os pais no desenvolvimento infantil e os estudos acerca do tema apontaram a essencialidade do duplo vínculo referencial como ponto de convergência.

Assim, para Nelsinha Elizena Damo Comel³⁸, a imprescindibilidade desse liame está diretamente relacionada com a sobrevivência da espécie em virtude da extrema fragilidade humana desde o nascimento, como expõe “[...] a pessoa humana, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vai necessitar de ajuda e participação dos dois componentes que foram essenciais à geração dela”.

Por outro lado, João Batista Torello³⁹ entendeu que a essencialidade da contribuição dos pais se dá durante todo o processo de crescimento das crianças e dos adolescentes. Para ele, esse vínculo encontra fundamento na complementaridade de influências, compreendendo o filho como um produto de sua relação parental, e não, necessariamente, conjugal.

Essa imprescindibilidade do convívio familiar amplo para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes já foi reconhecida pelos aplicadores do direito, conforme preleciona a Ministra Nancy Andrighi⁴⁰:

[...] a moderna psicologia enuncia que a criança deve se desenvolver sobre o influxo de ambos os pais, ou seja, com oportunidades de conviver com as famílias paterna e materna de forma isonômica, para que assim possa formar sua personalidade da maneira mais completa possível.
Eis aí a verdadeira aplicação do princípio do melhor interesse da criança, previsto constitucionalmente [...].

Entretanto, a resistência no Poder Judiciário da aplicação da guarda compartilhada de

³⁸COMEL apud Ibid.

³⁹TORELLO apud Ibid.

⁴⁰PEREIRA, Rodrigo da cunha. *TJMG: convivência familiar e os reflexos da Lei nº13.058/2014*. Disponível em: <<https://www.rodrigodacunha.adv.br/tjmg-convivencia-familiar-e-os-reflexos-da-lei-13-0582014/>>. Acesso em: 22 jan.2021.

forma plena, traduz-se na necessidade de enfatizar a importância do duplo vínculo referencial e abordar a viabilidade do duplo domicílio, esclarecendo ao final que tal resistência já não se sustenta, nem sob bases legais, nem sob o fundamento do melhor interesse do menor.

No ordenamento jurídico brasileiro, o duplo domicílio foi estabelecido como regra. Com a nova redação do artigo 1583, parágrafo 3º, do Código Civil de 2002⁴¹, promovida pela Lei nº13.058⁴², o legislador afastou qualquer hipótese de omissão normativa acerca da designação de um domicílio para o filho, tal como era defendida por alguns autores, prevendo que apenas a cidade deve ser fixada como base de moradia da criança.

Interessante citar que a pluralidade domiciliar não constitui impedimento a aplicação do duplo domicílio por ser expressamente prevista no artigo 71 do Código Civil de 2002⁴³.

Ademais, a dupla residência ou dupla base de moradia não se confunde com a guarda alternada, que sequer possui previsão legal. Naquela, a criança possui duas casas de forma simultânea. Na última, a residência é alternada, isso significa que ela mora em cada casa apenas nos períodos pré-determinados.

No que tange as consequências psicológicas da implementação do duplo domicílio, estudos comprovam que a dupla residência contribui para a saúde mental das crianças à medida que promove o equilíbrio parental, a ampliação do convívio familiar e inibe, ou obstaculiza, a alienação parental.

A psicóloga e investigadora do Instituto Karalinska de Estocolmo, Malin Bergstrom, estudou os filhos de casais que vivem sob o regime de guarda compartilhada durante 5 anos⁴⁴, dividindo-os em grupos por faixa etária, quais sejam de 10 a 18 anos e 2 a 5 anos. Na Suécia, local do estudo, a guarda compartilhada é vivenciada nos moldes da residência alternada, modelo mais rígido se comparado ao pluridomiciliar, previsto no Brasil.

Ela concluiu que, em ambos os grupos, os filhos de casais que efetivamente vivem em residências alternadas apresentavam melhor saúde mental, física e bem-estar quando comparados àquelas que vivem com apenas um dos pais.

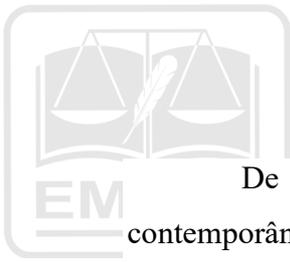
Embora tenha ressaltado que o estudo não gerou conhecimento suficiente para definir se a guarda compartilhada com pais em conflito poderia ou não ser indicado, afirmou que não encontrou problemas nos filhos desses casais.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 32.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴⁴NEVES, Céu. *Malin Bergström*: "Crianças em residência alternada têm melhor saúde física e mental". Diário de notícias, 2017. Disponível em: <<https://www.dn.pt/sociedade/malin-bergstrom-criancas-em-residencia-alternada-tem-melhor-saude-fisica-e-mental-5743251.html>>. Acesso em: 17 fev.2021.



De acordo com o psicólogo Evandro Luiz Silva⁴⁵, no contexto familiar contemporâneo as crianças devem ter duas casas, afirmando que “nos acompanhamentos de crianças que vivem o modelo da guarda compartilhada com alternância de casa, observamos a boa adaptação e a facilidade de construir vínculos com as duas casas [...]”.

Ainda se referindo ao modelo alternado, o autor afirma que os pais devem permitir ao filho adaptar-se a nova situação de dupla residência, apontando que problemas comportamentais que possam surgir seriam fruto de problemas na relação entre os pais, sem relação com a dualidade de lares.

Assim, se a guarda alternada, molde mais rígido de convivência familiar, mostrou-se, cientificamente, benéfico às crianças e aos adolescentes, não há como sustentar que o duplo domicílio poderia prejudicá-los.

Nesse sentido, revela-se imprescindível analisar o provável impacto da dupla residência na alienação parental, visto que a guarda compartilhada foi instituída também com o intuito de inibir ou atenuar a alienação parental.

Para Rodrigo Cunha Pereira⁴⁶ “[...] a guarda dos filhos é uma questão, também, de poder”. A afirmação do autor se sustenta na resposta psíquica da maioria dos genitores frente a separação. É comum que os sentimentos de abandono e frustração decorrentes do fim da relação conjugal sejam transferidos aos filhos e resulte na manipulação da relação parental⁴⁷.

As crianças passam a ser percebidas como propriedade de um dos pais e a residência única tende a ser entendida como uma concessão da posse legítima do filho a um genitor. Nesse sentido, a guarda compartilhada com domicílio único se assemelha a guarda unilateral, visto que aquele que foi contemplado com a exclusividade da moradia do filho recebe privilégios muito semelhantes àqueles conferidos ao guardião unilateral.

O genitor agraciado com a residência única será o verdadeiro gerenciador da vida do filho, enquanto o outro permanecerá com a autoridade parental e um direito de visitas que não lhe seriam retirados na guarda unilateral. Por isso, Iane Ruggiero⁴⁸ defende que “a guarda

⁴⁵SILVA, Evandro Luiz. *Guarda de filhos: aspectos psicológicos*. In: GRISARD FILHO, Waldyr et all, op. cit., 2005, p. 23.

⁴⁶PEREIRA, Rodrigo da cunha. *Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 21 jan.2021.

⁴⁷SANTOS, Renata Rivelli Martins dos; MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. *Direito à convivência ampla sobrepõe-se à vontade do guardião*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-01/direito-convivencia-genitores-sobrepoe-vontadesguardiao#:~:text=O%20alienador%20n%C3%A3o%20consegue%20reconhecer,irrestritamente%20com%20o%20seu%20genitor>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

⁴⁸RUGGIERO, Iane. *Como é a Guarda Compartilhada na prática?* Disponível em: <<https://ianeruggiero.jusbrasil.com.br/artigos/458934043/como-e-a-guarda-compartilhada-na-pratica>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

compartilhada não precisaria ter sido criada [...]”.

Assim, enquanto o poder para decidir sobre a vida dos filhos decorre da autoridade parental, a obstaculização de seu exercício deriva da convicção que um genitor possui de que o filho lhe pertence.

Essa percepção acaba sendo reforçada pelo Estado por meio do domicílio único e sua consequente amplitude de poderes, já que a residência do filho será mantida mesmo que o cotidiano do infante seja gerenciado unilateralmente⁴⁹. Nesse diapasão, Fernando Salzer⁵⁰ afirma “[...] a fixação do domicílio único, seja materno ou o paterno, deixa a criança ou adolescente à mercê de interesse próprio e privado do genitor que foi agraciado com a fixação a seu favor, afrontando a regra da prevalência do melhor interesse da criança”.

Posto isso, verifica-se que o domicílio único vai de encontro ao deslocamento das crianças e dos adolescentes da situação de objeto para sujeitos de direitos promovido pela CRFB/88⁵¹ e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁵², visto que privilegia interesses de um dos pais em detrimento do interesse dos filhos, afrontando ao princípio do melhor interesse do menor, corolário da Doutrina da Proteção Integral.

Por fim, cabe ainda apontar que a guarda é um exercício da autoridade parental que envolve tanto a custódia legal quanto a custódia física. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, os pais podem ser destituídos do direito de ter o filho sob sua guarda caso venham a praticar algum ilícito civil em desfavor da prole.

Os motivos que permitem a suspensão ou extinção da autoridade parental, e consequente da guarda fática do filho, estão descritos nos artigos 1.635 a 1.638 do Código Civil de 2002⁵³ e no artigo 24 do ECA⁵⁴, cujo fundamento pode retirado do artigo 227, parágrafo 4º, da CRFB/88⁵⁵ e do artigo 18 também do ECA⁵⁶.

Genericamente, entende-se que tal sanção é imposta ao genitor apenas nos casos em seja constatada a prática de abuso de autoridade, abandono ou violência física e/ou moral contra o filho. Especificamente, no artigo 6º, inciso VI, da Lei nº12.318⁵⁷, a Lei da Alienação

⁴⁹Ibid.

⁵⁰SILVA, Fernando Salzer. *Guarda compartilhada, a regra legal do duplo domicílio dos filhos*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1524/Guarda+compartilhada%2C+a+regra+legal+do+duplo+domic%C3%A9lio+dos+filhos>>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 05.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 13.

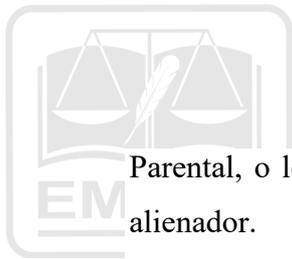
⁵³BRASIL, op. cit., nota 30.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵⁵BRASIL, op. cit., nota 05.

⁵⁶BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵⁷BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 fev. 2021.



Parental, o legislador previu a fixação da residência do filho como uma sanção aplicada ao alienador.

Portanto, analisando sistematicamente o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que a fixação da residência do filho em favor de apenas um genitor é, na realidade, uma sanção civil que é aplicada sem a prática de qualquer ato ilícito que a justifique.

Dessarte, as sentenças que estabelecem a guarda compartilhada sem observar a regra do duplo domicílio, condenam tacitamente o genitor desfavorecido a perda de parte de sua autoridade parental e concedem ao detentor da residência do filho comum poderes semelhantes aos de um guardião unilateral. Por isso, Fernando Salzer e Silva⁵⁸ afirma:

[...] quando um magistrado fixa residência base ou lar de referência de uma criança ou adolescente, na verdade ele está punindo o genitor que não foi agraciado com tal benesse, tacitamente imputando a este a prática de um ilícito civil, assim como suspendendo parte de seu poder familiar, implementando verdadeira guarda unilateral travestida de compartilhada, tudo isso sem a observância do devido processo legal [...].

No tocante ao filho, o domicílio único retira dele o senso de pertencimento aos dois lares, prejudicando o desenvolvimento de sua autonomia, segurança e flexibilidade social, fomentando, em contrapartida, o desapego e o medo do abandono.

Por fim, é importante citar que alguns autores entendem ser possível estabelecer um lar referencial nos casos em que o convívio não possa ocorrer de forma equânime. Entretanto, tal opção apenas perpetua a manutenção da criança ou adolescente sob a custódia fática de apenas um genitor, visto que a única mudança real seria o nome dado a fixação de um domicílio único.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como ponto central, a existência de um conflito entre a norma e o enraizamento da estrutura patriarcal no Poder Judiciário. Tal colisão se revela por meio das sentenças que estabelecem o domicílio único do filho na guarda compartilhada.

O legislador pretendia romper com a cultura da monopolização parental, promovendo a paridade parental e o desenvolvimento saudável dos filhos através do fortalecimento dos laços afetivos com ambos os pais. Entretanto, as decisões judiciais vêm mantendo o discurso de que a simultaneidade de residências acarretaria prejuízos à criança.

⁵⁸SILVA, op. cit., nota 50.

Ao longo da pesquisa, foi possível concluir que as reiteradas sentenças que fixam o domicílio único são desprovidas de fundamento científico, revelando ainda um retrocesso principiológico e legal que implica em uma conduta discriminatória entre os genitores por meio do devido processo legal.

Na prática, o Poder Judiciário vem mantendo as crianças e os adolescentes na condição de objeto à medida que proferem decisões que atendam ao interesse dos pais e da sociedade em detrimento dos reais interesses dos filhos, afrontando a Doutrina da Proteção Integral, preconizada na Constituição Federal, e a norma infraconstitucional.

Esta pesquisadora entendeu que as decisões judiciais vêm sendo proferidas dissociadas da realidade social, da norma e do discurso de especialistas que já constataram, cientificamente, que o senso de pertencimento do filho nas duas casas viabiliza seu desenvolvimento saudável, teoricamente, preconizado nas sentenças.

No tocante aos pais, foi possível verificar que o legislador buscou retirar a criança do poder de um genitor, mantendo-a como filho de ambos. Contudo, na realidade, aquele que é contemplado com a residência fixa gerencia o cotidiano da criança com liberdade própria da guarda unilateral. Por outro lado, o outro genitor exerce o direito de visita – romanticamente denominado de convivência familiar – e espera pela oportunidade de ser convocado para decidir sobre questões importantes na vida do filho, sendo punido com o afastamento parental.

Esta pesquisa chegou ao entendimento de que, para a prolação de uma decisão judicial que verdadeiramente vise ao melhor interesse do filho e a paridade parental, os julgadores devem preconizar a regra do domicílio único, utilizando-se da equipe multidisciplinar para aplicar o lar referencial apenas como exceção.

Cabe frisar que as decisões acerca do domicílio do filho possuem como objetivo preservar o desenvolvimento saudável da criança. Por isso, não se deve esperar que a sentença resolva os conflitos existentes entre os pais, mas que promova o estreitamento dos laços parentais na busca pelo melhor interesse da criança.

Entretanto, ficou evidente que os julgadores defendem a paridade parental em prol do filho apenas na teoria, pois, na prática, recusam sua implementação.

O principal argumento usado por esta pesquisa para a solução da questão sustentou-se nas premissas de que o interesse da criança deve ser priorizado pelo Estado, que inexistem barreiras jurídicas que impeçam o filho de ter duas casas simultâneas associado a comprovação científica de seus benefícios.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que há resistência no Poder Judiciário na implementação da guarda compartilhada em sua



integralidade diante do enraizamento da cultura patriarcal e da maternalização sob o fundamento de proteção da criança.

Se o objetivo do julgador é aplicar a lei, com base nos princípios e nos costumes, não cabe a ele, com base em estruturas superadas pela sociedade, afastá-la como regra, fixando o domicílio único sob pena de acarretar perdas emocionais pelo rompimento de laços afetivos e o desenvolvimento de transtornos psíquicos tanto nos filhos como nos pais que poderiam ser evitados pela aplicação da lei.

Isso posto, o CNJ deve preocupar-se com a concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes por meio da aplicação das leis. Sentenças prolatadas com base na experiência obtida a partir de uma estrutura já superada, rechaçando o conhecimento científico, traduzem a imposição de um pensamento dominante que, não necessariamente, atende aos anseios sociais, tornando-se um potente instrumento de fomento dos conflitos entre os pais.

As alterações legislativas ainda não podem ser consideradas ideais, mas representam um grande avanço na concretização de princípios constitucionais como da afetividade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor e devem ser aplicadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 15 set. 2020

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n°25*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065>>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Lei n° 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Lei n° 13.058*, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Decreto n°181*, de 24 de janeiro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 26 set. 2020.



_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. *Lei nº 11.698*, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 fev. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Guarda compartilhada dos pais e duplo domicílio dos filhos*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1263/Guarda+compartilhada+dos+pais+e+duplo+domic%C3%ADlio+dos+filhos>>. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. *Filho da mãe*. Disponível em: <[file:///C:/Users/crist/Downloads/\(cod2_602\)2_filho_da_mae.pdf](file:///C:/Users/crist/Downloads/(cod2_602)2_filho_da_mae.pdf)>. Acesso em: 21 jan.2021.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+>>>. Acesso em: 21 jan.2021.

GRISARD FILHO, Waldyr et all. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos jurídicos*. Porto alegre: Equilíbrio, 2005.

IBGE. *Estatísticas sociais*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

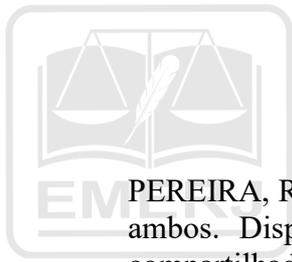
_____. *Estatísticas do registro civil*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

MEIRELLES apud VALE, Horácio Eduardo Gomes. *O Princípio do Melhor Interesse do Menor*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81317/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em: 01 mar.2021.

MONTEIRO apud RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.946.

NEVES, Céu. *Malin Bergström: "Crianças em residência alternada têm melhor saúde física e mental"*. Diário de notícias, 2017. Disponível em: <<https://www.dn.pt/sociedade/malin-bergstrom-criancas-em-residencia-alternada-tem-melhor-saude-fisica-e-mental-5743251.html>>. Acesso em: 21 jan. 2021.



PEREIRA, Rodrigo da cunha. *Guarda compartilhada*: o filho não é de um nem de outro, é de ambos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157 fls. Tese de Doutorado em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *Uma principiologia para o direito de família*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/40.pdf>>. Acesso em: 21 jan.2021.

_____. *TJMG: convivência familiar e os reflexos da Lei nº13.058/2014*. Disponível em: <<https://www.rodrigodacunha.adv.br/tjmg-convivencia-familiar-e-os-reflexos-da-lei-13-0582014/>>. Acesso em: 22 jan.2021.

RUGGIERO, Iane. *Como é a Guarda Compartilhada na prática?* Disponível em: <<https://ianeruggiero.jusbrasil.com.br/artigos/458934043/como-e-a-guarda-compartilhada-na-pratica>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos; MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. *Direito à convivência ampla sobrepõe-se à vontade do guardião*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-01/direito-convivencia-genitores-sobrepoe-vontades-guardiao#:~:text=O%20alienador%20n%C3%A3o%20consegue%20reconhecer,irrestritamente%20com%20o%20seu%20genitor>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

SILVA, Fernando Salzer e. *A questão da fixação do domicílio dos filhos na guarda compartilhada*. Disponível em: <<https://www.sedep.com.br/artigos/a-questao-da-fixacao-do-domicilio-dos-filhos-na-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 15 set.2020.

_____. *Guarda compartilhada, a regra legal do duplo domicílio dos filhos*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1524/Guarda+compartilhada%2C+a+regra+legal+do+duplo+domic%C3%ADlio+dos+filhos>>. Acesso em: 15 set. 2020.

SILVEIRA, Jessica Ziegler de Andrade. *A Proteção Integral e o Melhor Interesse da criança e do adolescente: uma abordagem à luz da Lei nº8.069/90*. 2015. 72f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler>>. Acesso em: 07 out. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade parental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NECROPOLÍTICA: A LEGÍTIMA DEFESA COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA DE MORTE

Daiane Caillaux de Almeida

Pós-graduada em Direito Público pela
Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – a política de segurança pública estatal se apresenta cada vez mais agressiva e letal, especialmente quando levado em conta o número de corpos abatidos pela polícia. Tais números demonstram a crescente matança de pessoas tidas como marginalizadas pelo Estado. A essência do trabalho consiste em demonstrar que a necropolítica, ou a política da morte, se encontra consolidada no cenário atual e que seus fundamentos são passivamente aceitos no seio social, especialmente em razão do uso de institutos legais desvirtuados, em discursos legitimadores desse tipo de política. Além disso, este trabalho consiste em demonstrar a necessária responsabilização criminal de chefes de governo que, através do seu programa, incentivam agentes de segurança pública a cometer crimes.

Palavras-chave – Direito penal. Necropolítica. Excludente de ilicitude. Legítima defesa.

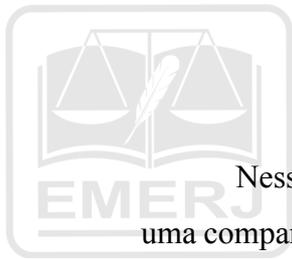
Sumário – Introdução. 1. A necropolítica e sua semelhança com o cenário político brasileiro atual. 2. O uso da legítima defesa como instrumento de aceitação do abate. 3. A responsabilização penal do chefe de governo diante dos crimes praticados por agentes policiais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de responsabilização penal do chefe de governo nos casos em que, baseados no seu discurso legitimador, agentes de segurança pública ceifam a vida de supostos criminosos. Procura-se demonstrar como o instituto da legítima defesa é utilizado a fim de dar juridicidade a atos típicos de uma política da morte e como essa mensagem pode influenciar no senso comum social.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os conceitos de necropolítica, fazendo um paralelo com a política de segurança pública brasileira, principalmente do estado do Rio de Janeiro, demonstrando como a sua concretização é perigosa para o Estado Democrático de Direito.

A política da morte se consuma, cada vez mais evidente e, ao mesmo tempo, cada vez mais silenciada pelo apoio ou passividade da maioria, o que torna urgente a discussão sobre o tema. A necropolítica, o modo como ela é implementada através de um discurso que se calca na juridicidade e a responsabilidade penal do chefe de governo por essa política são temas que devem ser analisados conjuntamente ante a sutileza e o enraizamento do ideal no meio político.



Nesse sentido, no primeiro capítulo, aborda-se os conceitos de necropolítica, realiza-se uma comparação com o cenário da segurança pública brasileira e demonstra-se como a política da morte é cada dia mais latente e melhor implementada, especialmente contra pessoas marginalizadas.

Em um segundo capítulo, analisa-se o instituto da legítima defesa e a tentativa frequente de o Poder Público em utilizá-lo como excludente da ilicitude de fatos típicos cometidos pelos agentes de segurança pública. Além disso, demonstra-se, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a sua inaplicabilidade em atos que visem a concretização da política da morte e como o discurso da legítima defesa é aceito como legítimo pela sociedade.

Por fim, em um terceiro capítulo, pesquisa-se, com base em doutrina criminal respeitada sobre o tema, a possibilidade de responsabilização penal do chefe de governo nos casos em que o seu discurso, que visa uma política da morte, acarreta o abatimento de pessoas marginalizadas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elege um conjunto de preposições 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 é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador vale-se da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar sua defesa.

1. A NECROPOLÍTICA E SUA SEMELHANÇA COM O CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO ATUAL

“Mortos-vivos”: assim Achille Mbembe¹ chama aqueles que possuem corpos socialmente aceitáveis de serem abatidos e que se encontram submersos em um “mundo de morte”. Mas por qual razão a sociedade aceitaria com passividade que determinadas pessoas fossem mortas?

Utilizando os conceitos de biopolítica e biopoder de Michel Foucault, Mbembe² desenvolve o conceito de necropolítica como sendo o poder, que se utiliza do discurso e das tecnologias de controle, de escolher quem deve morrer e quem deve viver. Por meio desse conceito, Mbembe analisa como o Estado adota uma política da morte se valendo de um discurso calcado na necessidade da eliminação de grupos para a segurança da maioria.

¹ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 5. ed. São Paulo: n-1 Edições, 2020, p. 71.

² *Ibid.*, p. 5.



Partindo disso, se observa que, no estado contemporâneo, há várias maneiras pelas quais as tecnologias, especialmente as armas de fogo, aliadas a um discurso estatal legitimador, são utilizadas com o fim de promover a eliminação do inimigo criado, muitas vezes, de forma imaginária. Tal abate de pessoas é aceito pela maioria, já que se acredita ser um meio *sine qua non* para alcançar a segurança pública. Desse modo, se desenha uma sociedade que convive passivamente com a ideia do aniquilamento de grupos de pessoas marginalizadas, que estão a todo instante a beira da morte.

A criação de uma relação de inimizade, portanto, é um meio para que a política da morte seja enraizada. Mbembe³ entende que o controle da eleição desse inimigo, e conseqüentemente de quem deve morrer, tem como pressuposto a divisão das pessoas em grupos biológicos, o que Foucault⁴ denomina de racismo. Nesse sentido, o racismo é elemento primordial tanto para a eleição do inimigo como também para a aceitabilidade de sua morte.

A escolha de inimigos por meio de um discurso estatal legitimador é evidente no mundo contemporâneo. No Brasil, por exemplo, oito meses depois de tomar posse, o Presidente da República⁵ afirmou em reunião com governadores de estado que as reservas indígenas buscam “inviabilizar” o país.

Em relação à segurança pública, tema central deste trabalho, não é difícil associarmos os conceitos e os exemplos trazidos por Mbembe⁶ ao cenário brasileiro, especialmente no contexto da política de segurança instituída no estado do Rio de Janeiro, conforme se depreende em sua análise sobre a Palestina:

Como ilustra o caso palestino, a ocupação colonial contemporânea é uma concatenação de vários poderes: disciplinar, biopolítico e necropolítico. A combinação dos três possibilita ao poder colonial dominação absoluta sobre os habitantes do território ocupado. O “estado de sítio” em si é uma instituição militar. Ele permite uma modalidade de crime que não faz distinção entre o inimigo interno e o externo. Populações inteiras são o alvo do soberano. As vilas e cidades sitiadas são cercadas e isoladas do mundo. O cotidiano é militarizado. É outorgada liberdade aos comandantes militares locais para usar seus próprios critérios sobre quando e em quem atirar. O deslocamento entre células territoriais requer autorizações formais. Instituições civis locais são sistematicamente destruídas. A população sitiada é privada de seus meios de renda. Às execuções a céu aberto somam-se matanças invisíveis.

³ Ibid., p. 17.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 95-98.

⁵ OGLOBO. *Bolsonaro diz que reservas indígenas tentam inviabilizar Brasil*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/bolsonaro-diz-que-reservas-indigenas-buscam-inviabilizar-brasil23908043>> Acesso em: 29 set. 2020

⁶ MBEMBE, op. cit., p. 48.



Com base em uma análise comparativa, percebe-se que, no contexto de segurança pública brasileira, o necropoder já se encontra consolidado. Cria-se a ideia de que somente com a eliminação do outro, aquele ser destituído de humanidade, é que se alcançará a segurança. Com isso, o uso ilegítimo da força por meio do aparato policial estatal em face de grupos tidos como inimigos vira rotina. A violência e a morte como instrumentos de segurança pública são banalizadas.

Nessa visão, se verifica uma consolidação do estado de exceção, já que constantemente é invocado pelo poder estatal para justificar uma política da morte. Carl Schmitt⁷, na sua teologia política, preceitua que o “estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal”. Isso porque a autoridade se mostra soberana, já que somente o poder soberano possui o monopólio de decidir sobre a exceção e a emergência.

Em que pese as inúmeras configurações de soberania, a preocupação maior dentro de uma análise da necropolítica é sobre aquela “cujo projeto central não é a luta pela autonomia, mas a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos”⁸. Mbembe⁹, citando Georges Bataille, diz que o mundo da soberania “é o mundo no qual o limite da morte foi abandonado” e que o soberano “não respeita os limites de identidade mais do que respeita os da morte, ou, ainda, esses limites são os mesmos; ele é a transgressão de todos os limites”.

Fato é que continuamente a sociedade se depara com atos do soberano que demonstram que o estado de exceção deixou ser uma situação excepcional. No Estado do Rio de Janeiro, é comum se observar diversos discursos legitimadores da morte, bem como atos de matança a comando do governador do estado. Em 2018, o então candidato Wilson Witzel¹⁰ trouxe como plano de seu governo a “autorização para abate de criminosos portando armas de uso exclusivo das forças armadas, nos termos do que determina o art. 25 do Código Penal”. Depois de eleito, não foram poucas as manifestações do governador¹¹ no sentido de autorizar a morte de supostos criminosos, dizendo que os policiais iriam “mirar na cabecinha e fogo”. Em decorrência dessa política, o que se vê são casos, que parecem infinitos, de abate de vidas em ações policiais.

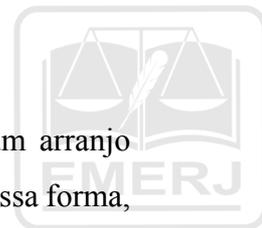
⁷ SCHIMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14.

⁸ MBEMBE, op. cit., p. 10.

⁹ Ibid., p. 15.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plano de governo*: coligação “Mais ordem, mais progresso”. Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/RJ/2022802018/190000612301/proposta_1534218285632.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹¹ ESTADÃO. “*A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo*”, diz novo governador do Rio. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-do-rio,70002578109>. Acesso em: 30 set. 2020.



Como observa Mbembe¹², o estado de exceção se torna regra, “adquire um arranjo especial permanente que se mantém continuamente fora do estado normal da lei”. Dessa forma, a política do abate é banalizada pela sociedade que aceita com passividade o discurso de que a morte do inimigo é necessária para a segurança.

O uso da tecnologia é outro ponto que deve ser analisado no contexto da necropolítica. Observa-se que as armas de destruição se tornaram, com o avanço tecnológico, mais palpáveis e acessíveis quando necessárias para a escolha da vida ou da morte dos corpos marginalizados. Sobre isso, Mbembe¹³ diz que “as novas tecnologias de destruição estão menos preocupadas com a inscrição de corpos em aparatos disciplinares do que inscrevê-los, no momento oportuno, na ordem da economia máxima, agora representada pelo massacre”.

A influencia do avanço da tecnologia das armas nos meios de exercício da necropolítica, assim como os demais pontos abordados nesse capítulo, também é evidente na sociedade contemporânea. Em dezembro de 2018, por exemplo, o governador Wilson Witzel foi a Israel conhecer drones que, além de fazer reconhecimento facial, possuem a finalidade de atirar¹⁴.

Para finalizar a análise sobre os conceitos e instrumentos da necropolítica e a sua semelhança com a política brasileira, se faz necessário o exame do discurso empregado pelo soberano com a finalidade de legitimar seus atos. Com a constante massificação de um discurso de morte, o poder estatal soberano tenta, de diversas formas, dar legitimidade jurídica aos seus meios.

Em termos de segurança pública, como já citado anteriormente, no plano de governo¹⁵ do governador do Estado do Rio de Janeiro eleito em 2018, há a expressa menção de autorização para que os agentes militares da segurança pública possam matar supostos criminosos, portadores de arma de fogo, pois estariam acobertados pelo instituto da legítima defesa.

Além desse claro exemplo, foi observada, em 2019, a tentativa de alteração da redação do dispositivo legal que dispõe sobre a legítima defesa no Código Penal, no chamado “pacote anticrime”. Na justificativa do projeto¹⁶, falava-se que a redação do dispositivo gerava “absoluta insegurança do policial, pois impõe-lhe aguardar a ameaça concreta ou o início da execução do

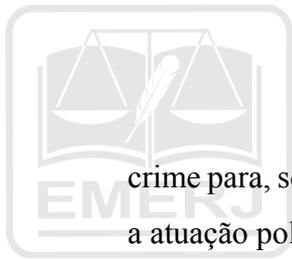
¹² MBEMBE apud AGAMBEN Giorgio, *Meios sem fim*: Notas sobre a política. Belo Horizonte: Autêntica, p.41.

¹³ MBEMBE, op. cit., p. 59.

¹⁴ OGLOBO. “*Em busca de drones que atiram, Witzel embarca para Israel na segunda*”. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/em-busca-de-drones-que-atiram-witzel-embarca-para-israel-na-segunda-23267138>>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plano de governo*: coligação “Mais ordem, mais progresso”. Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/RJ/2022802018/190000612301/proposta_1534218285632.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 882*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 30 set. 2020.



crime para, só depois, reagir”. Tal justificativa, por si só, já demonstrava a tentativa de legitimar a atuação policial em legítima defesa até mesmo antes da ameaça.

Dessa forma, vislumbra-se, no cenário atual, que a ideia da eliminação do inimigo é gradualmente aceita pela sociedade ante o discurso de legitimidade propagado. Em razão disso, a rejeição das tentativas de ampliar as excludentes de ilicitude no sistema jurídico nacional, bem como de desvirtuar os institutos já existentes, deve ser urgente, sob pena de se assistir com passividade a instalação definitiva de uma política de morte.

2. O USO DA LEGÍTIMA DEFESA COMO INSTRUMENTO DE ACEITAÇÃO DO ABATE

Inúmeros são os mecanismos estatais para a instauração de uma política de morte. Neste artigo, como é abordado especificamente o impacto na necropolítica na segurança pública, faz-se necessária uma análise detalhada da tentativa de efetivação das excludentes de ilicitude, especialmente a legítima defesa, como meio para aumentar a capacidade de matar do Estado.

Em 2019, através do Projeto de Lei nº 882¹⁷, que ficou conhecido como “pacote anticrime”, o governo federal propôs uma série de alterações no Código Penal. Dentre as propostas, havia a inclusão de um parágrafo único no art 25, que contava com a seguinte redação:

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes."

Observa-se que a inclusão do texto legal visava incluir novas hipóteses de legítima defesa, que seriam destinadas especificamente aos atos cometidos por agentes policiais ou de segurança pública. Em que pese a conduta desses agentes, quando preenchidos os requisitos legais, já se encontrar abarcada pelo caput, a alteração proposta chamava atenção pelo uso do verbo “prevenir”.

A situação justificante da legítima defesa, quanto aos seus requisitos objetivos, pressupõe uma agressão injusta e atual ou iminente. Em relação à injustiça da agressão, a

¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 882*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 17 mar. 2021.



doutrina¹⁸ entende que deve ser, em regra, ilícita, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico. Além disso, se considera a agressão injusta quando não possa ser suportada pelo agredido, sendo imotivada ou não provocada.

A atualidade, por sua vez, é verificada quando a ação agressiva está em realização. O que gera maior debate, entretanto, é a definição da iminência. Claus Roxin¹⁹ define a agressão iminente como sendo aquela ocorrida entre o final dos atos preparatórios e o momento desencadeado imediatamente após, que é inerente ao conceito de tentativa. Nesse sentido, o referido doutrinador alemão exemplifica que a aproximação do agressor com uma arma contundente na mão de forma ameaçadora para agredir a vítima, em que pese não haver tentativa, há o último momento da fase preparatória, o que é suficiente para caracterizar a iminência da agressão e justificar a defesa.

Na doutrina nacional, Cezar Roberto Bitencourt²⁰ entende que a agressão iminente é aquela que “está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa, sob pena de concretizar-se”. Nesse sentido, não há como se admitir legítima defesa para agressões futuras, já que não se faz presente a atualidade ou a iminência do ato agressor. Um ataque apenas planejado ou em fase de preparação, que ainda não perto da tentativa, não pode justificar a autodefesa.

Considerando isso, se deve, agora, entender como a inclusão do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, com a redação proposta, alargaria a capacidade do Estado de matar, especialmente grupos marginalizados. O caput²¹ do dispositivo legal dispõe que se encontra em legítima defesa aquele que “repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. O uso do verbo “repelir” se coaduna com o requisito da atualidade ou iminência da agressão, já que se repele algo que se está acontecendo ou em vias de acontecer. A utilização desse verbo indica que só se encontrará em legítima defesa aquele que se defende, que rechaça ou impele algo que representa um perigo concreto.

Contudo, o verbo “prevenir” não é sinônimo de “repelir” e indica claramente a intenção de se fazer abarcar pelo conceito de legítima defesa condutas que se antecipam à agressão. Segundo o dicionário Michaelis²², prevenir significa “dispor algo com antecipação, a

¹⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020, p. 362.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Civitas, 1997, p. 619.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 26. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 936, [e-book].

²¹ 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>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²² MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prevenir+>>. Acesso em: 17 mar. 2021.



fim de evitar qualquer dano ou mal; impedir, obstar; tomar precauções para que algo não aconteça; evitar”. Veja que a utilização de um verbo que possui um conceito temporal mais amplo, demonstra o objetivo de se conferir um alargamento à margem de atuação aos agentes de segurança pública e policiais, o que, na prática, é o mesmo que dar a esses agentes públicos um poder de letalidade cujos atos estariam excluídos de ilicitude.

Não há outra forma de se entender o objetivo dessa redação a não ser como mais um ato de tentativa de legitimar uma política que visa o abate de pessoas. Saliente-se que os agentes policiais e de segurança pública, que se encontram em situações em que são vítimas de agressão, como conflito armado, por exemplo, já possuem suas condutas acobertadas pela excludente da ilicitude da legítima defesa tão somente pela redação do caput do artigo 25²³.

Como se sabe, o parágrafo único do artigo 25 do Código Penal²⁴ não teve sua redação aprovada no Congresso Nacional conforme a proposta original, mas esse fato não significa que a tentativa de ampliar o conceito de legítima defesa e, conseqüentemente, alargar o poder letal ao Estado tenha cessado. Recentemente, em fevereiro de 2021, o Presidente da República²⁵ voltou a afirmar a necessidade da alteração do referido dispositivo legal e que, novamente, encaminhará um projeto ao Parlamento visando a modificação do texto e que, desta vez, já está acordada a sua aprovação com os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A tentativa constante de legitimar os atos de uma política de abate, utilizando as excludentes da ilicitude, não se dá exclusivamente por meio do sistema legislativo. O discurso de defesa da morte travestido de legítima defesa, no cenário político atual, tem se tornado comum por parte de chefes de poderes.

Em 2018, o candidato a governador do Estado do Rio de Janeiro foi eleito com um plano de governo²⁶ que tinha como uma das metas conceder aos policiais militares “autorização para abate de criminosos portando armas de uso exclusivo das forças armadas, nos termos do que determina o art. 25 do Código Penal”.

O porte de arma de fogo é um crime de perigo abstrato²⁷. Como tal, o legislador castiga uma conduta tipicamente perigosa sem que tenha que ocorrer um fato concreto que produza um

²³ BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁴ Ibid.

²⁵ CNNBRASIL. *Com novo comando do Congresso, Bolsonaro quer aprovar excludente de ilicitude*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/02/04/com-novo-comando-do-congresso-bolsonaro-quer-aprovar-excludente-de-ilicitude>>. Acesso em: 17.mar. 2021.

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plano de governo: coligação “Mais ordem, mais progresso”*. Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/RJ/2022802018/190000612301/proposta_1534218285632.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses. Edição n.102 – Estatuto do desarmamento*. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em 11 nov.2021.



resultado. Contudo, como já foi dito anteriormente, a legítima defesa pressupõe uma agressão que constitua um perigo concreto ao bem jurídico protegido. Nas lições de Nelson Hungria²⁸, para a legítima defesa “é preciso que se apresente um perigo concreto, que não permita demora à repulsa”.

Além disso, outra questão tormentosa nessa autorização concedida pelo governador do estado seria a aceitação da legítima defesa em face de agressões à bens da comunidade. Segundo Claus Roxin²⁹:

[...] tampoco son defendibles los bienes jurídicos de la comunidad. Es cierto que la legítima defensa también sirve siempre para el prevalecimiento del Derecho, es decir, para la protección de la comunidad; pero sólo lo hace allí donde simultáneamente se ha de proteger un bien jurídico individual [...].

Entende o referido doutrinador alemão que a ordem social pacífica produziria mais prejuízo do que benefício se cada pessoa pudesse agir em defesa violentamente mesmo sem que houvesse um particular necessitando de proteção individual. A doutrina nacional³⁰, por seu turno, segue a o mesmo entendimento no sentido de que “não cabe legítima defesa diante de agressão a bens da comunidade, salvo quando implique agressão a um bem pessoal”.

Vê-se, portanto, mais uma tentativa de legitimar a matança utilizando como meio justificador os institutos da excludente de ilicitude. Não da forma legislativa, através de um processo formal, como o ocorrido com o citado “pacote anticrime”, mas sim através de um discurso de quem tem autoridade para determinar e decidir sobre operações da polícia militar.

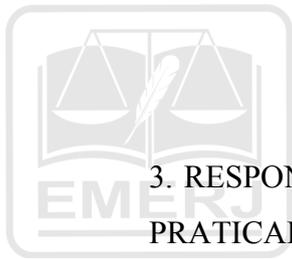
Como se observa, é urgente a contenção dessas manobras que visam instaurar, com aparente legitimidade em que se criam exceções à regra, uma política de morte. Segundo Mbembe³¹, o poder continuamente “se refere e apela à exceção, à emergência e a uma noção de inimigo ficcional. Ele também trabalha para produzir a mesma exceção, emergência e inimigo ficcional”. E, dessa forma, o poder estatal consolida o seu poder soberano de dizer quem deve morrer.

²⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. Atualização Heleno Cláudio Fragoso. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 276.

²⁹ ROXIN, op. cit., p. 625.

³⁰ TAVARES, op. cit., p. 385.

³¹ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 5. ed. São Paulo: n-1 Edições, 2020, p. 18.



3. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO CHEFE DE GOVERNO DIANTE DOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES POLICIAIS

Como já demonstrado até aqui, os atos praticados pelos agentes de segurança pública, no contexto de uma política de morte, quando não acobertados pela legítima defesa, por falta de seus pressupostos, ou quando não praticados no dever da atividade, não podem ter a ilicitude excluída, devendo ser considerados crimes. Mas qual seria a responsabilidade penal do chefe de governo que ordena os atos de matança que consolida uma política de abate no campo da segurança pública?

Antes de adentrar ao debate da responsabilidade, se deve destacar que a premissa básica é de que, nas situações em que o chefe de governo, além de ordenar atos que institucionaliza uma política da morte, ordena diretamente policiais, inclusive garantindo que estes não cometerão crime, há uma relevância da sua conduta no curso causal dos eventuais crimes praticados pelos policiais.

Em relação ao nexos causal da conduta do chefe de governo e o resultado, a teoria da equivalência das condições, que é dominante na literatura e jurisprudência contemporâneas, segundo Juarez Cirino dos Santos³² pode ser reduzida a dois conceitos centrais: primeiro, todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, por isso, são equivalentes no processo causal; e o segundo no sentido de que causa é a condição que não pode ser excluída hipoteticamente sem excluir o resultado, ou seja, “causa é a *conditio sine qua non* do resultado ou a condição sem a qual o resultado não pode existir”.

Nesse sentido, dispõe o artigo 13 do Código Penal³³ que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, ao mesmo tempo em que considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Entretanto, para a análise da relação causal da conduta do chefe de governo com eventuais crimes perpetrados por policiais ao comando de uma política de abate, tal dispositivo deve ser lido em conjunto com o artigo 29 do mesmo código³⁴, que dispõe que aquele que concorre para o crime deve ser punido, mesmo não sendo executor direto.

Conclui-se que, excetuados os casos limitados pela imputação objetiva, a conduta do chefe de governo que ordena atos ligados a política de abate possuem uma relevância na

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 115.

³³ 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>. Acesso em: 5 abr. 2021.

³⁴ Ibid.

contribuição causal dos crimes praticados pelos agentes policiais. Após afirmada essa premissa, resta a análise de qual tipo de responsabilidade, dentro das teorias do concurso de pessoas, estaria o chefe de governo inserido.

Segundo a doutrina nacional³⁵, a autoria em fato delituoso pode ser individual, nos casos em que o autor realiza pessoalmente todas as características do tipo legal; mediata, quando o autor realiza o tipo de injusto utilizando outra pessoa como instrumento; e também pode ser coletiva, se vários autores realizam em comum a conduta delituosa. Ainda, vale ressaltar-se que a autoria, de forma excepcional, pode ser colateral, quando vários autores realizam independentemente um do outro o mesmo fato típico. A participação, por sua vez, pode ocorrer sob as formas de instigação, como determinação dolosa a fato doloso de outrem, e de cumplicidade, quando o agente ajuda dolosamente o fato doloso de outrem.

Para a identificação da responsabilidade penal do chefe de governo, frise-se, nos casos em que há uma determinação para o cometimento de condutas dentro de uma política de morte, se faz necessária uma breve análise de conceitos básicos sobre participação e autoria. Só assim, e por exclusão, se chegará a conclusão sobre a indagação proposta neste capítulo.

Inicialmente, deve ser descartada a possibilidade de considerar o chefe de governo como partícipe em fato doloso alheio. Isso porque a participação tem como característica a natureza dependente ao tipo de injusto do fato principal, o que a torna acessória e limitada. Em razão disso, Juarez Cirino dos Santos³⁶ entende que a “dependência da participação, expressa na natureza acessória da participação em face do tipo de injusto, explica a ausência de domínio do fato do partícipe”.

A ausência desse domínio, segundo o citado autor, importa em duas consequências: a primeira, no sentido de que não há como o partícipe cometer excessos em relação ao objeto do dolo comum, sob pena de se caracterizar a coautoria; a segunda, no sentido de que a participação delimita a área das contribuições de menor importância, necessariamente incompatíveis com a existência do domínio do fato.

A participação por instigação significa que o partícipe incita dolosamente o autor a realizar tipo de injusto doloso. Contudo, em que pese o instigador provocar a decisão do fato no autor, mediante influência psíquica, não é dele o controle sobre a realização do fato, o que é reservado exclusivamente ao autor.

³⁵ SANTOS, op. cit., p.342

³⁶ Ibid., p. 358



Em relação à autoria, se descarta a possibilidade da responsabilidade se dar na forma de autoria individual e imediata, já que nessa hipótese o agente deve realizar ele próprio o comportamento típico. Resta, portanto, a análise da autoria mediata e coletiva.

A autoria mediata, conforme lição de Nilo Batista³⁷, dá-se quando “na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento”. Ainda, o autor ressalta que é o “fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato, sob a forma especial de domínio da vontade” e que o seu pilar se sustenta na “manipulação do decurso do fato pela via de uma vontade alheia submetida”.

Há, no Código Penal, hipóteses expressas de autoria mediata. Juarez Cirino dos Santos³⁸ entende que na hipótese do artigo 62, III, há autoria mediata, porque o instrumento atua em erro de proibição inevitável induzido ou mantido pelo autor mediato. O citado autor exemplifica com a situação em que um policial comete crime em cumprimento de ordem de superior hierárquico, sem possibilidade de conhecimento da ilegalidade da ordem. Nesse caso, estaria ele, por não ter conhecimento da ilegalidade, sendo utilizado como instrumento pelo autor mediato.

Discorrendo sobre a mesma hipótese legal, Nilo Batista³⁹ entende que no dispositivo há duas situações de domínio da vontade: uma primeira naquela referida a uma posição subalterna dentro de uma relação de autoridade e uma segunda referida aos inimputáveis em geral. Logo, os casos em que um policial é usado como instrumento de um crime por autoridade superior, estariam enquadrados na primeira hipótese.

Em que pese os argumentos até aqui trazidos que levam a crer que a responsabilidade penal do chefe de governo poderia ser a de autor mediato dos crimes praticados pelos agentes policiais no contexto de uma política de abate, um alerta deve ser feito. Com base na doutrina de Nilo Batista⁴⁰

[...] será decisiva sempre, a nosso ver, a ignorância do instrumento a respeito da direção final extrema de sua conduta. Empregamos a expressão "direção final extrema" porquanto pode ocorrer, e com frequência, que o instrumento atue finalisticamente no sentido do tipo do delito (como em casos de instrumento agente lícitamente), e ignore uma finalidade que ultrapassa a situação em que se compreende sua ação. Em qualquer hipótese, uma "congruência" entre as representações finais do instrumento e do homem por detrás (Hintermann) sugere o deslocamento da questão para a área da participação, ou da co-autoria [...].

³⁷ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

³⁸ SANTOS, op. cit., p. 350.

³⁹ BATISTA, op. cit., p. 141.

⁴⁰ Ibid., p. 131.



Nesse sentido, observa-se que a autoria mediata depende de uma diversidade de representações entre o autor mediato e o instrumento, pois havendo a mesma representação a hipótese não é de autoria mediata, mas de concurso de agentes. Veja, na hipótese em que o governador⁴¹ do estado determina que policiais irão “mirar na cabecinha e fogo” ao mesmo tempo em que mantém no seu plano de governo uma suposta autorização para essa conduta, afirmando que os policiais estarão em legítima defesa, há, nesse caso, ignorância do instrumento? Os policiais podem ser considerados instrumentos, ignorantes por acreditarem realmente estar em legítima defesa e que desconhecem a ilegalidade da ordem?

As respostas a essas indagações são fundamentais para se identificar se a responsabilização do chefe de governo será na forma de autoria mediata ou de coautoria.

Essa última hipótese estará presente se houver domínio comum do injusto, através divisão do trabalho entre os coautores. Isso quer dizer, segundo Juarez Cirino dos Santos⁴², que, subjetivamente, deve estar presente a decisão comum de realizar o tipo de injusto determinado e, objetivamente, os coautores deverão realizar de forma comum o tipo de injusto, o que se dará por contribuições parciais no domínio do fato típico. Conclui, ainda, o autor⁴³ que “a convergência subjetiva e objetiva dos coautores exprime acordo de vontades, expresso ou tácito, para realizar tipo de injusto determinado”.

Dessa forma, no caso concreto, em que um policial comete um crime, inserido no contexto de uma política de abate instituída e ordenada pelo chefe de governo, a análise deverá ser feita casualmente, no sentido de se observar caso a caso se houve convergência de vontade entre o executor direto e homem detrás. Essa análise é fundamental para que se conclua se o chefe de governo deve responder como autor mediato e ou coautor do delito.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, que os conceitos de necropolítica se encontram enraizados na política estatal brasileira, especialmente na seara da segurança pública. Além disso, foi enfatizado que para a instalação, silenciosa e ardilosa, dessa política, a fim de dar um visual de legitimidade aos atos, são desvirtuados institutos legais, como o que se demonstrou com a legítima defesa.

⁴¹ ESTADÃO. “A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo”, diz novo governador do Rio. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,aolicia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-d-o-rio,70002578109>. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁴² SANTOS, op. cit., p. 352.

⁴³ Ibid., p. 353.



De um lado, há uma população que pleiteia por mais segurança pública e, de outro, o poder público que condena parcela da população à morte, se calcando em argumentos travestidos de juridicidade. O poder público, por sua vez, exerce seu poder de matar, criando inimigos e usando a força letal da sua polícia, com o intuito de dar uma resposta aos anseios da sociedade.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar a conclusão de que as reiteradas manifestações de chefes de governo no sentido de consolidar a política da morte, além de ser ato que atenta contra o Estado de Direito, deve sofrer uma análise profunda acerca da responsabilidade penal.

O principal argumento usado por esta pesquisa, após demonstrada, no primeiro capítulo, a consolidação da necropolítica no cenário da segurança pública brasileira, foi o da necessidade de se combater, através de uma responsabilização penal, os atos que visem o abate de pessoas.

Quanto à problemática desenvolvida no segundo capítulo, a de demonstrar através de exemplos reais o uso da legítima defesa como um instrumento desse tipo de política, esta pesquisa demonstrou que há um grande desvirtuamento dos institutos a fim de dar legitimidade a um discurso que incentiva ou, até mesmo, ordena atos que consolidam a morte como o objeto da política de segurança pública. Esse discurso legitimador, além de dar um falso respaldo aos policiais, fornece à sociedade uma utopia de que o Estado se movimenta, legitimamente, no sentido de fornecer um bem-estar social a todos, mesmo que isso custe vidas humanas.

Considerando todo o paradigma traçado, esta pesquisa desenvolveu, no terceiro capítulo, uma linha de raciocínio em que se demonstra como o chefe de governo pode ser responsabilizado penalmente por, além de ter em seu programa uma escancarada política de abate, influenciar policiais para que estes cometam os atos de matança.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que o chefe de governo deve responder criminalmente, seja por autoria mediata, seja por coautoria, a depender do caso concreto, pelos crimes cometidos pelos agentes de segurança pública quando influenciados diretamente pela política da morte por ele perpetrada.

Restou evidente, por essas razões, que as premissas propostas pelo autor consistem na tese de que a necropolítica já se encontra enraizada na política estatal brasileira, bem como que, para que a sua aceitação seja silenciosa, há a utilização de um discurso legitimador que transveste institutos legais. Além disso, propõe o autor a tese de que o chefe de governo deve ser responsabilizado criminalmente pelos seus atos que diretamente resultem na morte de pessoas.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 26. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plano de governo: coligação “Mais ordem, mais progresso”*. Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/RJ/2022802018/190000612301/proposta_1534218285632.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 882*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses. Edição n.102 – Estatuto do desarmamento*. Disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em 11 nov.2021.

ESTADÃO. “*A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo*”, diz novo governador do Rio. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-do-rio,70002578109>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: tomo II: arts. 11 ao 27. Atualização Heleno Cláudio Fragoso*. 5. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 5. ed. São Paulo: n-1 Edições, 2020.

MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prevenir+>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

OGLOBO. “*Em busca de drones que atiram, Witzel embarca para Israel na segunda*”. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/em-busca-de-drones-que-atiram-witzel-embarca-para-israel-na-segunda-23267138>>. Acesso em: 30 set. 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general: Tomo I*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: Parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.



SCHIMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

O (NÃO) RECONHECIMENTO PELO BRASIL DA VULNERABILIDADE DOS POVOS CIGANOS E A NECESSIDADE DE MEDIDAS EFETIVAS PARA PROTEÇÃO DESSA POPULAÇÃO

Daniela Barreto Silva

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Servidora Pública.

Resumo – Os ciganos, ao lado dos povos indígenas e das comunidades quilombolas, compõem o grupo de populações tradicionais do Brasil. Entretanto, além da constatação da vulnerabilidade da população cigana no país, ainda se verifica a ausência de políticas públicas efetivas por parte do Estado quanto ao provimento de direitos fundamentais, em observância das peculiaridades dessa população; ressalta-se também a ausência de lei, em sentido estrito. A essência do trabalho é identificar as peculiaridades dos povos ciganos, o papel do Estado e dos seus agentes políticos no provimento dos direitos fundamentais dessa população.

Palavras-chave – Povos Ciganos. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Reconhecimento de Vulnerabilidade. Medidas para tutela de direitos.

Sumário – Introdução. 1. A análise do conceito de vulnerabilidade e verificação da sua adequação aos povos ciganos do Brasil. 2. Levantamento doutrinário e jurisprudencial acerca da promoção e da garantia de direitos fundamentais aos povos ciganos do Brasil. 3. A imprescindibilidade de atuação conjunta dos demais poderes e agentes públicos para a efetiva proteção da população cigana do Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o forte clamor da sociedade pelo reconhecimento dos grupos vulneráveis e a consequente busca pela tutela dos direitos políticos, civis e sociais têm impulsionado a edição pelo legislador de normas voltadas exclusivamente para a correção de distorções históricas e culturais, são as chamadas ações afirmativas.

No que concerne às leis em sentido amplo já editadas no sentido o reconhecimento de vulnerabilidade, podem ser citados o Estatuto da Igualdade Social, o Estatuto da Criança e Adolescente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, esta última decorrente de condenação imposta pela Corte Interamericana de Direito Humanos ao Brasil no Caso Maria da Penha.

O presente estudo analisa a possibilidade de reconhecimento dos povos ciganos como grupo vulnerável, e posteriormente realiza o levantamento de compatibilidade das normas vigentes à tutela desses povos, considerando os direitos dispostos no rol dos Direitos Fundamentais e no bloco de constitucionalidade.



A justificativa para o presente artigo científico, em primeiro plano, é a abordagem acerca da necessidade de reconhecimento dos povos ciganos como população vulnerável, tendo como ponto de partida a invisibilidade dessa população para grande parte da sociedade brasileira.

Em segundo plano, confronta-se a evolução normativa promovida pelo legislador infraconstitucional nos últimos anos, seja por meio da elaboração de leis voltadas à proteção de grupos vulneráveis diversos seja por meio de políticas públicas voltadas à correção de injustiças históricas e políticas, no intuito de verificar se essas iniciativas envolvem também a tutela dos direitos fundamentais dos povos ciganos.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta o conceito de vulnerabilidade e o seu enquadramento no contexto dos povos ciganos no Brasil. Em seguida, promove-se o levantamento das normas em vigência no ordenamento brasileiro quanto a sua aplicabilidade à referida população. Já o terceiro capítulo contempla as características das normas e políticas públicas a serem editadas para a promoção dos direitos dos povos ciganos.

A abordagem da problemática desenvolve-se pelo método dedutivo, na qual é investigada a aplicação efetiva das normas vigentes ao reconhecimento da vulnerabilidade e à tutela dos direitos dos povos ciganos. Esta pesquisa é qualitativa e busca apoio no arcabouço doutrinário sobre o tema com a análise bibliográfica tanto de obras do Direito Constitucional quanto dos Direitos Coletivos e Humanos.

1. A ANÁLISE DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE E VERIFICAÇÃO DA SUA ADEQUAÇÃO AOS POVOS CIGANOS DO BRASIL

Segundo Baçan e Moonem¹, a origem dos povos ciganos desvendada com base em análises genéticas e na verificação dos idiomas falados indica que este povo tem proveniência do noroeste da Índia, e que a sua dispersão pelo mundo se deu de maneira forçada em razão de perseguições étnicas, políticas e religiosas. A diáspora dos ciganos teve início por volta do ano 1000 d.C., obrigando-os a buscar abrigo na Europa Central, no Oriente Médio e na África.

¹ BAÇAN; MOONEN apud BAETA, Alenice; MOREIRA, Gilvander; VIOTE, Thales. Povos ciganos: percursos, resistências e direitos de um povo milenar: o cerco está se fechando sobre os ciganos? *Coletânea de artigos: povos ciganos: direitos e instrumentos para sua defesa*. MPF, Brasília, mai. 2020, p. 154. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/maio_cigano_coletanea_versao_final.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.



Os autores² destacam, dentre outros eventos, aquele que na Idade Moderna constituiu-se como o maior episódio de violência e genocídio direcionado ao extermínio da população cigana, a Segunda Guerra Mundial. Entre os anos de 1939 e 1945, ocorreu o chamado Holocausto Cigano, no qual cerca de 1.500.000,00 (um milhão e quinhentas mil) pessoas ciganas foram mortas, principalmente nas câmaras de gás dos campos de concentração de Adolf Hitler.

De acordo com os relatos constantes do documentário *Ciganos: Povo Invisível*³, os ciganos possuem línguas, costumes e culturas próprios, destacando-se que a propagação dos seus ritos e cerimônias não constam de livros, mas sim da transmissão do conhecimento de geração para geração. Nesse documentário, é ressaltada a necessidade do reconhecimento dessa população como povo tradicional, pois durante muito tempo se quis estigmatizar o grupo como se não tivessem origem única e tradição comum.

Ao analisar a sua sobrevivência ao longo dos séculos, o antropólogo Frans Moonen⁴ relata que os povos ciganos nômades ainda existem, mas que hoje, em sua maioria, são sedentários ou semi-nômades, cuja principal característica é o seu deslocamento em determinados períodos do ano ou a sua permanência em acampamentos físicos ou moradias. Entretanto, para o estudioso tais traços não os descaracterizam da sua cultura cigana.

Especificamente, com relação à origem dos povos ciganos no Brasil⁵ há relatos de que a sua chegada ocorreu por volta do ano de 1574. Atualmente, destacam-se três etnias dominantes: a Rom composta dos ciganos vindos da Grécia, Turquia e Grécia; a Calon oriunda da Espanha e de Portugal; por fim, a Sinti formada por franceses e alemães. Tal configuração foi sedimentada após as migrações impostas com os términos das duas Grandes Guerras Mundiais⁶, nos períodos de 1914 a 1918 e 1939 a 1945, respectivamente.

De acordo com o dados do IBGE analisados pelo MPF⁷, estimava-se que, no ano de 2001, havia cerca de 500.000 (quinhentos mil) ciganos no Brasil, e que essa distribuição se dava ao longo de 291 cidades em 21 Estados da Federação. Ainda, na pesquisa foi constatado

² Idem, p. 154.

³ MPF, Canal. *CIGANOS: Povo Invisível* - documentário produzido pelo Ministério Público Federal. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yOROSBwalh4&list=PLR4g0strTNnOd5tfFUHUGrAPr9dVIIJZs&index=2&t=2s>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁴ MOONEN apud NETTO JUNIOR, Edmundo Antônio Dias. Povos ciganos: entre o preconceito e uma afirmação de direitos que tarda em chegar. *Coletânea de artigos: povos ciganos: direitos e instrumentos para sua defesa*. MPF, Brasília, mai. 2020, p. 33. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/maio_cigano_coletanea_versao_final.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁵ MPF, op. cit., 2018.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.



que os Estados com maiores concentrações de acampamentos ciganos eram Minas Gerais, Bahia e Goiás.

Contudo essas informações encontram-se defasadas, pois de acordo com a Procuradoria-Geral da República⁸ “desde 2014 os povos ciganos não mais compõem item específico das pesquisas municipais do IBGE. Para o MPF, os dados e informações obtidos são importantes instrumentos para iniciar diálogo com gestores públicos na defesa de ações em prol da população cigana do Brasil.”

O que se verifica da ausência dessas informações acerca dos povos ciganos nos últimos processos de recenseamento é a invisibilidade dessa população perante o poder público, e em decorrência disso a restrição de acesso a serviços essenciais como educação, saúde, trabalho e segurança. Com fundamento em sua atuação como fiscal da ordem jurídica e em defesa a coletividade o MPF⁹, em maio de 2018, editou recomendação ao IBGE para a reinserção dessas informações nos próximos censos demográficos e com isso proporcionar “enfrentamento ao racismo institucional, ao preconceito e à discriminação”.

A “estridente” invisibilidade dos povos ciganos aliada a essa limitação de acesso aos serviços públicos mais básicos os levam ao enquadramento de população vulnerável, conceito este que requer, nas palavras de Vladimir Passos de Freitas¹⁰, análise minuciosa em razão da sua definição aberta. Para o autor, o reconhecimento da vulnerabilidade, no seu sentido lato, vai além das tradicionais situações de deficiências física ou mental, sendo, portanto, imprescindível a verificação das diversas formas de segregação social, como exemplo a vulnerabilidade das pessoas idosas, mulheres, consumidores, povos refugiados. Ou seja, todos aqueles que estão socialmente excluídos, o que se aplicaria aos ciganos no Brasil.

Parte da doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹¹ têm adotado em alguns casos o conceito da hipervulnerabilidade para determinados grupos, os quais indivíduos ou coletividade dotados de condição específica não comportam somente uma hipótese de vulnerabilidade, eles acumulam mais de um fator de fragilidade.

⁸ MPF. *MPF recomenda que IBGE inclua povos ciganos no censo e em outras pesquisas demográficas*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-recomenda-que-ibge-inclua-povos-ciganos-no-censo-e-em-outras-pesquisas-demograficas>>. Acesso em: 16 out. 2020.

⁹ Idem.

¹⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. *Direitos reconhecidos aos vulneráveis: como, quando e onde*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-25/segunda-leitura-direitos-reconhecidos-aos-vulneraveis-quando-onde>>. Acesso em: 17 out. 2020.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 931.513/RS*. Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700451627&dt_publicacao=27/09/2010>. Acesso em: 17 out. 2020.



Essa concepção de hipervulnerabilidade originou-se a partir de estudos na seara consumerista, passando os Tribunais a reconhecer que determinadas pessoas, além da sua condição presumidamente hipossuficiente de consumidor, demandariam regime de maior proteção em razão da cumulação dessa vulnerabilidade com outras fragilidades de natureza diversa, como a idade ou nível de instrução escolar.

O maior questionamento a ser feito neste momento volta-se para a possibilidade, ou melhor, para a imprescindibilidade do enquadramento dos povos ciganos enquanto população vulnerável no Brasil. Em outros termos, a população cigana pode ser considerada grupo vulnerável do mesmo modo que é reconhecido as comunidades quilombolas e índios, outros povos tradicionais brasileiros? Por que eles precisam de proteção especial?

A resposta para tais questionamentos envolve a conscientização e correção de determinados preconceitos com relação aos povos ciganos que se divide entre duas facetas. A primeira delas é a invisibilidade imposta pelo poder público indiretamente, não havendo prova maior que a retirada da população das estimativas do censo do ano de 2014, o que levou ao MPF¹² recomendar a inserção dos dados nos próximos cálculos.

Já a segunda é ocorre em consequência da falta de acesso dos povos ciganos a direitos que vão desde o planejamento e políticas públicas tenentes a viabilização de moradia digna de acordo com a sua cultura, manutenção e fortalecimento dos seus costumes até mesmo das garantias mais básicas, como saúde e educação.

Por tais razões acima e considerando as suas características, verifica-se irrefutavelmente a condição de vulnerabilidade da população cigana, enquanto povo singular, o que em seu grau máximo de omissão estatal pode subjuga-los a condição de hipervulneráveis diante dos diversos aspectos de fragilidade ora pontuados.

2. LEVANTAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PROMOÇÃO E DA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS POVOS CIGANOS DO BRASIL

De acordo com o moderno conceito de Estado Democrático de Direito, definido após a Segunda Guerra Mundial, Barroso¹³ entende que o princípio da dignidade da pessoa humana revelou-se como fundamento e objetivo da sociedade. Para ele, a dignidade humana, que tem

¹² MPF, op. cit., nota 7.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.



assentamento constitucional, desempenha funções distintas no sistema jurídico, sendo elas a de fonte de direitos e deveres e de norma interpretativa.

Barroso¹⁴ ainda sustenta que o viés interpretativo desse princípio direciona o sentido e o alcance dos direitos constitucionais, além do "casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução". Por isso, para a análise do presente artigo faz-se premente a análise do papel interpretativo da dignidade face aos direitos inerentes à existência da pessoa humana.

Sem qualquer tentativa de restrição ou esgotamento dos rol de direitos e garantias, alguns dos direitos fundamentais de segunda geração elencados no art. 6º da CRFB/1988 merecem destaque quando da análise das vulnerabilidades a que está sujeita a população de ciganos do Brasil. O primeiro a ser abordado e que tem melhor constatação ante a população ora em comento é trata-se do direito à moradia, em razão de uma das suas características mais peculiares, parcela da população é nômade.

Para conceituar e entender a extensão de moradia, José Afonso da Silva¹⁵ define que:

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No "morar" encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim "morari", que significava demorar, ficar. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia. O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se prevê na Constituição portuguesa (art. 65). Em suma, que seja urna habitação digna e adequada, como quer a Constituição espanhola (art. 47).

Sobre o direito à moradia, tem-se como paradigmático o caso da regularização fundiária da comunidade Calon do São Gabriel, que segundo Godoy¹⁶, essa comunidade protagonizou "seu projeto histórico próprio, subvertendo todos os estereótipos sobre ela lançada, quando reivindica, mediante deliberação interna, um direito libertador, que é o de ir e

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 318.

¹⁶ GODOY, Priscila Paz. Um projeto histórico de liberdade: a experiência dos ciganos Calon do bairro São Gabriel, em Belo Horizonte – MG, no processo de regularização fundiária. *Introdução crítica ao direito urbanístico*. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 2019, p. 317.

vir", diante de conflito gerado em área ocupada por mais de 30 anos da extinta Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA).

Salientou Godoy¹⁷ que a principal reivindicação da comunidade Calon do São Gabriel foi a luta pelo respeito às seus traços marcantes e a necessidade de conciliação de interesses com o poder estatal:

[...] surgem reivindicações como moradia adequada as suas especificidades culturais, assim como proteção das barracas contra as violações sofridas pela polícia, que nelas adentram sem consentimento ou mandado judicial e, em alguns casos, sem identificação. No entanto, a principal reivindicação dessa comunidade Calon é pelo direito de ir e vir e de permanecer, de modo a preservar a respectiva autonomia deliberativa (liberdade), sem a intervenção estatal. Nessa disputa, a comunidade Calon do São Gabriel, de forma criativa e inédita, sai da (in)visibilidade, estrategicamente, como primeira chave de diálogo com o Estado. Ora, de um modo geral, para os(as) assim chamados(as) ciganos(as) o nomadismo facilita as estratégias de invisibilidade e fluidez, fundamental para um povo que sempre foi perseguido. Portanto, nesse contexto, permanecer é o ato máximo de resistência!

O autor¹⁸ destaca que a disputa pioneira dos ciganos em relação à manutenção ao direito à moradia, que teve como disputa o caso da comunidade Calon do São Gabriel trouxe à baila a imposição de que:

[...] o Estado racializador tem o dever de restituir a autonomia deliberativa (liberdade) desses sujeitos coletivos, atentando-se ao modo como os Calon do São Gabriel se relacionam, mediante sua experiência mais íntima, com o espaço-território, sem, no entanto, segregá-los ou excluí-los. O Estado tem o dever de consultá-los e de escutá-los, de modo a planejar e gestar o espaço urbano e sua articulação com as legislações urbanas, sem priorizar a lógica avassaladora de mercado, incluindo os(as) assim chamados(as) ciganos(as) nesse outro processo.

Pode-se depreender desse estudo a necessidade de políticas públicas no sentido de promover da regularização fundiária com fito de garantia do direito à moradia para os povos ciganos, invisíveis e desassistidos enquanto população vulnerável.

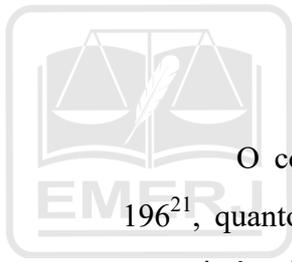
Outro direito fundamental a ser abordado é o acesso à saúde pelas comunidades ciganas, tal direito também tem assento nos termos dos artigos 6º e 196 da CRFB/1988¹⁹; já, no âmbito infraconstitucional, o legislador editou a Lei nº 8.080/1990²⁰, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

¹⁷ Ibidem, p. 321.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.



O conceito de saúde pode ser extraído tanto da CRFB/1988, na forma do artigo 196²¹, quanto dos termos do art. 2º da Lei nº 8.080/1990²². Nos referidos dispositivos, a garantia à saúde é tratada como um direito de todos, “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Sobre o tema, os Tribunais Superiores tem reconhecido a tese de que o direito à saúde constitui garantia ao mínimo existencial, especificamente nas demandas voltadas à prestação de tratamentos e medicamentos pelo Estado, tendo a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal responsabilidade solidária por esse provimento, conforme os termos dos artigos 4º, 7º da Lei nº 8.080/1990²³.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286/RS²⁴ entendeu que:

[...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...]

Considerando as peculiaridades apontadas em relação a população cigana, como a dificuldade de comprovação de residência, e com base na jurisprudência do STF sobre a prioridade do direito à saúde, verifica-se a impositivo o estabelecimento de mecanismos e instrumentos específicos destinados a prover de forma isonômica o acesso à tratamento

²¹ BRASIL, op. cit., nota 19.

²² BRASIL, op. cit., nota 20.

²³ Ibidem.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 271286*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>>. Acesso em: 02 fev. 2021.



médico às comunidades ciganas vulneráveis, principalmente a parte da população em estado de itinerância, que não dispõem de qualquer comprovante de residência, documento este imprescindível para acesso a determinados atendimentos.

Reiterando que o presente artigo não tem o intuito de exaurir o estudo do rol de direitos e garantias a serem tutelados com a observância das peculiaridades dos povos ciganos vulneráveis, o direito à educação não poderia deixar abordado, porquanto carrega em si uma dupla função, já que além do papel de formação do cidadão para ingresso no mercado de trabalho, ainda lhe compete o encargo de preservação e difusão da própria cultura cigana²⁵.

O direito à educação, assim como os demais em apreço, tem base constitucional²⁶, nos termos dos artigos 6º, 205 e seguintes; ele é inicialmente assentado no rol de direitos sociais a saúde constitui direito fundamental de segunda geração. Tal direito²⁷ dirige-se por três objetivos, sendo eles, a completude do desenvolvimento pessoal, a preparação para o exercício das prerrogativas da cidadania e habilitação para o mercado trabalho. Esses objetivos também são valores de ordem antropológica-cultural, política e profissional.

Nesse sentido, encontra-se o Parecer CNE/CEB n. 14/2011²⁸ emitido pelo Conselho Nacional da Educação trata da educação de populações em contexto de regular itinerância. Esse documento intitula como população itinerante “aquelas pertencentes a grupos sociais que vivem em tal condição por motivos culturais, políticos, econômicos, de saúde, tais como ciganos, indígenas, povos nômades, trabalhadores itinerantes, acampados, circenses, artistas e/ou trabalhadores de parque de diversão, de teatro mambembe, dentre outros”.

Em uma análise crítica sobre os direitos fundamentais/sociais aqui exemplificativamente abordados, verifica-se que os problemas e deficiências relacionais é do conhecimento das autoridades da Administração Pública, o Poder Executivo, em especial, conhece a situação de vulnerabilidade dos povos ciganos, entretanto são esparsas, ou melhor dizendo, raras e infrutíferas as políticas públicas no sentido de promover os direitos dessa população.

Resta, portanto, questionar quais outros atores poderiam figurar no provimento das garantias e mecanismos de proteção aos povos ciganos? Ao lado do Poder Executivo, a quem

²⁵ MPF, op. cit., 2018.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 18.

²⁷ SILVA, op. cit., p. 316.

²⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. *Parecer CNE/CEB n° 14/2011*. Diretrizes para o atendimento de educação escolar de crianças, adolescentes e jovens em situação de itinerância, de 7 de dezembro de 2011. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9609-pceb014-11&Itemid=30192. Acesso em: 13 mar. 2021.



compete estabelecer e impor a observância dos direitos a essa população, até então invisível e desamparada?

3. A IMPRESCINDIBILIDADE DE ATUAÇÃO CONJUNTA DOS DEMAIS PODERES E AGENTES PÚBLICOS PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO CIGANA DO BRASIL

Considerando os argumento e o levantamento apresentados acerca da efetivas iniciativas tomadas, até então, pelo Poder Executivo para a tutela dos direitos dos povos ciganos (vulneráveis), seja por meio do reconhecimento da vulnerabilidade dessa população, seja pelo do provimento de políticas públicas específicas para a garantia de direitos fundamentais, o que se verifica, de fato, é a inexistência de ações concretas por esse Poder.

Como forma de buscar soluções para a insatisfatória atuação do Poder Executivo, cabe destacar a Teoria do Pesos e Contrapesos, que preconiza a repartição de competências e atribuições também com os demais Poderes (o Legislativo e o Judiciário). Segundo José Afonso da Silva²⁹, para essa teoria são necessárias as interferências entre os Poderes do Estado como meio de “equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.

Nesse sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes³⁰ destaca que ao Poder Legislativo compete tipicamente as funções de legislar, mas também a fiscalizatória da atuação do Executivo, esta com destaque constitucional em diversos dispositivos, como a instalação das Comissões Parlamentares de Inquéritos – CPIs, a fiscalização dos gastos públicos pelo Tribunal de Contas, o julgamento das contas apresentadas pelo Presidente da República e o controle dos atos dos administradores públicos.

Sem abandono da valorosa atuação fiscalizatória, é justamente em decorrência do seu papel na edição de normas, e conseqüente criador de direitos e de deveres que se extrai a posição de destaque do Poder Legislativo na tutela de direitos e garantias fundamentais. Isso tudo para chegar ao entendimento que precipuamente o reconhecimento da vulnerabilidade dos povos ciganos deveria ter assentamento normativo.

²⁹ SILVA, op. cit., p. 112.

³⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1227.



No Brasil, até o momento da elaboração do presente artigo, há duas propostas legislativas versando sobre o reconhecimento da vulnerabilidade dos povos ciganos, em razão das peculiaridades dessa população. Todavia, ambas ainda em fase de tramitação pelas Comissões Parlamentares, e sem previsão de aprovação.

A primeira iniciativa trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 248³¹ de 2015 – PL 248/2015 -, de autoria do Senador Paulo Paim (PT/RS), para a criação do Estatuto do Cigano. A redação original do PL 248/2015 prevê a garantia dos direitos fundamentais, especificamente quanto ao acesso à educação, à cultura, à saúde, à terra e moradia, ao direito ao trabalho e à promoção da igualdade.

A mais recente tramitação do PL 248/2015 ocorreu, em 12/02/2020, o Projeto encontra-se a cargo da Comissão de Direito Humanos e Legislação Participativa, cuja situação é de Relatoria, tendo sido retirado de pauta para avaliação da matéria.

A segunda proposta legislativa trata-se também de um Projeto de Lei, o PL 2703/2020³², cuja iniciativa deu-se na Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Filipe Barros (PSL/PR). A norma proposta possui também a intenção de elaboração do Estatuto dos Ciganos no Brasil, entretanto, diversamente da redação do PL 248/2015, dispõe sobre a tipificação crime de racismo ante a conduta discriminatória em face dos povos ciganos.

Em certa medida, é possível concluir que o Poder Legislativo tem progredido na questão do reconhecimento das vulnerabilidade e na tutela dos povos ciganos, mesmo diante do atraso dessas iniciativas que ainda estão em fase de análise. É incontestável que as propostas de Estatutos trarão à lume as questões pertinentes à proteção da população cigana. Resta um item a ser ponderado, a (falta de) celeridade dos processos dessas normas, destaque para a primeira proposta, pois a PL 248 foi apresentada no ano de 2015.

Constitucionalmente previsto como um dos poderes do Estado, segundo Barroso³³, o Judiciário, juntamente com o Legislativo e o Executivo, em decorrência da redemocratização promovida após a Constituição de 1988, tem cada vez mais desempenhando papel político, sem olvidar da sua função judicante. Para o autor, com a ascensão do Poder Judiciário, em razão do aumento do número de demandas, teve início o processo de judicialização das relações políticas e sociais, que pode ser descrito como:

³¹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 248*, de 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120952>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

³² BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2.703*, de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2252831>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

³³ BARROSO, op. cit., p. 244.



Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos. Assim, o Supremo Tribunal Federal ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental, demarcação de terras indígenas e mesmo em questões do dia a dia.

O questionamento acerca da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos dos povos ciganos tem como principal barreira a ausência de normativos e políticas públicas para esse tipo de tutela. Sobre tal atuação, é possível verificar o ativismo judicial?

Respondendo à pergunta anterior, é possível, pois, para a doutrina³⁴, o ativismo judicial tem o intuito de suprir a omissão normativa, ante o lapso de prestação legislativa destinada a cumprir determinado mandamento constitucional. Recentemente, o STF proferiu decisões em razão da mora legislativa voltando-se à proteção de grupos LGBTI+, especificamente na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF³⁵ verifica-se a manifestação do ativismo judicial. Na referida decisão, A Corte definiu que, *in verbis*:

[...] Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, 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, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).

À vista disso, extrai-se que diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo cabe ao Judiciário a salvaguarda da tutela dos direitos dos povos ciganos, até então, considerada população vulnerável. Conjuntamente a função do Poder Judiciário, pode-se mencionar que nessa função de proteção também recebem destaque as atuações do Ministério Público e a Defensoria Pública.

Com relação ao Ministério Público, a sua atuação na defesa dos direitos dos povos ciganos decorre da sua função institucional voltada para a interesses sociais e individuais

³⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1751.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 abr. 2021.



indisponíveis, conforme os termos do art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil³⁶, ou seja, para a tutela dos interesses coletivos, o que abarca a população cigana.

Já a Defensoria Pública, além da assistência jurídica e atendimento individualizado, também é detentora de legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas, de acordo com o art. 5º, inciso II da Lei 7.347/1985³⁷. Nesse sentido, Diogo Esteves e Franklyn Roger³⁸ afirmam que confere à Defensoria Pública a promoção dos direitos fundamentais dos necessitados, conceito este que engloba, além da tutela dos hipossuficientes econômicos, outras formas de vulnerabilidade, incluindo os povos ciganos.

Os supracitados autores³⁹ ainda dispõem que:

Como parte da tendência moderna de implementação de ações afirmativas e de defesa dos grupos vulneráveis, o art. 4º, XI da LC nº 80/1994 prevê como função institucional da Defensoria Pública "exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado": O dispositivo reflete a preocupação constitucional de garantir a especial tutela das pessoas naturalmente frágeis, como as portadoras de deficiência (art. 37, VIII), as crianças e os adolescentes (art. 227), os idosos (art. 230) e outros grupos sociais vulneráveis. Por possuírem todas as pessoas idêntico valor intrínseco, deve ser assegurado a todos igualdade de respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião ou condição social, funcionando a Defensoria Pública como instrumento de superação da intolerância, da discriminação, da violência, da exclusão social e da incapacidade geral de aceitar o diferente. Por essa razão, a atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses individuais e coletivos da criança, do adolescente, do idoso, dos portadores de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos vulneráveis não está relacionada à hipossuficiência econômica, sendo considerada função institucional eminentemente atípica.

Por todo o exposto, o que se verifica é a ausência de medidas, sejam elas administrativas ou legislativas, acerca da tutela dos direitos dos povos ciganos; outros povos tradicionais, como índios e quilombolas dispõem de previsão constitucional, no sentido de reconhecimento das suas peculiaridades enquanto populações vulneráveis que formam o povo brasileiro.

Enquanto não houver o reconhecimento da vulnerabilidade dos povos ciganos com o estabelecimento de políticas públicas e legislação específica, não será possível a efetiva tutela dos seus direitos, já que as iniciativas apresentadas são tidas medidas alternativas, e porque

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 18.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

³⁸ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 459.

³⁹ *Ibidem*.



não as tratar como paliativas, pois a imposição da tutela desses direitos somente tem se dado por meio de provimento judicial.

Por fim, não há contentamento em reconhecer que determinada parcela da população, que chegou ao Brasil, por volta do ano de 1574⁴⁰, mantenha-se desprovida de tutela estatal e permanece por tanto tempo invisível, a margem da sociedade. O que se espera de uma nação como Brasil, com os contornos democráticos impostos a partir da Constituição Cidadã⁴¹, é justamente a tutela de todos, visto que a solidariedade e a promoção do bem de todos são fundamentos da República.

CONCLUSÃO

O presente artigo, que teve como ponto de partida o levantamento de dados acerca da origem da população cigano no Brasil, o que possibilitou analisar as peculiaridades desse povo, assim como contextualizá-lo em sua condição de vulnerabilidade. Além disso, a pesquisa teve o intuito de abordar as iniciativas públicas voltadas para as garantias dos direitos fundamentais dos ciganos.

Superada a análise quanto à condição de vulnerabilidade, foi imprescindível o levantamento dos direitos fundamentais mais afetados, considerando as características dos povos ciganos. Pois boa parte da população cigana é nômade, convivendo em assentamentos ou em outras formas de moradias temporárias improvisadas. Em razão disso, foram destacados o direito à moradia, ao acesso integral e gratuito à saúde, à educação e à manutenção da sua cultura.

Em seguida, com intuito de estabelecer as ações dos entes públicos, no sentido de promoção de direitos e tutela dos interesses da população cigana, verificou-se a inexistência de políticas públicas específicas. Em outros termos, foi possível apurar a ausência de ações do Poder Executivo, tanto no âmbito da União, quanto dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Ao apreciar as ações promovidas pelo Poder Legislativo, foram notados dois Projetos de Lei, ambos com a proposta da criação do Estatuto dos Ciganos; eles possuíam como pontos de divergência a casa legislativa iniciadora, sendo que o primeiro, do ano de 2015, de iniciativa no Senado, já o segundo, do ano de 2020, de iniciativa na Câmara dos Deputados,

⁴⁰ MPF, op. cit., 2018.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 18.



destacando-se pela tipificação como crime de racismo a discriminação contra os povos ciganos.

Contudo, mesmo a mais antiga das propostas de criação do Estatuto ainda se encontra em tramitação para estudos, não havendo até o momento qualquer norma voltada para a tutela dos ciganos. De modo diverso, foi possível vislumbrar que essa tutela tem sido provida no âmbito jurisdicional, como o julgamento de ações por parte Ministério Público e pela atuação para a promoção dos Direitos Humanos da Defensoria Pública, ambos pleiteando a proteção do Estado em demandas concretas.

Em suma, extraiu-se da presente pesquisa a verificação da deficiente atuação das esferas administrativas ou legislativas na tutela dos direitos dos povos ciganos, pois não se pode promover igualdade apenas por meio de provimento judicial. É sempre bom lembrar que a elaboração de políticas públicas para a melhor aplicação do orçamento aos que necessitam e a criação de leis garantindo direitos cabem aos Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente.

Portanto, não coaduna com os ditames da Carta Magna de 1988 a omissão estatal quanto aos direitos dos povos ciganos, sendo impositiva essa promoção. Não se pode “fechar os olhos” para uma população que chegou ao Brasil ainda no Século XVI, e que se mantém a margem da sociedade, não sendo compatível com os preceitos basilares da República: a solidariedade e a promoção do bem de todos.

REFERÊNCIAS

BAÇAN; MOONEN apud BAETA, Alenice; MOREIRA, Gilvander; VIOTE, Thales. Povos ciganos: percursos, resistências e direitos de um povo milenar: o cerco está se fechando sobre os ciganos? *Coletânea de artigos: povos ciganos: direitos e instrumentos para sua defesa*. MPF, Brasília, mai. 2020, p. 154. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/maio_cigano_coletanea_versao_final.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.



_____. *Lei n° 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. *Parecer CNE/CEB n° 14/2011*: Diretrizes para o atendimento de educação escolar de crianças, adolescentes e jovens em situação de itinerância, de 7 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9609-pceb014-11&Itemid=30192>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Projeto de Lei do Senado n° 248*, de 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120952>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 2.703*, de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2252831>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 271286*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 931.513*. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700451627&dt_publicacao=27/09/2010>. Acesso em: 17 out. 2020.

ESTEVEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direitos reconhecidos aos vulneráveis: como, quando e onde*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-25/segunda-leitura-direitos-reconhecidos-aos-vulneraveis-quando-onde>>. Acesso em: 17 out. 2020.

GODOY, Priscila Paz. *Um projeto histórico de liberdade: a experiência dos ciganos Calon do bairro São Gabriel, em Belo Horizonte – MG, no processo de regularização fundiária. Introdução crítica ao direito urbanístico*. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

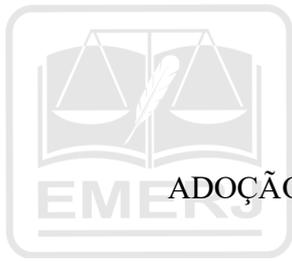
MOONEN apud NETTO JUNIOR, Edmundo Antônio Dias. *Povos ciganos: entre o preconceito e uma afirmação de direitos que tarda em chegar*. Coletânea de artigos: povos ciganos: direitos e instrumentos para sua defesa. MPF, Brasília, mai. 2020, p. 33. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/maio_cigano_coletanea_versao_final.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.



MPF, Canal. *CIGANOS: Povo Invisível* - documentário produzido pelo Ministério Público Federal. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yOROSBwaIh4&list=PLR4g0strTNnOd5tfFUHUGrAPr9dVIIJZs&index=2&t=2s>>. Acesso em: 10 out. 2020.

MPF. *MPF recomenda que IBGE inclua povos ciganos no censo e em outras pesquisas demográficas*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-recomenda-que-ibge-inclua-povos-ciganos-no-censo-e-em-outras-pesquisas-demograficas>>. Acesso em: 16 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.



ADOÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL: A DEVOLUÇÃO DO MENOR APÓS A ADOÇÃO DEFINITIVA E O DEVER DE INDENIZAR

Danielle da Paz de Santana

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a adoção se torna medida irrevogável após o trânsito em julgado da sentença constitutiva. Contudo, a desistência e a consequente devolução de crianças e adolescentes para os centros de acolhimento após a adoção definitiva vêm se tornando uma prática comum. A essência do trabalho é verificar a possibilidade jurídica da desistência no processo de adoção e os danos experimentados pelo menor que passa por essa situação, além de analisar se é possível responsabilizar civilmente os pais adotivos desistentes por tal prática.

Palavras Chave - Responsabilidade Civil. Direito da Criança e do Adolescente. Adoção.

Sumário - Introdução. 1. Possibilidade jurídica de se devolver um filho: desistência dos pais adotantes em cada uma das fases do processo de adoção. 2. Dos danos causados aos menores devolvidos e a destituição do poder familiar. 3. A Responsabilidade Civil dos pais pela desistência e devolução do menor após a adoção definitiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da responsabilidade civil dos pais pela desistência e devolução do menor após a adoção definitiva. Esta prática revela verdadeira violação de norma do Estatuto da Criança e Adolescente que prega que a adoção é medida irrevogável, além de ferir o princípio constitucional de proteção integral da criança e adolescente, devendo ser analisados os danos causados aos menores nessa situação e se tal ato dos pais desistentes gera o dever de indenizar.

Sendo assim, o objetivo do presente estudo é discutir se os pais desistentes possuem responsabilidade civil quando devolvem a criança ou adolescente depois da sentença transitada em julgado que torna a adoção definitiva e sem possibilidade de revogação.

As crianças e adolescentes são considerados indivíduos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro, gozando de proteção especial, é o chamado princípio da proteção integral. Os menores no sistema de adoção estão em uma condição mais precária, não tendo o amparo natural do seio familiar biológico.

Muitas crianças e adolescentes no Brasil estão esperando pela adoção, almejando uma nova família. Também são muitos os que estão dispostos a adotar, enfrentando um longo e duro processo. Contudo, mesmo com toda a burocracia do procedimento de adoção, não são raros os casos em que o menor adotado já está ambientado e acostumado com a nova família e os pais



decidem por devolver a criança ou adolescente, que voltam aos centros de acolhimento com o trauma de mais um abandono.

Essa situação não possui regramento no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo com o Estatuto da Criança e Adolescente dando caráter irrevogável para a adoção, há situações de desistência após a adoção definitiva. Com isso, surgem demandas no Judiciário que devem ser vistas com prudência, tendo em vista que o diálogo entre o Poder Judiciário e o Direito das Famílias é sempre complexo.

Dessa maneira, é importante discutir se os pais que desistem após a adoção definitiva possuem responsabilidade civil por tal comportamento e se os danos experimentados pelas crianças e adolescentes que estão nessa situação podem ser indenizados.

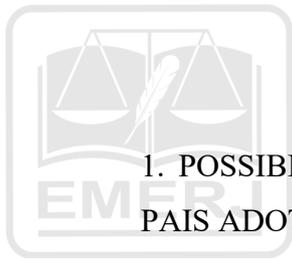
Inicia-se o primeiro capítulo com a análise da possibilidade jurídica de se devolver um filho e verifica-se se essa medida é possível ao longo do processo de adoção.

No segundo capítulo busca-se comprovar que a desistência e devolução de crianças já acolhidos por famílias geram consequências negativas e danos a esses menores, além de analisar a possibilidade de destituição do poder familiar dos pais adotivos desistentes.

Tendo em vista o caráter irrevogável da adoção, o terceiro capítulo busca defender que os pais que desistem da adoção após a sentença transitada em julgado e devolvem os filhos adotivos para os centros de acolhimento possuem responsabilidade civil por tal comportamento e devem indenizar os menores pelos danos experimentados.

A pesquisa é elaborada por meio do método hipotético-dedutivo, tendo em vista que se opta por um conjunto de hipóteses exequíveis e apropriadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fim de, por meio de um processo dedutivo, comprovar ou rejeitar essas proposições hipotéticas de modo fundamentado e argumentado.

Dessa forma, com relação a abordagem do objeto estudado, a pesquisa jurídica se dá de forma qualitativa, uma vez que a pesquisadora utiliza a bibliografia pertinente ao tema em pauta, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, com o objetivo de sustentar sua defesa.



1. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE DEVOLVER UM FILHO: DESISTÊNCIA DOS PAIS ADOTANTES EM CADA UMA DAS FASES DO PROCESSO DE ADOÇÃO

A Constituição da República de 1988 trouxe a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, em seu art. 227, caput¹, e passou a proibir qualquer diferenciação entre filhos adotivos e filhos biológicos, nos termos de seu art. 227, §6º², o que mudou completamente o modo de se encarar a adoção. Com o trânsito em julgado da sentença judicial e a alteração do registro de nascimento, o adotando passa a ser integralmente filho, nas palavras de Paulo Lôbo³, e a adoção passa a ser medida irrevogável. Contudo, até ser proferida a sentença de adoção, os pais adotantes e o menor passam por um longo processo, que pode não ser concluído, dentre outros motivos, pela desistência dos que aspiravam ao papel de pais.

Determina o art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴ que a adoção de criança e adolescente deve, obrigatoriamente, ser precedida pelo estágio de convivência, é a fase inicial do processo de adoção. O período de convivência pode até ser dispensado em alguns casos, como, por exemplo, na hipótese em que o menor já estiver sob a guarda ou tutela legal do adotante por tempo que o magistrado da Vara da Infância e Juventude considere adequado para avaliar a conveniência da constituição do vínculo, como dispõe o art. 46, §1º do ECA⁵.

Segundo Silvana do Monte Moreira⁶, presidente da Comissão de Adoção do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o estágio de convivência é “a fase do ‘cortejo’ entre os candidatos a pais e filhos, que se dá, comumente, no próprio abrigo, acompanhado pela equipe técnica e com saídas aos finais de semana”.

Nesse sentido, essa primeira etapa do processo de adoção funciona como um experimento sobre a possibilidade da adoção, acompanhado de perto por uma equipe multidisciplinar, que apresentará um relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida, como determina o art. 46, §4º do ECA⁷.

Sendo assim, é perfeitamente possível que os pais adotantes desistam da adoção ainda nessa fase, não há nenhum vínculo formal entre os pais e o menor que seria adotado, não há

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

² Ibid.

³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018, [e-book].

⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵ Ibid.

⁶ MOREIRA apud GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *Responsabilidade civil pela desistência na adoção*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

ainda nenhuma relação de filiação e pode ser que não tenha se formado nenhum vínculo afetivo entre as partes envolvidas durante este período.

Ainda que o estágio de convivência se alongue por um tempo considerável e o menor crie a esperança de adoção, a desistência do processo de adoção durante o período de convivência é legítima. O estado de convivência é justamente para avaliar a viabilidade da adoção, se não houver compatibilidade entre as partes ou se por qualquer outra razão não for possível a continuidade do processo, o melhor a se fazer é desistir da adoção e não vincular pretensos pais e filhos que não estão em harmonia. Note-se que não há nessa hipótese a ocorrência de devolução de um filho, tendo em vista que, como já citado, não existe vinculação legal entre os candidatos a adotar e os que serão adotados.

Após o estágio de convivência ser concluído, ou nos casos em que ele é dispensado, tem-se início a fase da guarda provisória para fins de adoção. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Fernanda Carvalho Leão Barretto⁸:

essa guarda muitas vezes é sucessivamente renovada e já atribui aos adotantes amplos deveres parentais para com os adotandos. Quem milita com o instituto da adoção costuma dizer que a guarda provisória funda a relação paterno ou materno-filial, embora ainda não tenha havido a constituição formal do vínculo, que depende da sentença de adoção. Ademais, durante a guarda provisória, a convivência entre adotantes e adotados não ocorrerá mais no abrigo, e sim no lar dos adotantes.

A guarda provisória para fins de adoção traz para os detentores a obrigação de prestar auxílio material, moral e educacional à criança ou adolescente, nos termos do art. 33 do ECA⁹. Todavia, não há ainda o vínculo da filiação, que só se dará com a sentença judicial ao final do processo de adoção. Durante essa etapa, os que pretendem adotar ainda não são pais, estão no caminho de ser, construindo em conjunto com o adotando o vínculo afetivo que regerá a futura família a ser formada.

Levando em consideração que a guarda provisória não é medida definitiva que assegura a adoção, não há nenhuma regra no ordenamento jurídico brasileiro capaz de impossibilitar a desistência da adoção durante esta fase do processo. Se ainda não foi consumada a adoção por meio da sentença judicial, é possível que os pais adotantes desistam na etapa da guarda provisória e devolvam o menor aos centros de acolhimento, o que é reforçado pelo art. 35 do ECA¹⁰, que assevera que a guarda pode ser revogada a qualquer tempo por decisão judicial fundamentada.

⁸ GAGLIANO; BARRETTO, op. cit.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁰ Ibid.



É importante ressaltar, mesmo que não haja vedação legal e que a desistência no período de guarda provisória seja permitida, os adotantes desistentes devem agir com cautela e justificar tal comportamento. Isso porque durante a guarda provisória o convívio com a criança e adolescente é muito mais intenso do que no estágio de convivência, os pais adotantes possuem responsabilidades e obrigações sobre o menor, e o adotando já está inserido no seio familiar. Sendo assim, a desistência durante esta fase do processo de adoção se mostra ainda mais complicada para a criança e adolescente, que vê frustrada a sua expectativa de ser adotado depois de experimentar o que é ter uma família.

Ao fim do processo de adoção, o magistrado profere sentença constitutiva concedendo a adoção, se forem cumpridos todos os requisitos e se for o melhor para o interesse da criança ou adolescente. A partir do trânsito em julgado da sentença, a adoção se torna medida irrevogável, de acordo com o art. 39, §1º do ECA¹¹, rompendo-se todos os vínculos com a família biológica.

Diferentemente do que ocorre no estágio de convivência e na guarda provisória para fins de adoção, depois da sentença transitada em julgado e com a concessão da adoção definitiva, não há mais a possibilidade jurídica de desistência por parte dos adotantes, que nesse momento já são os pais da criança ou adolescente.

Nesse contexto, afirma Rodrigo da Cunha Pereira¹², presidente nacional do IBDFAM, que “não há nenhuma previsão legal de 'desadoção'. Uma vez filho, adotado ou não, será para sempre, pois filhos e pais mesmo depois da morte permanecem vivos dentro da gente”.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que permita a desistência após a adoção definitiva com a consequente devolução do menor, ao contrário, o já citado art. 39, §1º do ECA¹³ impede tal comportamento por parte dos pais adotivos.

Os que estão dispostos a adotar e escolhem passar por toda a burocracia do procedimento de adoção se planejam para isso e encaram longos anos até que seja definitivo o vínculo parental com a criança ou adolescente adotado. Os candidatos a pais são acompanhados durante todo o processo por uma equipe multidisciplinar que vai avaliar a conveniência da adoção e prepara-los para o acolhimento do futuro filho. É de se esperar que depois de percorrido todo esse caminho, os pais adotivos estejam prontos para a adoção e com plena certeza de que é o que é o que desejam.

¹¹ Ibid.

¹² PEREIRA apud GAGLIANO; BARRETTO, op. cit.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 4.



Contudo, existem casos, cada vez mais frequentes, em que, mesmo depois da adoção definitiva, com o filho adotado já ambientado e formando vínculos afetivos com a nova família, os pais desistem da adoção e decidem por devolver a criança ou adolescente para os centros de acolhimento.

Essa desistência, não amparada pela lei, não é apenas renúncia de um filho, mais que isso, é a devolução de uma criança ou adolescente que já sofreu com o abandono dos pais biológicos no início da vida, é infligir mais um trauma a esse menor já tão castigado. Ainda que tal conduta não esteja prevista em lei, ela é aceita pelos Tribunais, tendo em vista que submeter o menor a uma família que não o quer viola o seu melhor interesse. Esse comportamento dos pais desistentes deve ser analisado, avaliando-se os danos causados aos filhos adotados devolvidos e a possibilidade de responsabilização civil dos pais por tais danos.

2. DOS DANOS CAUSADOS AOS MENORES DEVOLVIDOS E A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Diante da desistência da adoção, não se pode ignorar as repercussões para as crianças e adolescentes que são devolvidos. O menor que passa pelo procedimento de adoção cria a expectativa de ser amparado por uma família, o que já foi definitivamente adotado não espera ser extirpado do seio familiar, sendo assim, quando a desistência ocorre e a criança ou adolescente é entregue ao Estado, não se deve desconsiderar a frustração pelo reabandono e todos os outros danos causados ao menor que experimenta esses dissabores.

Como bem assinalado pelo desembargador Joel Dias Figueira Júnior da Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹⁴, as crianças e adolescentes devolvidos são equiparados a “bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento”. O menor nessas condições é tratado como uma mercadoria defeituosa, como um objeto de consumo que estragou, não cumpriu o seu propósito, ou não agradou os seus compradores. A criança devolvida é tratada como descartável pelos pais adotivos, que tomam a decisão de entregar a criança para os centros de acolhimento mesmo cientes do trauma que isso pode causar.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação nº 208057 SC 2011.020805-7*. Relator Joel Dias Figueira Júnior. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civel-ac-208057-sc-2011020805-7/inteiro-teor-20441960>>. Acesso em: 14 mar. 2021



Nas palavras de Maria Luiza Ghirardi¹⁵, mestre em psicologia escolar e do desenvolvimento humano, no Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, “a devolução chama muito mais nossa atenção porque se constitui como uma experiência que reedita o abandono. É desse ângulo que se enfatiza que as consequências para a criança podem ser intensificadas em relação aos seus sentimentos de rejeição, abandono e desamparo”.

O menor devolvido passa por um significativo abalo psicológico, além de sofrer um grande dano emocional. Já abandonados pelos pais biológicos, revivem o trauma e consolidam os sentimentos de desdém, descaso, desprezo e de desajuste que carregaram durante toda a vida nos centros de acolhimento.

A criança e o adolescente são seres vulneráveis e estão em uma situação peculiar de desenvolvimento, estão formando seu caráter e suas habilidades sociais, o que pode ser severamente prejudicado pelo trauma de reexperimentar o abandono e ser retirado da nova família pelos próprios pais adotivos. O menor devolvido passa a acreditar que não é digno de amor, carinho, se torna inseguro, uma mácula difícil de superar, um fardo difícil de se carregar com tão pouca idade.

Os danos sofridos pela criança devolvida representam um dano à sua integridade psíquica e física, uma vez que passa a crescer desprovido da proteção e do afeto da família que o adotou e depois o abandonou. Sendo assim, os danos decorrentes da desistência da adoção se apresentam como uma violação da dignidade da pessoa humana, representando um dano aos direitos da personalidade do menor rejeitado.

Além dos traumas psicológicos e emocionais, ser adotado e depois ser devolvido pode acarretar na perda da chance de ser acolhido por uma nova família. Isso porque o processo de adoção pode demorar muito tempo e anos podem se passar antes da devolução, a criança fica mais velha e probabilidade de ser adotada é reduzida, sendo um fato notório que crianças mais novas possuem preferência na lista de adoção. Ademais, a criança devolvida tem seu registro marcado pela devolução e pode ser vista como uma criança problema aos olhos de quem busca adotar um filho.

Nesse sentido, diz Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel¹⁶:

o retorno da criança à entidade de acolhimento institucional impede ou dificulta sobremaneira uma nova colocação em família substituta, pois as consequências

¹⁵ GHIRARDI, Maria Luiza. *Devolução de crianças adotadas*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].



traumáticas do ato ilícito podem gerar a possível frustração de outra possibilidade de adoção da criança, seja pela resistência nos demais casais habilitados, seja por uma provável dificuldade de adaptação da criança a uma nova adoção, caso venha a apresentar problema psicológico temporário ou permanente.

Os danos causados à criança e ao adolescente devolvidos são extensos e podem gerar o dever de indenizar dos pais desistentes. Contudo, essa não é a única consequência para os pais que desistem da adoção e devolvem o filho adotado para os centros de acolhimento e tutela do Estado. Aqueles que desistem da adoção após a sentença transitada em julgado, quando a adoção já tem seu caráter definitivo, deixam de exercer os deveres inerentes ao poder familiar, logo, são destituídos de tal poder-dever.

O poder familiar é entendido como uma sujeição dos pais para garantir o melhor interesse da criança como pessoa em desenvolvimento, condicionando o interesse dos pais ao interesse dos menores. O poder familiar é, na realidade, um poder-dever e compreende um conjunto de direito e deveres dos pais no tocante aos filhos, reflexo da doutrina da proteção integral da criança e adolescente trazida na Constituição da República de 1988.

Com a desistência da adoção e devolução do menor adotado, os pais adotivos desistentes deixam evidente a vontade de se desobrigar perante filho adotivo e romper todos os vínculos com o menor. Manifestar o desejo de não manter o filho adotivo é a mais óbvia declaração de que não há o interesse de cuidar e zelar do menor e conservar qualquer laço afetivo, não há o interesse de cumprir os deveres determinados pela lei, não fazendo sentido que seja ainda imposto a esses pais que cumpram os deveres previstos na legislação e na Carta Magna.

Destaca-se que para aqueles não que desejam mais o filho adotivo e anunciam a vontade de devolvê-lo para o Estado e o abandonam, sobretudo afetivamente, a perda do poder familiar pode ser vista mais como um favor do que como uma sanção, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁷. Isso porque, dessa forma é atendido o objetivo principal, o livramento do vínculo de parentesco com a criança adotada, que, por sua vez, não terá mais laços com os que a rejeitaram e desistiram da adoção. Sendo assim, deve ser aplicada uma punição para esses pais desistentes, ainda que pecuniária, pois tal situação, como aqui já exposto, acarreta em grandes danos e sofrimento para o menor devolvido.

Não se nega que a adoção é processo difícil, de construção de vínculos de afeto, em que os adotantes precisam de paciência e boa vontade para acolher o filho adotivo e formar uma

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014, [e-book].



nova família. Contudo, quem pretende adotar ingressa voluntariamente nesse processo e sabe de todos os bônus e ônus do procedimento, estão cientes dos problemas que podem enfrentar com a adaptação do menor adotado. Os obstáculos podem não ser pequenos, mas não há justificativa para a devolução de um filho adotivo, assim como não se pode admitir a entrega de um filho biológico para o Estado depois de anos de convivência familiar. Perante a Constituição da República, não há distinção entre filhos adotivos e biológicos, e assim deve ocorrer no plano fático. As adversidades apresentadas por um filho adotivo podem ser as mesmas que um filho biológico apresenta, e, ainda assim, não se fala em desistência na paternidade biológica.

Destarte, apresentados os danos causados ao menor devolvido após a desistência dos pais adotantes, deve-se avaliar a possibilidade de responsabilização civil dos pais por tais danos.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA DESISTÊNCIA E DEVOUÇÃO DO MENOR APÓS A ADOÇÃO DEFINITIVA

A responsabilização civil dos pais que voluntariamente ingressam no processo de adoção e, depois da adoção juridicamente definitiva, devolvem o filho adotivo, obtém amparo no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes dos artigos 186 e 927 do Código Civil¹⁸.

Os referidos dispositivos atribuem o dever de reparar civilmente àquele que, por suas ações, causa dano a alguém, ainda que este dano seja exclusivamente moral. Desta forma, estando presentes os pressupostos da responsabilidade civil, haverá o dever de indenizar. De acordo com Sergio Cavalieri Filho¹⁹, são os elementos da responsabilidade civil: a conduta, a culpa em sentido lato, o dano e o nexo causal. Só com esses requisitos é que este dever de reparação ou compensação pode ser concebido, seja qual for a área do Direito.

Sendo assim, cabe aqui fazer uma avaliação dos elementos da responsabilidade civil e a sua aplicação quando ocorre a desistência após a adoção definitiva. Restando configurada a desistência deve-se analisar se estão presentes os requisitos do dever de indenizar para se pleitear no judiciário uma demanda de reparação.

A conduta é a exteriorização da vontade, ou seja, para que ocorra a violação de um direito e, portanto, um ato ilícito causando um dano, é necessária uma conduta humana,

¹⁸BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, [e-book].



comissiva ou omissiva, de acordo com os artigos 186 e 187 do Código Civil²⁰. No tema aqui proposto, o pai que desiste da adoção depois da sentença transitada em julgado comete ato ilícito, tendo em vista que a adoção se torna medida irrevogável após o trânsito em julgado da sentença, de acordo com o art. 39, §1º do ECA²¹. Ademais, os pais desistentes violam os seus deveres decorrentes do poder familiar, violando também os direitos pertinentes aos filhos garantidos pelo ordenamento jurídico, causando danos à sua integridade psíquica e moral, afrontando a sua dignidade.

Além da conduta, outro elemento deve estar presente para que seja configurada a responsabilidade civil, é o pressuposto da culpa em sentido amplo. É necessária a comprovação da culpa do pai adotivo que desiste da adoção depois que a criança foi definitivamente adotada. Tem culpa e deve responder pelo ato ilícito cometido e pelos danos causados o pai que deliberada e injustificadamente promove um novo abandono e manda a criança adotada de volta para os centros de acolhimento, escolhendo por não ser mais pai, totalmente consciente dos danos que irá causar.

Outro requisito do dever de indenizar é o dano, que gerado pela desistência da adoção é um dano à personalidade do filho, que é um direito irrenunciável de todo indivíduo que pode ser compreendido como os direitos relativos a sua pessoa e sua dignidade humana, atributo essencial para o desenvolvimento de qualquer um. Os danos causados pela desistência após a adoção definitiva foram amplamente discutidos nesta pesquisa ao longo do capítulo dois. Como visto, a criança nesta situação passa por um intenso sofrimento psicológico. Uma criança precisa de afeto e atenção para crescer e se desenvolver, ser rejeitada pela família biológica e depois pela família adotiva faz nascer ou reforça os sentimentos de desprezo, solidão e inadequação, formando adultos não preparados para lidar com os desafios da fase adulta e criar laços de confiança.

Sendo assim, o dano é o requisito principal para que esteja configurada a responsabilidade civil, pois sem a prova de que o dano realmente está presente ninguém vai ter o dever de indenizar, uma vez que não se pode reparar o que não existe. Ao desistir da adoção, os pais incidem em ato ilícito, causando danos de cunho moral aos filhos adotivos, e esses danos devem ser demonstrados, os transtornos gerados pela rejeição dos pais e as consequências desse reabandono na formação da criança devem ser comprovados.

O Poder Judiciário deve fazer uma ponderação de cada caso, os magistrados devem avaliar as particularidades de cada demanda e não se valer de um modelo único e fechado, pois

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 18.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 4.



é um assunto polêmico e merece total atenção, já que as crianças e adolescentes são pessoas vulneráveis na relação familiar e recebem do ordenamento jurídico todos os tipos de proteção.

Por fim, o ultimo filtro da reparação civil que deve estar presente é o nexo de causalidade, é o que liga a conduta ao dano, é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A causa é o fato ou a conduta considerado como aquele que efetivamente gerou o dano. Daí se fala que determinado fato foi a causa do dano, não a condição do dano. No contexto da desistência da adoção, é necessário que a conduta do pai que desistiu da adoção e rejeitou o filho adotivo seja a causa dos danos sofridos pelo filho abandonado, só assim estará configurado o dever de indenizar.

Dessa forma, na posição aqui adotada, no que toca às relações entre pais e filhos e o Direito da Criança e Adolescente, a desistência da adoção acarretaria no cometimento de ato ilícito pelo genitor que desiste, pois, além de estar descumprindo deveres da parentalidade e indo contra a regra do art. 39, §1º ECA²², que impõe que a adoção é medida irrevogável, também estaria causando danos ao filho com esta ação, se encaixando perfeitamente na definição de ato ilícito trazida pelo art. 186 do Código Civil²³. Com isso, são completamente justificáveis as demandas judiciais que pleiteiam a responsabilização civil dos pais, requerendo indenização pelos danos que a desistência da adoção e a privação da convivência familiar podem ter causado aos filhos adotados, já que de acordo com o art. 927 do Código Civil²⁴, aquele que, por ato ilícito, causar dano a alguém, tem a obrigação de repará-lo.

Pode-se perceber que as decisões judiciais caminham no sentido de reconhecer a responsabilidade civil dos pais pela desistência e devolução do menor após a adoção definitiva, com vistas a assegurar o bem-estar daquele que foi adotado e, posteriormente, rejeitado, além de reparar minimamente os danos sofridos. Neste sentido, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁵ decidiu na Apelação nº 5686482-90.2009.8.13.0702 por indenizar em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, o filho que foi abandonado e devolvido para o abrigo em que vivia antes de ser adotado. Nesse caso, o menino foi adotado junto com sua irmã biológica, mas, menos de um ano após a adoção definitiva, apenas ele foi devolvido para o abrigo, sendo abandonado física, material e moralmente. Ele raramente recebia a visita dos pais adotivos e quando essas aconteciam, o menino era tratado com

²² Ibid.

²³ BRASIL, op. cit., nota 18.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação nº 5686482-90.2009.8.13.0702*. Relatora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943719692/apelacao-civil-ac-10702095686482002-uberlandia/inteiro-teor-943719742>>. Acesso em: 01 abr. 2021



indiferença e desprezo, a presença dos pais impunha ao menor mais angústia e humilhação. Com o abandono do menino por parte dos pais adotivos, o poder familiar foi destituído em ação transitada em julgado em 23 de abril de 2009, em que também se postulou a condenação dos pais ao pagamento de indenização por dano moral e material.

A 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁶ também já deliberou sobre o dever de indenizar dos pais adotivos desistentes. Ficou decidido na Apelação nº 0006658-72.2010.8.26.0266 que os pais adotivos deveriam pagar indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao filho abandonado que conviveu com os adotantes desde um ano de idade e que depois foi devolvido à mãe biológica. Nesse caso, o filho passou a apresentar problemas comportamentais durante a adolescência e o relacionamento com os pais passou a ser turbulento, momento em que os pais adotivos revelaram sobre a adoção e se esforçaram para aproximar o menino da família biológica, assumindo uma postura de rejeição do adolescente.

Cabe destacar que as ações indenizatórias em face dos pais adotivos desistentes, além de tentar minorar os danos causados ao adotado rejeitado, também possuem um viés pedagógico, com o objetivo de tolher a prática da desistência após a adoção definitiva e o consequente retorno da criança ou adolescente aos abrigos e centros de acolhimento.

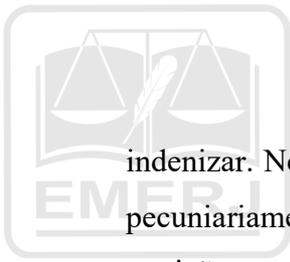
Nas palavras do desembargador Joel Dias Figueira Júnior da Primeira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²⁷:

e, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da “devolução” de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das leis civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes.

Dessa forma, entende-se que quando o processo de adoção corre sem obstáculos e os que se candidatam a serem pais adotivos concordam com todos os termos da adoção antes da sentença definitiva, se decidirem por desistir da adoção e romper o vínculo de parentalidade com o filho adotado após o trânsito em julgado da decisão constitutiva, surge o dever de

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0006658-72.2010.8.26.0266*. Relator Alexandre Lazzarini. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120917547/apelacao-apl-66587220108260266-sp-0006658-7220108260266/inteiro-teor-120917557>>. Acesso em: 01 abr. 2021

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.



indenizar. Nesses casos, a responsabilização civil dos pais desistentes visa reparar, ainda que pecuniariamente, o extenso dano sofrido pelas crianças diante do reabandono, além de ser uma punição para aqueles que tratam os filhos adotivos como mercadoria e os devolvem para os abrigos como um produto defeituoso.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, que a desistência da adoção após a sentença definitiva e a devolução de crianças e adolescentes para a tutela do Estado vem se tornando uma prática comum entre os pais adotivos insatisfeitos com o resultado do processo de adoção. Contudo, esse ato de devolução dos pais desistentes viola norma do Estatuto da Criança e do Adolescente que prega que a adoção definitiva é medida irrevogável.

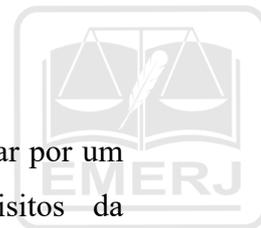
Ficou evidente que a criança adotada que passa por essa situação e é excluída do seio familiar depois de estar ambientada sofre um abalo psicológico severo, tem a sua integridade física e psíquica violada. Compreendeu-se que nesses casos ocorre um verdadeiro dano à dignidade e personalidade do menor.

De um lado, retornar com a criança ou adolescente aos abrigos e centros de acolhimento após a desistência dos adotantes pode reeditar o abandono e consolidar sentimentos de solidão e desprezo; de outro, fazer com que a criança permaneça com a família adotiva que a rejeita pode causar ainda mais danos do que um novo abandono.

A partir das análises fundamentadas que se desenvolveram ao longo da pesquisa, foi possível concluir que os pais que resolvem por devolver o filho adotado incorrem em ato ilícito, uma vez que além de violarem os deveres inerentes ao poder familiar, causando danos de cunho moral e psíquico ao filho que é renegado, também estão transgredindo norma do ordenamento jurídico brasileiro que impõe que, após a sentença constitutiva, a adoção passa a ser definitiva e sem possibilidade de revogação.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que esses pais desistentes devem ser punidos, devem responder pelos danos que causam ao desistir da adoção, mesmo que a sanção seja apenas pecuniária. Os danos e os traumas sofridos pelo menor que passa por essa situação podem não ser diminuídos com a compensação em dinheiro, mas a punição monetária deve ainda assim ser imposta aos pais, tendo em vista que a penalidade deve ter um caráter pedagógico, servindo como um meio de coibir a prática da desistência.

Desta forma, esta pesquisa pretende sustentar que os pais que desistem após a adoção definitiva devem responder civilmente por tal ato, esses pais possuem o dever de indenizar os



filhos adotivos devolvidos que experimentaram os dissabores e os traumas de passar por um novo abandono. Defende-se aqui, então, que estando presentes os requisitos da responsabilidade civil - conduta, culpa em sentido lato, dano e nexa causal, os pais adotivos desistentes terão que indenizar os filhos que rejeitaram.

O presente trabalho mostrou que os magistrados, em casos de abandono e desistência da adoção após a sentença constitutiva, adotam a postura de responsabilizar civilmente os pais adotivos, visando o melhor interesse da criança e adolescente abandonado, além de decretar a perda do poder familiar aos que incorrem nesta prática tão dolorosa para os menores que vivem com a expectativa de serem acolhidos por uma família.

É imprescindível que os candidatos a adoção tenham um melhor preparo por parte da equipe multidisciplinar que acompanha todo o processo. Os pretensos pais adotivos devem ter certeza de que querem adotar e devem fazer pelos motivos corretos, a precipitação não tem lugar na adoção. Os adotantes precisam ser capazes de lidar com os problemas que surgem com a formação da nova família e com a adaptação do filho adotado. É necessário normalizar o que já está há muito tempo positivado no ordenamento jurídico brasileiro, filho adotado é filho e filho não se devolve.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação nº 208057 SC 2011.020805-7*. Relator Joel Dias Figueira Júnior. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civel-ac-208057-sc-2011020805-7/inteiro-teor-20441960>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação nº 5686482-90.2009.8.13.0702*. Relatora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943719692/apelacao-civel-ac-10702095686482002-uberlandia/inteiro-teor-943719742>>. Acesso em: 01 abr. 2021

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0006658-72.2010.8.26.0266*. Relator Alexandre Lazzarini. Disponível em: <<https://tj->



sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120917547/apelacao-apl 66587220108260266-sp-0006658-7220108260266/inteiro-teor-120917557>. Acesso em: 01 abr. 2021

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, [e-book].

GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *Responsabilidade civil pela desistência na adoção*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%caancia+na+ado%ca7%ca3o>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014, [e-book].

GHIRARDI, Maria Luiza. *Devolução de crianças adotadas*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 8. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2018, [e-book].

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL POR DANOS DECORRENTES DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO À LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº842.846/SC

Diego da Cruz Pêgo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – A atividade notarial e de registro possui previsão constitucional e trata-se de serviço de natureza pública, de titularidade estatal, cuja prestação se dá por particulares delegatários. Nesse contexto, em razão da natureza do serviço, o presente trabalho avalia a responsabilização estatal na ocorrência de danos decorrentes da atividade notarial e de registro sob o prisma da tese fixada no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal, por meio do Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Informativo nº 932), de relatoria do Ministro Luiz Fux. Para tanto, abordar-se-á as divergências no tocante ao tema, bem como as razões expostas pela Suprema Corte, com a análise das consequências jurídicas oriundas da referida decisão, que importa em relevantes mudanças no paradigma da responsabilização estatal.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil do Estado. Atividade notarial e de registro. Dever de indenizar. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sumário – Introdução. 1. A natureza jurídica da atividade notarial e de registro e sua responsabilidade civil 2. Os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para a imputação da responsabilização estatal. 3. As consequências jurídicas decorrentes do novo entendimento firmado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O instituto da Responsabilidade Civil do Estado sob a análise dos danos decorrentes da atividade notarial e de registro foi tema de julgamento no Supremo Tribunal Federal, conforme Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Informativo nº 932), uma vez que a questão possui natureza constitucional.

É certo, inclusive, que os serviços notariais e de registro são atividades que tem como escopo a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, conforme preceitua o art. 1º da Lei nº 8.935/94.

De tal forma, é de notório conhecimento que todos os cidadãos brasileiros em algum momento de suas vidas fizeram ou farão uso de tais serviços para a formalização de determinado ato jurídico, o que demonstra a sua tamanha importância, garantindo a indispensabilidade destes para a sociedade.

Ocorre que, como qualquer outro serviço, no exercício das atividades em apreço poderão ocorrer danos aos particulares, ora usuários, o que é costumeiro, inclusive, sendo necessária a imputação de responsabilidade com o consequente dever de indenizar, desde que comprovados os requisitos que dão ensejo a responsabilidade civil aos causadores dos danos.



Contudo, em razão da natureza da atividade, muito se discutia sobre a quem deveria ser imputada a responsabilidade com o conseqüente dever de indenizar em casos de danos decorrentes das atividades notariais e de serviços.

Assim, o debate em apreço foi levado a julgamento no Egrégio Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, proferiu decisão significativa, firmando um novo panorama que será objeto do presente trabalho.

Nesse passo, o primeiro capítulo aborda a natureza jurídica das atividades notariais e de registro, com posterior comparativo entre a imputação de responsabilidade civil dos entes administrativos para a imputação de responsabilidade aos notários e oficiais de registro, com vistas a compreender as diferenças existentes entre ambas de modo a gerar repercussões numa demanda.

Já o segundo capítulo analisa o caso paradigma objeto do presente trabalho ora levado ao Supremo Tribunal Federal, destacando os fundamentos adotados pela Suprema Corte que acarretaram no entendimento fixado acerca da extensão da responsabilização à Administração Pública pelos danos causados a particulares decorrentes das atividades notariais e de registro.

Por sua vez, o terceiro capítulo visa discutir o alcance das conseqüências jurídicas que o particular deverá conhecer e compreender quando este for vítima de danos decorrentes de tais atividades e objetivar reparação em demandas judiciais, haja vista o entendimento fixado pela Suprema Corte no tocante a responsabilização estatal.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador busca fomentar o conjunto de proposições hipotéticas, nas quais entende pela sua viabilidade ao se amoldarem ao objeto da pesquisa, para, então, comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para o deslinde da pesquisa, o pesquisador pretende se valer do estudo de caso paradigma levado ao Supremo Tribunal Federal e da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, artigos e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

A atividade notarial e de registro no Brasil possui escopo constitucional, precisamente em seu art. 236 e parágrafos, em que a partir da análise do dispositivo em

apreço da Lei Maior¹, inferem-se discussões acerca da referida atividade, dentre elas, a sua natureza jurídica e sua responsabilidade civil.

236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Assim, de acordo com o dispositivo constitucional, tais atividades são delegatárias pela Administração Pública, sendo exercido em caráter privado, ou seja, o exercício de tais atividades é realizado por particulares, atividades estas de função pública, cuja jurisprudência e doutrina majoritária consideram as atividades notariais e de registro como serviço público, na qual o Poder Público é o titular.

Com vistas a dar eficácia a norma constitucional, foi editada a Lei nº 8.935/94², que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal³, dispondo sobre as atividades notariais e de serviços, também conhecida como Lei dos Notários e Registradores.

O art.1º da referida lei versa sobre os objetivos inerentes as atividades notariais e de registro como a garantia da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Posteriormente, em seu art. 3º, a lei em comento traz uma característica não propriamente do serviço, mas de quem o pratica (notários ou registradores), a saber, a fé pública.

A fé pública consiste numa presunção relativa de veracidade dos atos praticados pelos notários ou registradores no exercício de suas atividades, ou seja, não sendo provado em sentido contrário por quem é de interesse, entendem-se como verdadeiros os atos por estes praticados no exercício de suas atividades.

Entretanto, a presunção de veracidade de tais atos em decorrência da fé pública dotada por disposição legal aos notários e registradores, não se trata de impedimento para o surgimento de defeitos na prestação do exercício da atividade notarial e de registro, que importem em danos suportados pelos particulares usuários dos referidos serviços, passando-se, assim, a ser discutida a sua responsabilidade civil.

O art. 22 da Lei nº 8.935/94⁴ trata no tocante a responsabilidade civil decorrente da atividade notarial e de registro, trazendo para os notários e oficiais de registro a

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

² BRASIL. *Lei nº 8.935*, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



responsabilidade civil por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por dolo ou culpa, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, sendo-lhes autorizado o direito de regresso.

Dessa forma, surgem alguns pontos importantes a serem esclarecidos a respeito da responsabilidade civil dos notários e registradores, haja vista que o dispositivo legal, apesar de compendioso, foi bem incisivo na responsabilização em apreço.

O primeiro ponto a ser esclarecido é que a responsabilidade civil do notário ou registrador é pessoal e intransmissível, ou seja, cumpre dizer que o notário ou registrador torna-se responsável pelos danos praticados pelos atos ainda que praticados pelos seus auxiliares e/ou prepostos decorrentes da atividade, sendo-lhe garantido o direito de regresso em face destes em caso de dolo ou culpa. Nesse sentido foi corroborado entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 1.270.018/MS⁵, de relatoria do Ministro Massami Uyeda.

Para Caio Mário da Silva Pereira⁶, a responsabilização do notário ou registrador tem como ponto fundamental o princípio da confiança.

[...] Responde pela negligência, inclusive de seu escrevente ou auxiliar, com aplicação do estatuído no art. 932, III, do Código Civil, ainda no caso de ser o cartório oficializado, porque tais funcionários, ainda que a rigor não sejam empregados do titular do cartório, são prepostos seus, no sentido de que e l e lhes confia os atos que são de sua atribuição.

Já o segundo esclarecimento concerne à natureza da responsabilização do notário ou registrador, se este é de natureza objetiva ou subjetiva.

Atualmente o dispositivo legal anteriormente citado nos assevera que a responsabilidade civil dos notários e registrados é de natureza subjetiva, o que importa dizer que para a imputação da responsabilidade civil, torna-se necessária a comprovação de dolo ou culpa na conduta dos notários ou registradores ou até mesmo de seus auxiliares e/ou prepostos decorrentes da atividade.

Todavia, é de salutar importância destacar que a atual redação do art. 22 da Lei nº 8.935/94 foi implementada pela Lei nº 13.286/16⁷ de 10 de maio de 2016, o que permite ampliar o debate a respeito da responsabilização civil dos notários e registradores.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.270.018/MS*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865734316/recurso-especial-resp-1270018-ms-2011-0184482-8/inteiro-teor-865734326?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 215.

⁷ BRASIL. *Lei nº 13.286*, de 10 de maio de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13286.htm#art2>. Acesso em: 19 out. 2020.



Ou seja, a natureza subjetiva da responsabilização em debate somente se consolidou a partir da vigência da nova redação do art. 22 da Lei nº 8.935/94, a partir de 10 de maio de 2016, pois anteriormente a Lei dos Notários e Registradores era silente sobre a natureza da responsabilização, ficando, assim, lacuna legal, cabendo à doutrina e jurisprudência se debruçar sobre o assunto.

No âmbito das Cortes Superiores, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes pela adoção da responsabilização objetiva, como no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 474.524/PE⁸, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em que a Corte Superior afirma que “o exercício da atividade notarial delegada (art. 236, §1º da CRFB/88) deve se dar por conta e risco do delegatário, de modo que é do notário a responsabilidade objetiva por danos resultantes dessa atividade delegada”.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e dos Territórios, à título de maior elucidação, consolidou o entendimento que a responsabilidade civil dos notários e registradores anteriormente a 10 de maio de 2016 (data da publicação e vigência) era de natureza objetiva.

Por meio da Apelação Cível nº 20120110904156⁹, de Relatoria da Desembargadora Maria Ivatônia, que a responsabilidade civil, neste caso, deverá ser examinada a partir do art. 236 da Lei Maior e da própria Lei nº 8.935/94 à época do fato danoso.

Para a emitente Desembargadora, em sua decisão, a atividade cartorária exercida à luz do Art. 236 da Constituição Federal é de natureza objetiva, pois assume posição semelhante à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, na forma do art. 37, §6º da Carta Magna¹⁰, ao passo que o art. 22 da Lei nº 8.935/94, em sua redação originária, vigente a época do fato do julgado, não fez qualquer menção a elemento subjetivo para fins de responsabilização, de modo a inferir que a responsabilidade civil é de natureza objetiva, conforme previsto no já citado art. 37, §6º da Constituição Federal.

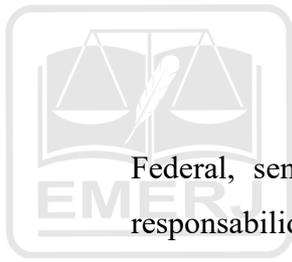
Portanto, anteriormente a 10 de maio de 2016, em razão da anterior redação do art. 22 da Lei nº 8.935/94¹¹ e, conforme entendimento adotado pelos tribunais pátrios, os notários e registradores respondiam de forma objetiva, na forma do art. 37, §6º da Constituição

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 474.524/PE*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25131223/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-474524-pe-2014-0029214-2-stj/inteiro-teor-25131224> >. Acesso em: 19 out. 2020.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível nº 20120110904156*. Relatora: Desembargadora Maria Ivatônia. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/537654534/20120110904156-df-00250841420128070001?ref=serp> >. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 2.



Federal, sem a necessidade de comprovação de culpa ou dolo para imputação de sua responsabilidade civil decorrentes de tais atividades.

Observa-se, inclusive que, tendo o ato sido praticado anteriormente a 10 de maio de 2016, ou seja, sob à égide da redação anterior do art. 22 da Lei nº 8.935/94, mas objetivando a vítima do dano pleitear eventual reparação posteriormente a 10 de maio de 2016, já sob a vigência da nova redação, a responsabilidade civil permanece sob a natureza objetiva, não havendo no que se discutir sobre elementos subjetivos.

Assim, apesar da função pública de tais atividades, depreende-se que atualmente a análise da responsabilidade civil dos notários e registradores diverge da análise da responsabilização civil do Estado, que é na forma prevista no Art. 37, §6º da Constituição Federal, na qual adotou a Teoria da Responsabilidade Objetiva, na modalidade Risco Administrativo.

Nesse passo, para imputação da responsabilização civil estatal, há a necessidade de uma conduta danosa praticada por agente público, este sem sentido amplo, um dano suportado pela vítima e nexos de causalidade entre a conduta danosa do agente público e o dano suportado pela vítima, não se fazendo, portanto, necessária a comprovação de elementos subjetivos como dolo e culpa.

2. OS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL

Na esteira da temática da responsabilização estatal, a Suprema Corte se debruçou sobre a questão em uma de suas vertentes específicas, ora objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, a responsabilização estatal por danos decorrentes da atividade notarial e de registro por meio Recurso Extraordinário nº 842.846/SC¹² (Informativo nº 932), de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual teve seu voto acompanhando pela maioria dos demais ministros.

O caso em tela consiste em Agravo em Recurso Extraordinário, ora convertido em Recurso Extraordinário, pelo Estado de Santa Catarina, em que o ente administrativo recorrente veio a ser condenado ao pagamento de indenização por danos materiais nas instâncias ordinárias, em que o demandante, ora recorrido, narra não ter logrado êxito no

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 842.846-SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792309&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2021.



deferimento de concessão de benefício previdenciário em razão de erro na elaboração de certidão de óbito por parte do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca de São Carlos-SC.

Reconhecida a Repercussão Geral da demanda, o feito foi levado a julgamento pelo Plenário da Suprema Corte, com vistas a dirimir todas as controvérsias existentes sobre a temática em apreço.

Antes do caso paradigma do presente trabalho ser levado a julgamento ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Estaduais, o Superior Tribunal de Justiça e até mesmo a própria Suprema Corte transitavam sobre a questão, mas sem apontar um direcionamento unânime.

Em que pese as peculiaridades de cada caso concreto, foram firmados entendimentos no sentido de ser perfeitamente possível a aplicação da responsabilidade estatal pelos danos decorrentes da atividade notarial e de serviço.

Isso decorre da natureza do serviço, ou seja, a atividade notarial e de registro está sob a égide do regime jurídico de direito público, em que tais atividades são próprias da Administração Pública, apesar de serem prestados por particulares delegatários.

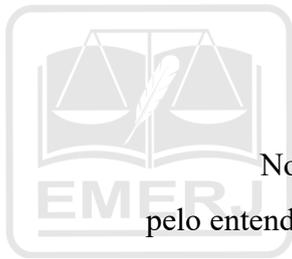
Para o ilustre Relator Ministro Luiz Fux¹³, a responsabilização estatal parte das premissas de titularidade estatal da atividade, bem como do reconhecimento da qualidade de agentes públicos *latu sensu*, conforme se infere:

[...]i) os titulares das serventias de notas e registros exercem função de natureza pública, ii) o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, iii) os atos desses agentes estão sujeitos à fiscalização pelo ente estatal e iv) as atividades notariais e de registro são remuneradas mediante a percepção de emolumentos, cuja natureza jurídica é de taxa, consigno que tabeliães e registradores oficiais são agentes públicos, que exercem suas atividades in nomine do Estado.[...]

Assim, praticado qualquer ato danoso decorrente da atividade notarial e de registro, não há óbice em se atribuir a responsabilização estatal, de forma objetiva, na forma prevista no Art. 37, §6º da Carta Magna, desde que comprovados seus requisitos.

Todavia, superadas as discussões pela possibilidade de imputação de responsabilidade aos entes administrativos, pairava-se um segundo enfoque nos debates sobre a temática, a saber, o caráter da responsabilização, ou seja, se a responsabilidade civil deveria ser direta e primária ou tão somente subsidiária.

¹³ Ibidem.



No tocante a responsabilidade civil, os Tribunais Estaduais possuem precedentes pelo entendimento de que a responsabilização pelos danos decorrentes das atividades notariais e de serviço é primariamente dos delegatários dos serviços, cabendo ao ente estatal somente a responsabilização subsidiária, como se vê, à título de exemplificação, na Apelação Cível nº 00007682-62.2004.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁴, julgado em 03 de novembro de 2016.

O Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.377.074-RJ¹⁵, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, em igual passo, salientou a responsabilização subsidiária do ente estatal pelos danos decorrentes da atividade delegada.

Destarte, em que pese todas as controvérsias sobre o assunto e tendo como base a mesma premissa da qualidade de agente público *latu sensu*, na qual fora feita menção, o Ministro Luiz Fux proferiu seu voto no sentido de se reconhecer a responsabilização direta da Administração Pública pelos atos danosos praticados pelos tabeliães e registradores, já que o Estado responde diretamente pelos atos de seus agentes, acrescendo-se, que a prática do ato seja no exercício da função.

Neste sentido, tendo em vista a atividade ser própria de Estado (titularidade estatal) e atribuindo a qualidade de agentes públicos aos tabeliães e registradores, em caso de ocorrência de danos causados a particulares usuários, frise-se, no exercício da função notarial ou de registro e não incidindo qualquer excludente de responsabilidade, a responsabilidade civil do ente estatal é direta, sendo a tese ora fixada pela Suprema Corte, não sendo mais subsidiária, como em decisões proferidas pelos tribunais pátrios e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, a tese fixada pela Suprema Corte encontra guarida na doutrina, como denota nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho¹⁶ que já sustentava a tese da responsabilização direta da Administração Pública.

Quanto aos ofícios de notas (tabelionatos) e de registro, existem algumas particularidades e controvérsias sobre a matéria, e a razão consiste no fato de que, apesar de os titulares serem agentes do Estado, desempenham sua atividade por

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0007682-62.2004.8.19.0001*. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/916510383/apelacao-apl-76826220048190001>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.333.074-RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861432873/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1377074-rj-2013-0095252-4/inteiro-teor-861432893?ref=serp>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1039.

delegação, em caráter privado (art. 236, § 1º, da CF), numa aparente contraditório. No caso, podem vislumbrar-se duas relações jurídicas, uma interna e outra externa.[...]Quanto à externa, a conduta de tais agentes provoca a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF), que, inclusive, pode ser acionado diretamente, assegurando-se-lhe, porém, o direito de regresso. No caso, a responsabilidade do Estado é direta, primária e objetiva, incidindo o art. 37, § 6º, em toda a sua plenitude.

Assim, houve extensão da responsabilização estatal, uma vez que fixada a tese de responsabilização direta, sendo superadas as teses de responsabilização subsidiária.

Conquanto, cumpre rememorar que a decisão que fixou a tese de responsabilização direta foi acolhida por maioria e não por unanimidade dos Ministros Julgadores, o que acarreta na observância de que há posicionamentos divergentes na própria Suprema Corte.

Os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso foram vencidos nos termos e limites de seus votos, nos quais os ilustres ministros salientaram que a responsabilização estatal deverá ser subsidiária.

Para o Ministro Edson Fachin, a responsabilidade estatal deveria ser apenas subsidiária, ao afirmar que o “agente público delegatário, ao receber a delegação e atuar em nome próprio, também deve responder objetiva e pessoalmente pelos atos decorrentes do exercício de suas funções delegadas pelo poder público”, o que, para tanto, reputa incidentalmente como inconstitucional a expressão “por dolo e culpa”¹⁷ expressa no art. 22 da Lei nº 13.286/16.

Já o Ministro Roberto Barroso também é um defensor da responsabilização estatal subsidiária; entretanto, salienta que “dar responsabilidade primária e objetiva ao Estado, em um caso de falha praticada pelo oficial cartorário, é condenar o Estado ao pior dos mundos”¹⁸, uma vez que o ente estatal não participa dos recebimentos de receitas, mas paga as indenizações, o que, a seu ver, precisa ser revisto.

Assim, não obstante a atual tese fixada pela Suprema Corte, não é inimaginável pensar que futuramente tal entendimento possa ser revisto, com a fixação de nova tese aplicando a responsabilidade subsidiária ao ente estatal; destarte, o entendimento que prevalece atualmente e que deverá nortear eventuais futuras demandas é pela aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva direta à Administração Pública pelos danos decorrentes da atividade notarial e de registro.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁸ Ibidem.



3. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DO NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO

Depois de discorrida a temática da responsabilização, por certo que o novo entendimento adotado pela Suprema Corte causou relevantes consequências no mundo jurídico e até mesmo social, em que a decisão afetará os administrados, ora usuários, quando forem vítimas de danos decorrentes da atividade notarial e de registro e decidirem por demandar com vistas a reparação dos danos suportados.

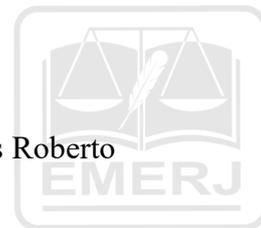
A primeira consequência, ora já debatida, é o direito que o particular usuário terá em demandar diretamente contra a Administração Pública vinculada, sem a necessidade de inclusão do particular delegatário no polo passivo da demanda para aferição da responsabilidade.

Atualmente, com o novo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais necessário que o particular cidadão demande diretamente em face do delegatário, para uma posterior responsabilização subsidiária da Administração Pública para reparação dos danos causados na atividade notarial e/ou de registro.

Para o administrado criou-se uma ampliação no seu direito de agir, uma vez que, podendo-se responsabilizar o Estado diretamente, a imputação da responsabilização será sob a égide das regras da responsabilidade civil objetiva, em que se torna dispensável a comprovação dos elementos dolo e culpa para sua caracterização, sendo necessário somente a comprovação do dano e a existência do nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo particular delegatário e o dano suportado pelo administrado.

Trata-se de uma evidente ampliação, favorável, inclusive, ao usuário dos serviços, haja vista que demandar contra o delegatário, seja notário ou registrador, importava na comprovação da existência dos elementos subjetivos dolo e culpa para que fosse imputada a responsabilidade ao delegatário, uma vez que vigora, atualmente, aos notários e registradores, o regramento da Responsabilidade Civil Subjetiva, ora já trazido a debate.

Contudo, em que pese a possibilidade de responsabilização direta da Administração Pública, não há óbice para que o particular usuário demande em conjunto contra o notário e/ou registrador, formando-se, na relação jurídica processual, um litisconsórcio passivo, em que se observará a natureza objetiva e subjetiva da responsabilização, a depender dos demandados, ou que até mesmo somente se demande em face do delegatário, se assim o particular usuário pretender.



Tal possui entendimento possui alicerce doutrinário, em especial, por Carlos Roberto Gonçalves¹⁹, conforme preconiza em sua obra.

Como já por nós anotado, a ação pode ser direcionada diretamente contra o Estado, baseada na responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º da Constituição Federal, ou diretamente contra o notário ou registrador, desde que o autor se proponha, neste caso, malgrado opiniões contrárias, a provar culpa ou dolo deste.

Assim, não há limitação ao administrado no tocante ao direito de demandar somente em face da Administração Pública em eventual ocorrência de danos da atividade notarial e/ou de registro, mas, como já esclarecido, trata-se de uma extensão na responsabilização civil, em que houve uma amplitude ao particular administrado pleitear pela reparação que entender devida face ao dano suportado.

Outro ponto que merece destaque e que acarretou em consequência da decisão proferida pela Suprema Corte é o chamado direito de regresso.

Inicialmente, no primeiro tópico do presente trabalho, fora debatido o direito de regresso conferido ao notário ou registrador pelos danos praticados pelos seus auxiliares e/ou prepostos em casos de dolo ou culpa, uma vez que a responsabilidade civil do notário ou registrador é pessoal e intransmissível.

Ocorre que agora se trata do direito de regresso conferido ao ente administrativo em exercer o ressarcimento ao erário, caso seja responsabilizado diretamente.

Sendo demandada a Administração Pública e caracterizada sua responsabilização, em que será feito uso do erário para reparação ao particular usuário, surge para o Estado o dever de regresso contra o responsável, no caso, notário ou registrador, sob pena de improbidade administrativa, conforme exposto da decisão proferida de relatoria do Ministro Luiz Fux que integra, inclusive, a tese do tema objeto do presente trabalho.

Depreende-se, então, que a ação de regresso pela Administração Pública não se trata de ato discricionário do agente público vinculado, mas sim, de dever de exercer a ação de regresso. Logo, afetado o erário para reparação ao particular pelos danos decorrentes da atividade notarial e de registro, é dever do agente público responsável promover a ação de regresso em face do delegatário com vistas ao ressarcimento ao erário, sob pena de improbidade administrativa²⁰.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 14. ed. V. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 421.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.



Consigno que o ajuizamento da respectiva ação de regresso consubstancia um dever do agente estatal competente, que tem a obrigação de ingressar com a ação regressiva em face do tabelião ou registrador oficial, causador de dano ao particular, sob pena de improbidade administrativa. Deveras, o direito de regresso é direito indisponível e de índole obrigatória, que deve ser necessariamente pleiteada pelo Estado. [...]

Decorrente do entendimento da Suprema Corte, uma nova consequência veio a surgir no ordenamento jurídico pátrio e, mais uma vez, favorável ao particular administrado, qual seja, o aumento do prazo prescricional para pleitear pela eventual reparação danosa.

Com a responsabilização civil direta e primária em face da Administração Pública, além da natureza objetiva da responsabilização, esta possui prazo prescricional especial, por regramento legal específico, em que se aplicará o prazo prescricional de 5 anos previstos no art. 1º do Decreto nº 20.910/32²¹, a contar da data do ato ou fato que se originarem.

Torna-se evidentemente favorável ao administrado a ampliação do lustro prescricional, tendo em vista que para a responsabilização civil dos notários e/ou registradores por demandas promovidas pelo particular, há de ser respeitado o prazo prescricional de 3 anos, ora previstos no art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002²².

Uma observação que é de salutar importância destacar, insurge-se que o prazo prescricional previsto no art. 206, §3º, V do CC/02 acima citado, não se confunde com o prazo prescricional que a Administração Pública tem para exercer a ação de regresso em face do delegatário pelos danos decorrentes da atividade notarial e/ou de registro, qual seja, o prazo de 5 anos, sem adentrar no mérito dos debates existentes acerca do prazo prescricional na ação de regresso por não ser objeto do presente trabalho.

Por fim, a consequência derradeira que impende mencionar, é a adoção do regime de pagamentos pela Administração Pública das reparações civis ocorridas em caso de danos das atividades objetos da temática.

Com o trânsito em julgado de sentença condenatória determinando ao ente administrativo ao pagamento de indenização, seja na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, em favor do particular usuário dos serviços notariais e/ou de registro, não de serem utilizados os instrumentos de utilizados pelos Poder Judiciário para requisição do Poder Público para o pagamento de condenações judiciais, a saber, a Requisição de Pequeno Valor e o Precatório.

²¹ BRASIL. *Decreto nº 20.910*, de 6 de janeiro de 1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²² BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



Não serão feitas maiores exposições sobre tais instrumentos de pagamento de condenações judiciais, uma vez que fugirá do cerne do presente trabalho; todavia, é necessário que o particular usuário tenha conhecimento de que a forma de pagamento de condenações judiciais realizadas pela Administração Pública se difere da forma realizada pelo particular delegatário.

Tratando-se de condenação judicial em demanda direta contra o ente administrativo, o particular usuário há de respeitar as normas regulamentadoras da Requisição de Pequeno Valor e do Precatório.

Para as Requisições de Pequeno Valor, o particular usuário há de observar a legislação específica do Estado Membro devedor que regule o chamado pequeno valor para fins de pagamento das condenações judiciais, em que, enquadrando-se o valor da condenação na condição de pequeno valor, o particular usuário receberá os valores referentes a condenação de forma mais célere.

Todavia, enquadrando-se a condenação em patamar superior ao considerado como pequeno valor para o ente administrado devedor, o recebimento de indenizações seguirá sob o regramento do regime dos Precatórios, ora previstos no art. 100 da Lei Maior²³, que, por sua vez, trata-se de instrumento de pagamento de condenação judicial com maior tempo de espera.

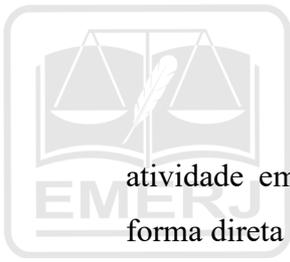
Contudo, em que pese os regramentos específicos da Requisição de Pequeno Valor e do Precatório, o novo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal amplia também a garantia de recebimento das indenizações oriundas das condenações judiciais em favor do particular usuário pelos danos decorrentes da atividade notarial e/ou de registro.

CONCLUSÃO

Como demonstrado ao longo do presente trabalho, esta pesquisa constatou que, atualmente, a Administração Pública possui responsabilidade civil pelos danos decorrentes da atividade notarial e de registro, sob o manto da Responsabilidade Civil Objetiva, ora prevista no Art. 37 da Lei Maior.

Antes da fixação do atual entendimento, tanto as cortes superiores, quanto dos tribunais estaduais divergiam acerca da responsabilização estatal, mormente a natureza da

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.



atividade em questão, ou seja, havia divergência se o ente administrativo responderia de forma direta e primária ou somente de forma subsidiária.

De toda sorte, mesmo com a superação das divergências, com a fixação da tese objeto do presente trabalho, é necessário ressaltar que a responsabilização civil do Poder Público não se pode confundir com a responsabilização civil do notário e/ou registrado, uma vez que este responderá sob as regras da Responsabilidade Civil Subjetiva, enquanto sob o ente administrativo vigora as regras da Responsabilidade Civil Objetiva por força de disposição constitucional.

Com o novo panorama, que estendeu a responsabilização estatal, o particular administrado possui um leque maior de possibilidades para pleitear por eventual reparação danosa, sendo a tese ora fixada mais favorável a este.

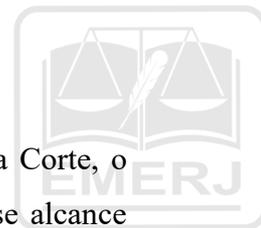
A aplicação da responsabilização objetiva estatal isenta o particular administrado da necessidade de comprovação dos elementos dolo ou culpa para que seja caracterizada a responsabilidade do Poder Público, o que diferentemente seria no caso de demanda em face do notário ou registrador, em que caberia a comprovação de tais elementos subjetivos.

Diga-se, inclusive, que a tese acarretou em uma maior garantia do particular administrado de recebimento de eventual indenização proveniente de sentença judicial condenatória transitada em julgado, uma vez que haverá afetação do erário para pagamento de condenações.

Por outro prisma, ao menos em tese, aumentar-se-á o grau de efetividade na prestação dos serviços notariais e de registro, uma vez que a amplitude da responsabilização em face da Administração Pública, é garantida a esta o direito de regresso, como visto.

Denota-se, desta assertiva, que o fato da responsabilização direta ao Poder Público não isenta o notário e/ou registrador de ter que ressarcir o erário, se comprovada, além dos demais requisitos, o dolo ou a culpa na ocorrência do fato danoso, ou seja, ainda que não responda em ação proposta pelo particular administrado, responderá em ação de regresso, uma vez que há obrigatoriedade do Poder Público em propor a ação de regresso.

O presente trabalho, ao seu todo, elucidou as divergências no tocante ao tema e as razões pelas quais fora alcançado o entendimento fixado pela Suprema Corte; todavia, trata-se de um tema que futuramente poderá ser centro de novos debates, haja vista que atualmente, inclusive, já há inclinação de parte dos ministros da Suprema pela adoção da responsabilização subsidiária do ente administrativo.



Assim, em razão de tais posicionamentos divergentes na própria Suprema Corte, o tema em questão poderá ser novamente objeto de julgamento e, quem sabe, não se alcance uma tese quanto a responsabilização.

Contudo, hodiernamente, com base no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal, por meio do Recurso Extraordinário nº 842.846/SC (Informativo nº 932), de relatoria do Ministro Luiz Fux, a responsabilização estatal, é, além de objetiva, direta e primária pelos danos decorrentes da atividade notarial e de registro, sem prejuízo da propositura de ação de regresso em face do notário e/ou do registrador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. *Decreto nº 20.910*, de 6 de janeiro de 1932. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm >. Acesso: em 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.935*, de 18 de novembro de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 13.286*, de 10 de maio de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13286.htm#art2>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 474.524/PE*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25131223/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-474524-pe-2014-0029214-2-stj/inteiro-teor-25131224> >. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.333.074-RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861432873/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1377074-rj-2013-0095252-4/inteiro-teor-861432893?ref=serp> >. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.270.018/MS*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865734316/>>



recurso-especial-resp-1270018-ms-2011-0184482-8/inteiro-teor-865734326?ref=juris-tabs >. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 842.846-SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792309&ext=.pdf> >. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível n° 20120110904156*. Relatora: Desembargadora Maria Ivatônia. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/537654534/20120110904156-df-00250841420128070001?ref=serp> >. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 0007682-62.2004.8.19.0001*. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/916510383/apelacao-apl-76826220048190001> >. Acesso em: 14 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 14. ed. V. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SATISFATIVAS FRENTE AO DESAFIO DO GESTOR EM MATERIALIZAR A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

Dimitri Leal Gasos

Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo – os diversos obstáculos enfrentados pelos agentes públicos no exercício de suas atribuições rotineiras perpassam, sobretudo, pelo crivo da legalidade que norteia a discricionariedade administrativa, no limite da discricionariedade que o cargo lhes confere. A percepção atual é a de que esses profissionais, atuantes na seara pública, quer direta ou indiretamente, procuram se precaver de fiscalizações e controles que, ao longo do tempo, vem impondo sanções mais rigorosas que, por sua vez, recaem tanto sobre suas vidas funcionais quanto pessoais, se consideradas as multas pecuniárias por vezes consignadas diretamente sobre os seus vencimentos. O propósito deste trabalho é o de exemplificar algumas dessas precauções que, ao final, se convertem na omissão deliberada, porém legal, de ações, com consequente prejuízo ao interesse público permeado.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Gestão Pública. Interesse Público. Discricionariedade Administrativa. Princípio da legalidade. Princípio da eficiência.

Sumário – Introdução. 1. A determinação do interesse público na aplicação de políticas de governo e gestão. 2. A insegurança da motivação dos atos administrativos frente à inexistência de normas expressas. 3. Alternativas e propostas ao enfrentamento dos gargalos jurídicos e institucionais na administração pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a fomentar a reflexão e o debate sobre os desafios diários na implementação de políticas satisfativas frente à indeterminação do interesse público, conceito amplamente difundido nos textos jurídicos, mas que carece do devido amparo normativo, quando da sua invocação pelo gestor público, durante boa parte de suas atribuições diárias.

Esta celeuma tem por base a amplidão desse conceito jurídico relevante para o direito administrativo, uma vez que este admite um sem fim de interpretações, ao mesmo tempo em que este ramo do Direito fundou seus alicerces na legalidade expressa e positivada.

É sabido que o interesse público, como conceito jurídico indeterminado, serviu de mote para inúmeros trabalhos acadêmicos. Entretanto, a pertinência do presente estudo revela-se pela necessidade de demonstrar uma faceta menos conhecida de sua compreensão, ao servi



de motivação para o gestor público legitimar uma decisão ou ato que posteriormente justifique sua margem de atuação em relação à discricionariedade que lhe foi conferida por lei.

A indeterminação característica do conceito é bastante repisada na doutrina e jurisprudência, que não costumam acompanhar a dinâmica do negócio público, preferindo replicar orientações e julgados ortodoxos e de baixo risco, deixando assim às escuras o gestor que deseja inovar ou enveredar-se por soluções menos convencionais, mesmo acreditando em seus possíveis resultados práticos e positivos para sociedade para qual atua. Tudo isso ocorre sob o crivo dos demais Poderes, dos órgãos de controle interno e externo e sob o controle social.

Como reflexo dessa insegurança, nota-se o aumento das “indecisões” administrativas, ocasionando a paralisação de muitos atos e gastos que em tese seriam justificáveis e legítimos, mas dos quais o gestor público se esquiva por receio da incompreensão e de eventuais sanções decorrentes, que lhe afetem tanto a vida pública, quanto a particular.

Nesse sentido, o primeiro capítulo do presente estudo oferece alguns parâmetros que visam aclarar o interesse público propriamente dito em relação à sua amplidão, sob um contexto de políticas públicas dinâmicas e, ainda assim, seu quociente determinável, capaz de legitimar os caminhos elegidos pelo agente público, quando demandado na qualidade de gestor.

Este intróito servirá, adiante, no segundo capítulo, para demonstrar que a inexistência de normas expressas não impede a tomada de decisões em prol da sociedade. Desta feita, não se encara o interesse público como difuso, coletivo ou transindividual, mas completo de contornos que garantem sua tutela e aplicação. O controle administrativo ou judiciário deve sopesar a falta de previsão expressa e a omissão estatal, sendo essa última demasiado nociva para a sociedade e para o próprio Estado, tanto quanto uma lei mal elaborada.

Com o embasamento das considerações anteriores, o terceiro capítulo preconiza soluções viáveis e atuais para o tema, procurando conjugar exemplos de boas práticas administrativas com legislações genéricas que se reverteram em ganhos para a população, justamente por, em sua maioria, contar com o respaldo de seus destinatários finais nas questões sob discussão, de modo a legitimá-las, tornando todo o processo mais transparente e participativo.

A pesquisa utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória, qualitativa e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

1. A DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA APLICAÇÃO DE POLÍTICAS DE GOVERNO E GESTÃO

O aprendizado do direito e demais cátedras sociais e humanas enfrenta sempre o dilema da prevalência do bem comum sobre a individualidade, ou seja, a determinação do interesse público de modo a serem preservados os direitos que orbitam o indivíduo e também o determinam como sujeito específico de direito. Esse enfrentamento é agravado em razão dessa conceituação ser imediatamente afetada pela temporalidade e fluidez que a envolvem.

Do ponto de vista administrativista, o Estado invoca para si o poder de determinar o que melhor seria essa benesse comum, que modernamente vem sendo tido como o ponto de equilíbrio para a conciliação dos direitos privados e o exercício desimpedido destes. Em alguns ordenamentos europeus, a exemplo do português e do italiano, esse tema vem sendo ramificado do Direito Administrativo e encarado mais especificamente sob o título de Direito Comunitário, dada sua relevância.

Este exame tem valor porque o Direito Administrativo é calcado na supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade desse primeiro interesse avocado pelo Estado, que qualifica e justifica sua gestão, mediante a prestação de bens e serviços aos seus cidadãos. Assim, as demais funções estatais, em amplo olhar, derivam destes “dogmas” jurídicos, cujas raízes remontam às revoluções e lutas históricas por direitos. Nesse sentido, segundo Furtado¹:

A primeira abordagem acerca do interesse público deve resultar na compreensão de que não se trata de um conceito metajurídico. Cabe ao direito positivo definir o que é o interesse público, as potestades conferidas com vista à sua realização e os legitimados ao seu exercício.

O interesse público precisa então ser interpretado sistemática e diariamente pela Administração Pública, podendo vir a ocupar posições antagônicas ao longo do tempo, mas que se legitimam de acordo com a oportunidade e conveniência da situação. Este viés “oportunista” precisa ir além das normas para encontrar a completude necessária às problemáticas sociais, conjugando legalidade, política e gestão.

O que se convencionou chamar de Estado-sociedade, tem o atributo de mapear e aplicar o que for de interesse comum, quer pelo exercício do mandato e das competências normativas para o qual foi constituído, quer pela participação e escrutínio popular, que dão voz àqueles que legitimaram o funcionamento deste mesmo Estado.

¹FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.71.



Neste cenário conturbado, cabe ainda o discurso de que a Administração não deve deter o monopólio para estabelecer o interesse público, justamente por este dizer respeito à uma série de interesses privados. Essa indeterminação ganha relevo com a existência pacífica e legal de entidades privadas que realizam atividades notadamente de utilidade pública.

Fica o cidadão, portanto, refém de um amontoado de definições voláteis, aturdido acerca do que é seu de direito, ou de dever, vendo assim prejudicada eventual defesa ou discurso que o identificam como cidadão e permitem o amadurecimento da sociedade, cada vez mais. Para uma melhor ilustração, cabe a direta citação a Eros Roberto Grau², para quem:

são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos, especialmente imprecisos -, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade... os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais [...]

Assim sendo, como preencher essa lacuna, estipulando um consenso que garanta o rumo de uma gestão democrática, imparcial e impessoal, em meio a tamanha indeterminação? Nessa seara, as práticas mais eficientes têm se mostrado aquelas que adotam a proporcionalidade como ponto de partida para a equalização das questões, sopesando o custo-benefício nas decisões de determinada atuação estatal para com seus representados.

Essas práticas levam em conta também critérios de medição da satisfação, tanto previamente à sua aplicação quanto após, o que então possibilita delinear de forma mais objetiva o interesse que se pretendeu salvaguardar. Esse amontoado histórico servirá de base para outras decisões e para a continuidade das políticas públicas respaldadas em interesses comuns.

Logo, jamais haverá uma bússola de determinação que atenda a toda a sociedade e, menos ainda, que agrade até mesmo a parcela não contemplada por eventual ato de gestão. No entanto, a formação de uma sociedade madura e democrática atravessa inevitavelmente este caminho de reconhecimento de direitos diversos, sobretudo de minorias e de cidadãos em vulnerabilidade. Há que se ressaltar que este entendimento dá voz, em realidade, ao interesse da maioria, independentemente dessa maioria ser o sujeito do direito ensejado na prática de gestão.

²GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 72.



Pois bem, a equalização do conceito de interesse público, em determinada janela de tempo, será o primeiro passo para a aplicação de políticas satisfativas sem que a Administração o faça em detrimento do direito de seus próprios cidadãos. O que pode soar como uma antítese, em verdade, se configura na busca legítima pela afirmação social. O indivíduo deve ser entendido como sujeito de direitos, mas a coletividade também deve estar imbuída dessa personificação.

De um lado, o Estado, cujo ritmo dos atos e decisões requer regulamentação pelo “sistema de freios e contrapesos”; do outro o cidadão, individual ou associadamente, reverberando seus anseios, mas sempre em observância aos limites do interesse da coletividade, como uma espécie de controle, não repressivo, mas democrático, plural e multifacetado.

De posse dessas informações e de uma noção, mesmo que vaga, porém com contornos e delineamentos firmes, sobre o interesse público a ser implementado, é possível avançar nos temas de sua aplicação prática e nos resultados buscados por todos aqueles que visam ao bem comum, à visão comunitária e colaborativa do viver em sociedade.

De toda sorte, trata-se de um tema que embora vivenciado na prática de muitos administradores públicos, não encontra estudos doutrinários ou decisões judiciais que o abordem com a profundidade que, progressivamente, este requer junto aos seus interessados, seja na ordem direta dos agentes públicos ou indiretamente a sociedade como interessada em segundo plano, não menos importante por conta disso.

2. A INSEGURANÇA DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS FRENTE À INEXISTÊNCIA DE NORMAS EXPRESSAS

A nomeação do agente público em cargos gerenciais ou de chefia requer a tomada de decisões, como parte das atribuições inerentes ao cargo. Estas decisões nem sempre se revestem de caráter pecuniário, mas sempre devem estar sempre calcadas em determinada motivação que justifique a prática do ato, a fim de conferir-lhe validade e eficácia no plano legal.

Ocorre que esse processo decisório é permeado por um receio sobre possíveis ocorrências de penas a serem, eventualmente, aplicadas pelos órgãos de controle. Quando envolve a aplicação de recursos orçamentários, esse receio passa a se configurar em determinado temor. Aumenta o valor pecuniário envolvido, aumenta diretamente a



insegurança jurídica na gestão e, conseqüentemente, percebe-se o incremento da omissão do gestor em meio às suas atribuições diárias, conforme esperado dele.

Essa omissão deliberada, que retarda ou muitas vezes paralisa as análises processuais sob a responsabilidade do agente, chegou a ganhar uma denominação pouco cara à Administração Pública, conhecida no meio jurídico como o “apagão das canetas”, expressão cunhada pelo ex-ministro dos transportes e hoje presidente da Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias, César Borges³.

Esse fenômeno dá conta da inércia decisória que toma conta dos gestores públicos, provocada pelo temor das fiscalizações e manifestações dos órgãos de controle externo.

Por essa razão, esses agentes acabam por optar pela não decisão, ou seja, um total paradoxo em relação a seus deveres e atribuições que, curiosamente, pode vir a minimizar, na prática, os efeitos negativos direcionados ao agente, ainda que prejudicada a sociedade.

Este é um fenômeno velado, cuja adoção nunca é declarada, por se configurar em omissão tipificada, caso deliberadamente constatado e assumido. Mas essa constatação e assunção se tornam quase impossíveis de acontecer, posto que sempre simuladas pelo adiamento e partilha de decisões procrastinadas, entendimento oriundo de Pierre Conesa⁴, que afirma que “decidir não fazer nada enquanto se dá a ilusão da ação, esta é a arte suprema em política.”

Ainda sobre esse tópico, vale transcrever as palavras de Mascarenhas⁵, para quem:

(...) existem diversos elementos para se dar a ilusão da ação, para ganhar tempo, e que podem ser invocados com desculpas perfeitamente democráticas (consultar outros especialistas, formar um grupo de trabalho, de preferência interministerial, convocar uma ampla consulta pública...).

Mascarenhas⁶ segue sua explanação, explicando que:

Este fenômeno ganhou até uma sigla em inglês “NIMTO” (*not in my term of office*) para expressar exatamente a situação em que decisões sobre temas importantes, mas de extrema delicadeza política, são postergadas por agentes políticos, que consideram “melhor” (para si e não para o interesse público) deixar que seu sucessor resolva o problema.

³ABAR. *Valor*: O apagão de canetas dos agentes públicos. Disponível em: <<https://abar.org.br/2018/08/02/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

⁴CONESA, Pierre. *Surtout ne rien décider*. Paris: Robert Laffont, 2014, p. 9.

⁵MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo e o Ato Administrativo. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁶Ibid.



Outro fenômeno negativo e visível, que ocorre com gestores públicos em evidência momentânea no cargo em que ocupam, em razão de mandato ou comissionamento, é o do auxílio, em um primeiro momento, por parte da advocacia pública. Enquanto eles estão ali presentes, são apoiados nos trâmites judiciais necessários, até porque a advocacia pública não pode se imiscuir desta defesa, que em última instância representa a defesa do Estado. Porém, basta os gestores deixarem de ocupar o cargo em destaque para que a prontidão desse auxílio arrefeça em seu desfavor e que, por vezes, ele ainda seja obrigado a arcar pessoalmente com as custas e demais ônus de sua representação nos inquéritos e processos judiciais instaurados.

Dessa forma, o interesse público acaba relegado a um segundo plano, ao invés de ser posto em lugar de destaque pelo agente. A prioridade deste está em garantir sua blindagem e proteção, resguardando primeiramente seu patrimônio, cargo ou direitos políticos — ou todos conjuntamente. Por tudo isso, o interesse público acaba sendo colocado em uma esfera de competência residual, de modo a evitar ao agente, as penalidades da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁷, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Segundo Castro⁸, contribui para esse fenômeno o caráter maniqueísta muito arraigado no Direito e em suas instituições. A ideia sedimentada da existência, sempre, de partes contrárias, adversárias e dualistas, fomenta, nas questões de fiscalizações, a visão de uma relação de “gato e rato” entre o órgão de controle e o agente público, que em nada fortalece o aprendizado de governança e gestão, sufocando seu aprimoramento em detrimento da aplicação pura e simples de sanções.

Ao contrário do que acontece, as fiscalizações dos atos deveriam conter um teor mais pedagógico do que punitivo, a fim de permitirem a construção conjunta de uma cultura benéfica a toda máquina pública, beneficiando a população, por derradeiro.

De forma bastante simplória, ainda que a prática revele um número expressivo de falhas e fraudes nos atos administrativos, deve sempre o órgão fiscalizador dispensar certa deferência e boa-fé ao agente público, em consonância com a presunção de não-culpabilidade prevista no ramo penal.

Escalonando essa cultura, sua disseminação irá requerer ainda reformas normativas e legais que garantam um ambiente de maior segurança jurídica para a atuação do gestor,

⁷BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁸CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de; SIMÕES, Raquel de Oliveira Miranda. *A Política Suricato de Fiscalização Integrada do TCEMG: rumo à eficácia dos serviços prestados e ao aperfeiçoamento da democracia. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, set.-out. 2017.



tornando-o mais convicto em suas motivações e, ao mesmo tempo, não escapando ao controle, que deve ser visto como benéfico para ele próprio.

A ausência de normativos dessa natureza é suprida negativamente pela abundante aplicação de legislações punitivas, como a Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/92⁹.

Infelizmente, essas legislações ainda são combinadas à malfadada Lei nº 8.666/93¹⁰, conhecida como Lei de Licitações, tornando-se, assim, instrumentos de rigor punitivo capazes de paralisar processos de grande valor e finalidade social.

Sem adentrar no mérito da má-gestão pública, igualmente conhecida como fator de paralisação de inúmeras obras públicas, por exemplo, a seara licitatória é um campo fértil para a ausência de motivações revestidas de segurança jurídica, que alimentam a crescente omissão do agente público, como aponta o próprio TCU¹¹.

Apesar da liberação de recursos públicos e da inscrição de ações aprovadas pelo legislativo nos orçamentos anuais e plurianuais, a paralisia desses atos planejados passa impune aos que tiveram canceladas verbas e ações, mas optaram por procrastinar até um próximo exercício ou gestão, com o mero retorno dessas verbas em “restos a pagar”. Luciana Cristina de Souza¹² chama atenção para o fato de que raramente são submetidas essas omissões ao crivo judiciário, por meio de remédios como o Mandado de Injunção, de pouca eficácia quanto à sua efetiva aplicabilidade.

Outro assunto que vem ganhando corpo no meio jurídico é o da responsabilização civil, que assegura o ressarcimento do dano *in re ipsa*, confirmado pelos tribunais em boa parcela das vezes em que é suscitado pelo requerente, sobretudo por ser de fácil comprovação, uma vez que basta demonstrar o nexo de causalidade entre a decisão do agente e o dano sofrido.

Para que isso ocorra, não faltam meios de prova publicamente acessíveis e conhecidos. Segundo afirma Freitas¹³, toda essa engrenagem acaba fazendo com que o agente

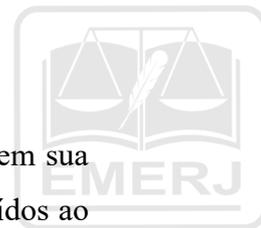
⁹BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 24 mai. 2021.

¹⁰BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.

¹¹TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹²SOUZA, Luciana Cristina de. Mandado de injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei nº 13.655/2018. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 56, n. 224, p. 187-204, out.-dez. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ ril_v56_n224_p187>. Acesso em: 20 mai. 2021.

¹³FREITAS, Jardiel Pereira de. *Responsabilização dos agentes públicos na Lei de Improbidade Administrativa e os impactos da corrupção no serviço público*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito>>.



tema a responsabilização advinda de seus afazeres públicos e as consequências disso em sua esfera privada, sobretudo em relação ao sequestro de proventos e patrimônios constituídos ao longo de uma vida pública dedicada ao trabalho.

Essas ações têm uma média de conclusão de alta duração, pairando por longos períodos na vida funcional dos agentes, obstaculizando assim eventuais promoções ou aspirações dentro da organização pública, segundo o relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça¹⁴, divulgado em agosto de 2019.

No Brasil, o Tribunal de Contas da União – TCU¹⁵ vem produzindo julgados cada vez mais rigorosos, em oposição ao que foi até então explanado. Esse fenômeno inflacionou as bancas advocatícias que atuam na defesa de agentes e servidores compelidos a determinada atribuição, promovendo decisões amparadas em baixa qualidade e segurança jurídica, como é notadamente visto em pequenas prefeituras que não tem condição de contar com assessoria jurídica especializada.

Esse crescente sancionador do TCU vem recentemente se amparando no artigo 28 da LINDB¹⁶, cujo teor prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”

A partir do Acórdão-PL nº 2.391/18¹⁷, do TCU, as decisões fundadas sob esse argumento tem estreitado a margem de recursos e manifestações de defesa, culminando geralmente em sanções de multa, para dizer o mínimo.

A edição da Lei nº 13.655/18¹⁸ tentou minimizar os efeitos punitivos fundados em normas e conceitos jurídicos abstratos. Uma corrente de defesa em curso, nos órgãos de controle, preconiza a utilização dessa lei em defesa dos agentes públicos, o que ainda vem surtindo pouco efeito prático.

Dentre tantos desafios enfrentados, não espanta a morosidade nas decisões de questões urgentes que impliquem no risco de responsabilização dos agentes e gestores públicos, não importando se estes têm vínculo administrativo ou político. Some-se a isso o

administrativo/responsabilizacao-dos-agentes-publicos-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-os-impactos-da-corrupcao-no-servico-publico/>. Acesso em: 25 mai. 2021.

¹⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁵TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU: uma abordagem a partir de Licitações e Contratos - Aula 2*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 14 mai. 2021.

¹⁷TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Ata nº 40*, de 17 de outubro de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/atas/TCU_ATA_0_N_2018_40.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 16.



temor de invocar para si decisões em meio à situação de pandemia que se apresenta desde março de 2020.

Pelo exposto, esses reflexos de conduta precisam ser analisados sob um contexto amplo, na tentativa de interpretar a necessidade da questão, além de sua urgência e seus impactos, combinados ao âmbito do órgão que a proferiu, considerados os meios e ferramentas disponíveis, de modo que os órgãos de controle priorizem a cultura pedagógica em lugar da punitiva, para o crescimento da governança pública brasileira.

3. ALTERNATIVAS E PROPOSTAS AO ENFRENTAMENTO DOS GARGALOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante dos inúmeros problemas relatados e enfrentados pelos agentes públicos no exercício de suas atribuições, é preciso aceitar de imediato que encontrar as soluções para sua mitigação não é tarefa fácil, nem situada em um horizonte de curto prazo. Esse desafio passará primeiramente pelo crivo da necessidade de mudança cultural e institucional dos entes e colaboradores envolvidos.

Admitir o problema e levá-lo para além dos muros das instituições é primordial para o fomento da discussão acerca de um inimigo comum, o que poderia ser denominado como uma espécie de burocracia estrutural.

Essa cultura arraigada no âmbito público, sob o discurso do “menos compromissos, menos problemas”, não pode ser guarida para aqueles que pensam a gestão pública e dão a devida importância que ela tem na vida dos particulares, sejam empresas, indivíduos, organizações, etc. A tomada de decisões do poder público afeta a todos, de uma maneira ou de outra.

Do outro lado da moeda, a exacerbação dos mecanismos de controle impostos aos gestores deve ser mais comedida e sopesada anteriormente à sua aplicação. Nas palavras do Prof. Fernando Vernalha Guimarães¹⁹,

Em primeiro lugar, disseminou-se a compreensão de que quanto mais controle, melhor, como se a dose de controle fosse indiferente ao bom funcionamento do aparelho administrativo. Em segundo lugar, prestigiou-se um equipamento essencialmente burocrático de controle, desprezando-se seus aspectos finalísticos. Isso se relacionou também ao conforto do controlador em se utilizar de um aparato

¹⁹GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

que lhe oferecesse parâmetros seguros de análise e aferição (o recurso cada vez mais frequente às tabelas referenciais de preço pelas cortes de contas para examinar a “correção” de preços é um exemplo).

O próprio TCU vem reconhecendo, em suas decisões, a necessidade de se melhorarem as ferramentas de gestão, combinada à oitiva dos anseios dos gestores neste tema, conforme demonstra o seguinte trecho, retirado do Acórdão 1079/2019²⁰, do Plenário do Tribunal de Contas da União:

142. De acordo com relatos de gestores ouvidos em diversas oportunidades — como em reuniões de trabalho, nos diálogos públicos promovidos pelo TCU, em matérias da imprensa —, há uma espécie de efeito psicológico que se propaga no âmbito da administração pública e que tem favorecido a imobilidade em detrimento da proatividade dos gestores.

Dando sequência ao desenvolvimento do assunto, o texto do Acórdão²¹ afirma que:

143. Embora não se reconheça o alegado impacto negativo da atuação do TCU sobre o cenário geral de paralisação de obras públicas, em face da ausência de evidências concretas, o Tribunal tem se mostrado sensível às dificuldades enfrentadas pelo setor e buscado, por meio da ampliação do diálogo e da aproximação com os gestores, enfatizar a atuação pedagógica e preventiva, bem como a busca constante de contribuir para o aprimoramento da gestão, incentivando uma atuação responsável e baseada em riscos. Tais iniciativas contribuem para o esclarecimento de entendimentos equivocados e para dar mais segurança aos gestores comprometidos com o cumprimento de seus deveres funcionais.

Portanto, ao se partir do óbvio, notar-se-á que não existe solução mágica. Não existe solução outra que não a de se estabelecer um racional mínimo de enfrentamento dessa retórica do medo administrativo.

Isso faz com que seja preciso, prontamente, agir. Nas palavras do Ministro Augusto Sherman, do TCU — conforme exarado na proposta de deliberação do Acórdão nº 680/2009²² — “ao gestor público, portanto, cabe agir”. Assim segue o Ministro²³:

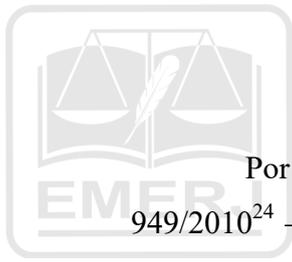
cabe precipuamente ao gestor, com base em pareceres de órgãos jurídicos e técnicos competentes no âmbito de sua estrutura administrativa, efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda às suas necessidades, às leis e aos princípios constitucionais, para então decidir sobre sua forma de ação.

²⁰TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1079/2019*. Relator: Vital do Rêgo. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=bc54c40-f42b-11e9-b15e-f383e475037a>. Acesso em: 27 fev. 2021.

²¹Ibid.

²²TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 680/2009*. Relator: Augusto Sherman. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO%253A680%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 26 fev. 2021.

²³Ibid.



Por seu turno, o Ministro Benjamin Zymler, no voto revisor do Acórdão nº 949/2010²⁴ – Plenário, fez a seguinte observação, digna de registro: “sobreleva notar que ao gestor público não é dado o direito de se omitir, pois ele detém o poder-dever de agir”.

Querendo ou não, de forma deliberada ou carente do devido conhecimento, gestores e agentes públicos cometem e cometerão erros nas tomadas de decisões e na motivação de seus juízos discricionários. O erro não deve ser coibido com a repressão, mas com a educação e a aplicação reiterada de metodologias verificadas e testadas, cujas taxas de resposta garantam uma razoabilidade de sucesso.

Se encarada a Administração Pública como uma grande empresa, uma solução análoga, ainda que colocada como um grau de comparação um tanto grosseiro, estaria no “*tone of the top*”, que em tradução livre seria o equivalente à expressão “o exemplo vem de cima”.

Nessa toada, gestores de maiores incumbências e responsabilidades esclareceriam para os seus subordinados sobre o que, de melhor, esperam deles, o que também devem permitir um maior elo de comunicação para os gargalos vivenciados, para assim obter a clara resposta de qual a melhor conduta a se adotar diante de determinadas situações.

Esse canal recíproco de troca e conhecimento institucional economizaria tempo e recursos públicos, diariamente desperdiçados pela Administração, no exercício do seu papel, o que é um desperdício legalizado, valendo a ressalva.

Neste momento, não apenas os gestores de maior titularidade, mas igualmente os órgãos de controle e os de cunho jurídico, possuem igualmente o papel fundamental de educar, em lugar de apenas punir, de modo que lhes caia a pecha de carrasco, ou de vilão, mas adentrando enfim em uma esfera mais moderna e valiosa, qual seja de parceiro institucional.

A capacidade de agregar valor aos processos administrativos que esses órgãos possuem é imensurável no momento, mas se mostrará cada vez mais tangível à medida em que, de fato, eles se propuserem a atuar nessas condições, multifacetando suas atribuições para um caráter que ao final se demonstrará mais preventivo do que quando chamado para atuar sob contingência. O papel reparador da ordem jurídico-administrativa é, e sempre será inevitável, mas seu alto custo temporal e pecuniário pode e deve ser racionalizado, a ponto de um dia tornar-se não a regra, mas a exceção.

Desta maneira, o Professor da Universidade de Yale, Jerry L. Mashaw²⁵, afirma que

²⁴TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 949/2010* - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/*/NUMACORDAO%253A949%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 26 fev. 2021.



o Direito Administrativo sempre pareceu caminhar sobre uma linha estreita entre a impertinência e a irrelevância. Impertinência porque corria o risco de atrasar, divergir, ou mesmo frustrar ações públicas necessárias. Irrelevância porque, apesar da sua pretensão de assegurar a legalidade, a discricionariedade administrativa permanecia ubíqua. Estabelecer o equilíbrio adequado entre legalidade e eficácia nunca foi fácil. Isso tem motivado os esforços constantes da reforma do Direito Administrativo durante pelo menos as últimas seis décadas

O uso cada vez maior da tecnologia no enfrentamento dessa problemática deve estar diretamente atrelado à persecução de soluções práticas e à promoção de um diálogo institucional mais dinâmico e menos burocrático. Fóruns, manuais de boas práticas, ouvidorias, e todo um rol de ferramentas deve ser colocado à disposição da Administração, além de ser aproveitado e customizado de acordo com cada situação, sem olvidar que a padronização de ações, em que pese soar paradoxal, mostra-se como a chave para o implemento inicial deste projeto, por assim dizer.

Amparado por incentivos gerenciais e diretrizes lúcidas, o administrador exercerá seus deveres de maneira mais benéfica à sociedade, tornando a engrenagem mais azeitada.

CONCLUSÃO

Dessa feita, os agentes públicos se apropriarão mais satisfatoriamente do conceito de interesse público, ainda que objetivamente ausentes das normas e regramentos a que estiverem diretamente afetos, seja via legislação especial, seja pelas normas de espectro geral.

A justificação de suas ações estará a um maior alcance dos órgãos de fiscalização e monitoramento, bem como do controle social, que de maneira reflexa se espera fortalecer.

A consolidação da cidadania, sob esse aspecto, é um viés duplo, legitimando a instituição e a sociedade que dela necessita, ainda que voltada para uma parcela da população, mas como em todo Estado democrático, está à disposição justamente para quem dela precisa fazer uso, fortalecendo a democracia e o Estado de bem comum.

O fomento à transparência dos atos administrativos, calcado em parcerias institucionais voltadas à resolução das questões que afligem o gestor público, elevará a Administração Pública a um nível reconhecidamente atribuído às organizações particulares.

Para tanto, um trabalho consolidado de benchmarking, palestras, fóruns, canais de consulta e tudo o mais que foi citado neste artigo, pode contribuir, a médio e longo prazo, no

²⁵MASHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do direito administrativo. In: MATTOS, Paulo et al. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Trad. Caio M. da S. Pereira Neto. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 296.



resultado de respostas verdadeiramente satisfativas à sociedade e à organização administrativa do próprio Estado.

Ainda que o país possua uma tendência de colocar todos os males estatais na conta da corrupção sistemática noticiada diuturnamente nos meios de comunicação, além de duramente vivenciada quando do uso de determinados serviços públicos, é preciso ter ciência de que esse é um mal a que qualquer organização, de qualquer país, se encontra sujeita. Por outro lado, propiciar um terreno administrativo com ferramentas úteis e transparentes, que envolvam a tomada de decisões e, sobretudo, recursos públicos, parece o melhor atalho para o desenvolvimento da estrutura e organização administrativa.

A defesa e o cuidado da boa gestão terá o condão de garantir resultados eficazes e contínuos entre um mandato político e outro, ou quando da substituição de gestores de outras naturezas que não somente a política, por qualquer razão que seja, diminuindo o passivo jurídico que muitos órgãos precisam lidar, o que em alguns casos retira destes suas margens negociais, por terem seus nomes inscritos em cadastros negativos ou envolvidos em ações judiciais de longo prazo, que terminam por vincular parte de seus orçamentos a um contingenciamento de ordem legal.

O tratamento diferenciado a ser dispensado a gestores públicos pelos órgãos de controle, principalmente, de forma a substituir a aplicação de sanções por uma educação gerencial, ainda que a priori não seja esse o papel direto do fiscal, também se mostra arrazoado para o cenário atual.

Frise-se que a maioria dos organismos de auditoria e controle tem em seus regimentos internos a atribuição de prestar consultas a seus jurisdicionados, o que finda por não ocorrer na quantidade e qualidade esperada, por justificativas fundadas na mesma seara administrativa, frequentemente explicadas pela carência de tempo em meio a outros trabalhos finalísticos ditos de maior importância e prioridade, o que se soma à carência de recursos humanos com disponibilidade para tal.

Por todo exposto, essa problemática não poderá aguardar muito tempo no estado de inércia deliberada que alimenta a ineficiência estatal apenas para preservar agentes públicos de eventuais procedimentos de averiguação acerca de suas atribuições, tudo isso para que a suas fichas funcionais ou carreiras políticas não fiquem expostas a intempéries administrativas que obstaculizem seus projetos futuros e carreiras, o que de fato deve ser em certa medida objeto de proteção em todo esse complexo sistema organizacional.

REFERÊNCIAS

ABAR. *Valor*: O apagão de canetas dos agentes públicos. Disponível em: <<https://abar.org.br/2018/08/02/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>>. Acesso em: 4 de mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*: Para uma Teoria Geral da Política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 200*, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 14 mai. 2021.

_____. *Lei nº 8.429/92*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 24 mai. 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Modelo de Excelência em Gestão Pública*. Brasília: SEGEP, 2014. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/modelodeexcelenciaemgestaopublica2014.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2020.

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de; SIMÕES, Raquel de Oliveira Miranda. A Política Suricato de Fiscalização Integrada do TCEMG: rumo à eficácia dos serviços prestados e ao aperfeiçoamento da democracia. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, set./out. 2017.

CONESA, Pierre. *Surtout ne rien décider*. Paris: Robert Laffont, 2014, p. 9.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 18 abr. 2021.

DUTRA, Pedro e REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação*: O TCU e a Infraestrutura. São Paulo: Singular, 2020.

FREITAS, Jardiel Pereira de. *Responsabilização dos agentes públicos na Lei de Improbidade Administrativa e os impactos da corrupção no serviço público*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/responsabilizacao-dos-agentes-publicos-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-os-impactos-da-corrupcao-no-servico-publico/>>. Acesso em: 25 mai. 2021.



FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA. *Responsabilidade de agentes em licitações*. Aula 2. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/73636933/responsabilidade-de-agentes-em-licitacoes-aula-2-pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo e o Ato Administrativo. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 28 mar. 2021.

MASHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do direito administrativo. In: MATTOS, Paulo et al. *Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano*. Trad. Caio M. da S. Pereira Neto. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 296.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de Gestão Pública Contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

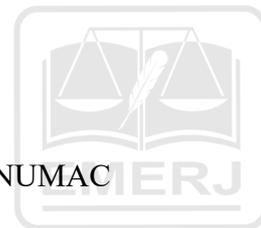
RIBEIRO, João Ubaldo. *Política: Quem manda, Por que manda, Como manda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SOUZA, Luciana Cristina de. Mandado de injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei no 13.655/2018. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 56, n. 224, p. 187-204, out./dez. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p187>. Acesso em: 20 mai. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1079/2019*. Relator: Vital do Rêgo. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=bcb54c40-f42b-11e9-b15e-f383e475037a>. Acesso em: 27 fev. 2021.

_____. *Acórdão nº 680/2009*. Plenário. Relator: Augusto Sherman. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A68



0%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 26 fev. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 949/2010 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/*/NUMACORDAO%253A949%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 26 fev. 2021.

_____. *Ata nº 40*, de 17 de outubro de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/atas/TCU_ATA_0_N_2018_40.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. *Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>>. Acesso em: 12 de abr. 2021.

_____. *Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU: uma abordagem a partir de Licitações e Contratos (Aula 1 a 5)*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2021.



A LEI Nº 13.869/2019 E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES DE ACORDO COM AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6236, 6238, 6266 E 6302

Diogo Bahia Maceira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado. Mestre em Geografia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel e Licenciado em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – O contexto político-jurídico contemporâneo de combate a corrupção e a emergência de expoentes autoritários em diversos âmbitos da vida pública brasileira podem fazer com que a lei de abuso de autoridade (Lei 13.689/19), que possui mecanismos para conter os excessos dos agentes públicos, se torne uma “mordaza simbólica” para estes. A finalidade específica do agente de se exceder visando prejudicar alguém ou para satisfação própria prevista na lei continua baseada no subjetivismo da culpa ou dolo e a nova lei, que teria um caráter garantista, mas parece deixar brechas para problemas de interpretação jurídica a ser posteriormente solucionados pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Lei de abuso de autoridade.

Sumário – Introdução. 1. O subjetivismo na nova lei de abuso de autoridade e o controle dos agentes públicos. 2. O subjetivismo não é suplantado pela redação do parágrafo 2º do artigo 1º da nova lei de abuso de autoridade. 3. O subjetivismo dos tipos penais da Lei nº 13.869/2019 tem um caráter garantista, mas que pode servir de controle dos agentes públicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema das inconstitucionalidades e subjetivismos da nova lei de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019), abordando as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302. O objetivo do presente estudo é demonstrar como os questionamentos à nova lei refletem o contexto político-jurídico contemporâneo de combate a corrupção e a emergência de expoentes autoritários visando o controle sobre os agentes públicos.

A finalidade específica do agente de se exceder visando prejudicar alguém ou para satisfação própria continua baseada no subjetivismo da culpa ou dolo e a nova lei, que teria



um caráter garantista, parece deixar brechas para problemas de interpretação jurídica a serem posteriormente solucionados pelos Tribunais Superiores.

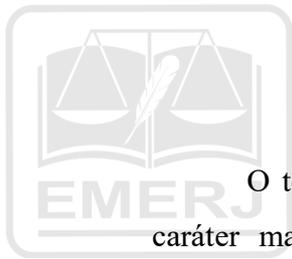
As inconstitucionalidades e os subjetivismos da nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019) abordados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302 demonstram como os questionamentos à nova lei refletem o contexto político-jurídico contemporâneo de combate à corrupção e a emergência de expoentes autoritários visando ao controle sobre os agentes públicos, em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias.

O objetivo deste trabalho é discutir se a nova lei de abuso de autoridade teria tipificado condutas configuradoras do abuso de autoridade ou terminado por prejudicar as atividades da administração pública, pois enfraquecera a atuação das autoridades cujas competências envolvem o combate à corrupção e a defesa dos valores fundamentais, causando grave violação à independência do Poder Judiciário (art. 95, I, II e III; e 93, IX, da CF), ao regime democrático (art. 1ª, V, da CF) e aos princípios da harmonia e interdependência dos Poderes (art. 2º, da CF).

Além disso, também ofenderia o princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX) por descrever tipos penais abertos que impossibilitam a integração pelo julgador, que feririam o princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV) e da intervenção penal mínima, tipificando crimes de mínima potencialidade lesiva.

O primeiro capítulo mostra como a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade defende que haveria excesso de subjetivismo na lei de abuso de autoridade de forma a exercer uma espécie de controle excessivo das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias. Não sendo mera argumentação sem fundamentos, pois a interpretação da lei muitas vezes é divergente e algumas vezes esse subjetivismo pode criar percalços na atividade dos agentes públicos responsáveis por investigações e pela persecução penal.

No segundo capítulo aborda-se que a tese do subjetivismo da lei não cai por terra com a redação do parágrafo 2º do artigo 1º da lei, visto que a divergência entre a interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas pode configurar crime de abuso de autoridade. Isto porque, a interpretação da lei cabe aos agentes públicos que irão aplicá-la, sendo que isso não os exime de ter visões diferentes sobre casos de pretensão abuso de autoridade.



O terceiro capítulo demonstra que esse real ou imaginário subjetivismo visa dar um caráter mais garantista a lei de abuso de autoridade, mas também pode servir como mecanismo político de controle dos agentes públicos quanto a proceder em investigações e em processos judiciais criminais.

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

Sendo assim, o enfoque do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende utilizar de bibliografia pertinente à temática abordada, analisada e fichada na fase de exploração da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. O SUBJETIVISMO NA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E O CONTROLE DOS AGENTES PÚBLICOS

A nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019¹), que revogou a lei nº 4.898/1965, teve como um dos motivos para a sua edição a necessidade de se adotarem tipos penais com maior taxatividade quanto aos delitos de abuso de autoridade, para que não houvesse a insegurança jurídica que havia com a lei revogada. Para isso, ter-se-ia evitado a criação de tipos penais abertos que exigiriam da hermenêutica uma interpretação que poderia variar de acordo com o intérprete e o contexto aplicável.

A Lei nº 13.869/19² exige que na conduta do agente público haja especial fim de agir para que ocorra o enquadramento nos delitos previstos nela, conforme o parágrafo 1^{o3} do artigo 1^o, o que não havia na lei de abuso de autoridade revogada. Além disso, a exigência da finalidade da conduta tem que visar prejudicar outrem ou beneficiar o agente ou terceiro, ou o fim de agir pode ser baseado em mero capricho ou satisfação pessoal do agente.

¹ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

² Ibidem.

³ Ibidem.



Esse especial fim de agir exigido pela lei acaba sendo contraditório com o objetivo do legislador de dar maior taxatividade aos delitos de abuso de autoridade, pois a autoridade pública que for aplicar este diploma legal terá de analisar se houve tal finalidade por parte do acusado. O problema é que esta análise esbarra na averiguação de ter ocorrido tal animus ou não, o que poderá dar certo grau de subjetivismo a aplicação dos tipos penais previstos.

Em tese, o legislador estipulou a excludente de ilicitude do parágrafo 2^o do artigo 1^o da lei nº 13.869/19 para resguardar os agentes públicos em suas atividades, principalmente os magistrados, os membros do Ministério Público e os policiais, uma vez que eles são os maiores afetados por ela.

Guilherme Nucci⁵ sustenta que tal excludente de ilicitude foi necessária para que o subjetivismo dos tipos penais da nova lei não paralisasse a atividade de determinadas autoridades públicas ou gerasse receio por partes destas quanto as suas funções públicas, mas não teria sido capaz de afastar as inconstitucionalidades de alguns tipos penais dispostos na lei.

Por entenderem serem manifestamente inconstitucionais diversos dispositivos da nova lei de abuso de autoridade, três associações de classe profissional e um partido político ingressaram com Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra este diploma legal. Sendo que, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e associações de categorias semelhantes e de outras, pediram para ingressar como *amicus curiae* nas ações, por se tratar de questão de grande importância para elas e para a democracia brasileira.

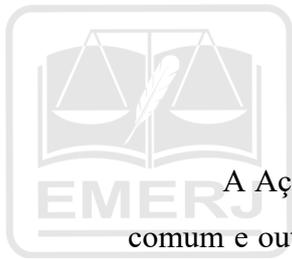
A primeira associação a ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a lei nº 13.869/19 foi a AMB⁶ (Associação dos Magistrados Brasileiros), que congrega várias associações regionais de magistrados, por entender que o exercício da jurisdição estaria sob risco com este novo diploma legal e alega que os artigos 9^o, parágrafo único, I ao III, 10, 19, 20, 27, 30, 32, 33, 36, 37 e 43⁷, da lei sejam materialmente inconstitucionais.

⁴ Ibidem

⁵ NUCCI, Guilherme Souza. *A nova lei de abuso de autoridade*. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>> Acesso em: 25 set. 2020.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020.

⁷ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.



A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6236⁸ ajuizada pela AMB possui pontos em comum e outros divergentes com as outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade apensadas a ela, quais sejam, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6238, 6266 e 6302.

Um ponto em comum entre essas ações diretas de inconstitucionalidade é que elas defendem haver excesso de subjetivismo na lei de abuso de autoridade de forma a exercer uma espécie de controle excessivo dos agentes públicos, e em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias. O que não seria mera argumentação sem fundamentos dos autores das ações, pois a interpretação da lei muitas vezes é divergente e algumas vezes esse subjetivismo pode criar percalços na atividade das autoridades responsáveis por investigações e pela persecução penal, até mesmo violando prerrogativas daquelas.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6236⁹, como há os interesses da magistratura sendo defendidos pela AMB, o foco dela está em apontar as inconstitucionalidades pertinentes ao exercício da magistratura como o especial fim de agir exigido pela lei, que tornaria o exercício da jurisdição ariscado e estaria em desacordo com o princípio da independência judicial (CF, art. 95, I, II e III, e 93, IX¹⁰).

Além disso, a referida associação de magistrados aduz que a lei ofenderia o princípio constitucional da tipicidade dos delitos (Constituição Federal, art. 5º, XXXIX¹¹) por descrever tipos penais abertos que impossibilitam a integração pelo julgador, que feririam o princípio da proporcionalidade (Constituição Federal, art. 5º, LIV¹²) e da intervenção penal mínima, tipificando crimes de mínima potencialidade lesiva.

Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6238¹³ ajuizada pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) há alegações de que a lei de abuso de autoridade enfraquecerá a atuação das autoridades cujas competências envolvem o combate a corrupção e a defesa dos valores fundamentais, causando grave violação à

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020.

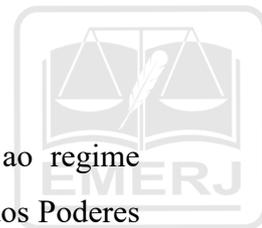
⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6238*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>> Acesso em: 11 set. 2020.



independência do Poder Judiciário (art. 95, I, II e III; e 93, IX, da CF¹⁴), ao regime democrático (art. 1^a, V, da CF¹⁵) e aos princípios da harmonia e interdependência dos Poderes (art. 2^o, da CF¹⁶).

No tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6266¹⁷ ajuizada pela ADPF (Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal), infere-se que o contexto atual de instabilidade, principalmente quanto ao cenário político de corrupção e de ameaças a democracia brasileira, a nova lei de abuso de autoridade não garantiria que os agentes públicos possam executar suas competências e atribuições constitucionais e legais com autonomia, segurança jurídica e independência.

Defende que deste modo não se estaria somente afetando negativamente as autoridades públicas, mas principalmente as próprias instituições que elas compõem, fragilizando-as e gerando risco irreparável a democracia. Com isso, a interpretação da lei e a vontade racional do legislador não devem se desvincular da compreensão da norma e de seu contexto histórico.

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6302¹⁸ de autoria do partido político PODEMOS, alega-se que para que se gere prejuízo aos agentes e instituições públicas basta haver o temor de ocorrer responsabilização injusta, que seja apta a desincentivar a atuação deles. Devendo existir resguardo e respaldo ao exercício das funções do agente estatal para que possa atuar com rigor e os instrumentos inerentes às suas funções.

O subjetivismo dos tipos penais da nova lei de abuso de autoridade resta claro e evidente, pois mesmo exigindo especial fim de agir na conduta de autoridades públicas para serem aplicados, demonstram o objetivo do legislador de criar um instrumento de repressão para atuação dessas autoridades públicas. Não havendo de se afirmar que os abusos por parte de agentes públicos não tem que ser coibidos e punidos, mas não se pode criar uma ameaça de punição simbólica como forma de fazer a atuação desses agentes públicos comedida quanto aos indivíduos com que estão mexendo.

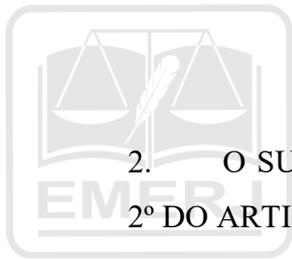
¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6302*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841828>> Acesso em: 11 set. 2020.



2. O SUBJETIVISMO NÃO É SUPLANTADO PELA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 1º DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

A nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019¹⁹) que revogou a lei nº 4.898/1965 visou como defendem alguns autores, Carola de Souza²⁰ dentre eles, que com este novo diploma legal se vedaria o denominado crime de hermenêutica, com a redação do parágrafo 2º do artigo 1º: “Art. 1º, § 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.

O crime de hermenêutica é justamente quando se criminaliza a atividade realizada pelo agente público na interpretação das normas, por isso o processo interpretativo a ser realizado com a lei e o caso concreto, que é marcado pelo subjetivismo, deve ser resguardado como parece que foi a intenção do legislador.

Deste modo, uma decisão judicial de Órgão inferior reformada por Órgão superior não levaria à punição do agente público pelo delito de abuso de autoridade, visto que erros *in judicando* e erros *in procedendo* ocorrem, para isso existem as instâncias revisoras e os recursos para as partes que se sintam lesadas e/ou irressignadas num processo judicial.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, antes da entrada em vigor da lei nº 13.869/19²¹, firmou entendimento²² de que na atividade jurisdicional são proferidas decisões com vício no julgamento e/ou vício no procedimento, por fazer parte dessa atividade estatal.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁰ SOUZA, Carola Maciel de. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade: a insegurança jurídica gerada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e pela criminalização da hermenêutica jurídica*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/#:~:text=0->

,A%20Nova%20Lei%20De%20Abuso%20De%20Autoridade%3A%20A%20Inseguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica,Pela%20Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20Da%20Hermen%C3%AAutica%20Jur%C3%ADdica&text=Por%C3%A9m%2C%20a%20urg%C3%Aancia%20na%20edi%C3%A7%C3%A3o,impl%C3%ADcito%3A%20inibir%20a%20presta%C3%A7%C3%A3o%20jurisdiccional.>. Acesso em: 15 fev. 2021.

²¹ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *APn 858/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 27 mar. 2021.



Em razão disso, para que o crime de abuso de autoridade se configure é necessário que se demonstre que houve má-fé e/ou “maldade” por parte do magistrado que proferiu a decisão ou sentença com objetivo ou intenção/dolo de causar dano à pessoa, que pode ou não ser parte no processo.

Carola de Souza nos mostra em seu artigo que o §2º do artigo 1º da nova lei de abuso de autoridade não permitiria as denominadas interpretações teratológicas dos tipos penais dispostos neste novo texto legal, mas que estando presente o especial fim de agir e o dolo na conduta do agente público, este poderá ser penalizado pelo delito de abuso de autoridade.

Dessa maneira, para Nucci²³, a interpretação da lei nº 13.869/19²⁴ deve respeitar o limite dos entendimentos jurisprudenciais, principalmente os vinculantes, e o limite literal ou material da norma, não criando interpretações teratológicas dos tipos penais ali dispostos.

No entanto, como um dos motivos para a edição dessa lei era a necessidade de se adotar tipos penais com maior taxatividade quanto aos delitos de abuso de autoridade, para que não houvesse a insegurança jurídica que havia com a lei revogada. Teria se evitado a criação de tipos penais abertos que exigiriam da hermenêutica uma interpretação que poderia variar de acordo com o intérprete e o contexto aplicável, o que na prática não parece de fácil aceitação, como aduzem as ações diretas de inconstitucionalidades objeto deste trabalho.

Isto porque, os tipos penais não devem ser abertos para que se evite a discricionariedade da interpretação extensiva, que já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC 85.217-3/SP²⁵:

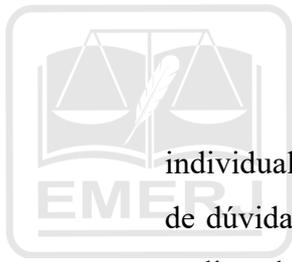
[...]3. O artigo 113 do Código Penal tem aplicação vinculada às hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, não se referindo ao tempo de prisão cautelar para efeito do cálculo da prescrição, que deve ser operado com base na pena cominada na condenação. O princípio da legalidade estrita, de observância cogente em material penal, impede a interpretação extensiva ou analógica das normas penais. [...]

No Direito Penal²⁶, como regra geral, a interpretação extensiva da norma deve ser sempre que possível evitada ou excluída, não somente por poder limitar a liberdade

²³ NUCCI, Guilherme Souza. *A nova lei de abuso de autoridade*. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 85217/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259870>>. Acesso em: 27 mar. 2021.



individual, mas principalmente, porque tende a desvirtuar a *mens legis*. Sendo que, em caso de dúvida na interpretação da lei penal, deve ser observado o princípio do *in dubio pro reo*, realizando uma decisão mais favorável ao réu.

A AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) e os outros legitimados que ingressaram com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302²⁷ defendem que como a lei nº 13.869/19²⁸ é desfavorável ao agente público, ela deve ser interpretada restritivamente, consoante o princípio da máxima taxatividade interpretativa que se manifesta hermeneuticamente através da proibição da analogia *in malam partem*, ou seja, proíbe a analogia desfavorável.

A exigência de que na conduta do agente público haja especial fim de agir para que ocorra o enquadramento nos delitos previstos nela, conforme o parágrafo 1º²⁹ do artigo 1º, conjugado com o parágrafo 2º do mesmo artigo, mas sem esquecer que a autoridade pública que for aplicar este diploma legal terá de analisar se houve tal finalidade por parte do agente público. O problema é que esta análise esbarra na averiguação de ter ocorrido tal animus ou não, o que poderá dar certo grau de subjetivismo a aplicação dos tipos penais previstos.

Sendo assim, tal excludente de ilicitude acabar por não acabar com o subjetivismo dos tipos penais da nova lei e poderá ocasionar na paralisação da atividade de determinadas autoridades públicas ou gerar receio por partes destas quanto as suas funções públicas.

O controle dos agentes públicos, e em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias, é necessário por causa da função que exercem, mas é evidente que a interpretação da lei muitas vezes é divergente e algumas vezes esse subjetivismo interpretativo pode criar liames na atividade das autoridades responsáveis por investigações e pela persecução penal, até mesmo violando prerrogativas daquelas.

²⁶ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120) – vol. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5. e PACHELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 12-16.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6238*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>> Acesso em: 11 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 11 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6302*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841828>> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

²⁹ *Ibidem*.



A tese do subjetivismo da lei não cai por terra com a redação do parágrafo 2º do artigo 1º da lei³⁰, visto que a divergência entre a interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas pode configurar crime de abuso de autoridade. Isto porque, a interpretação da lei cabe aos agentes públicos que irão aplicá-la, sendo que isso não os exime de ter visões diferentes sobre casos de pretensão abuso de autoridade.

3. O SUBJETIVISMO DOS TIPOS PENAIS DA LEI Nº 13.869/2019 TEM UM CARÁTER GARANTISTA, MAS QUE PODE SERVIR DE CONTROLE DOS AGENTES PÚBLICOS

A nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019³¹), que revogou a lei nº 4.898/1965, criou diversas conceituações e aspectos “abertos” que caracterizam a infração penal, deixando abertura para interpretações dos mais diversos matizes e com suscetibilidade de integração, sem que haja razoabilidade e proporcionalidade, visto que, por exemplo, um magistrado pode ter sua conduta tipificada como abuso de autoridade por simplesmente proferir uma decisão ou deixar de produzi-la, mas estando de acordo com sua função jurisdicional.

Isto mesmo sendo garantida aos magistrados a independência judicial nos artigos 95, inciso I ao III, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal³², o que demonstra ser a lei de abuso de autoridade atentatória contra a atividade jurisdicional e contra o princípio da independência judicial, acabando por gerar insegurança jurídica como alega a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) na ADI nº 6.236³³.

A Lei nº 13.869/19³⁴ acaba por violar o artigo 5º da Constituição Federal³⁵ e o artigo 41 da LOMAN³⁶, por punir o magistrado quanto as suas manifestações e pelas decisões que proferir, prejudicando a prestação jurisdicional.

³⁰ Ibidem.

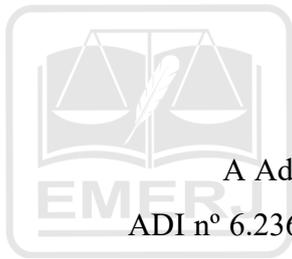
³¹ Ibidem.

³² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 21 mar. 2021.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.



A Advocacia Geral da União – AGU já alegou no decorrer da tramitação processual da ADI nº 6.236³⁷, a qual as outras ações diretas de inconstitucionalidade estão apensadas, que a nova lei de abuso de autoridade protege as garantias básicas do cidadão quanto a eventuais abusos perpetrados por agentes públicos, não havendo de se falar em violação de princípios e garantias constitucionais pelo referido diploma legal.

Se posicionando contra a alegação da AMB de que ao violar garantias constitucionais e princípios assegurados pelo legislador constituinte, estar-se-ia afrontando o exercício da jurisdição, tornando a magistratura uma atividade arriscada e enfraquecida, prejudicando os jurisdicionados e o próprio Estado de Direito.

Como preceituam vários autores como Pinheiro, Cavalcante e Castelo Branco³⁸, o exercício da jurisdição acaba indo de encontro aos interesses de diversas naturezas e de vários setores, que podem fazer com que o agente público, principalmente o magistrado, sofra pressões e intimidações contra seus atos e decisões. Por isso, lhe foram garantidas prerrogativas legais para que ele não fique vulnerável as condutas com viés de retaliação a sua atuação institucional.

No caso das polícias, instituições fundamentais ao Estado Democrático de Direito Brasileiro, necessárias ao funcionamento e segurança da sociedade, combatendo ações criminosas, que parte das vezes possuem objetivos políticos e econômicos de tal monta que afrontam a coletividade de maneira expressiva, devendo ser repreendidas de forma firme e efetiva.

Entretanto, setores da sociedade buscam através de interesses escusos fazer com que tais instituições não funcionem a contento, tornando a ordem jurídica imersa em renúncias quanto as competências/atribuições que devem cumprir, violando a autonomia, a segurança jurídica e a independência delas.

A própria democracia estaria sendo abalada com esse controle subjetivo das instituições como traduz em sua peça na ADI nº 6.266³⁹ a ADPF-Associação Nacional dos

³⁶ BRASIL. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 12 jan. 2021.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 21 mar. 2021.

³⁸ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo*. São Paulo: JH Mizuno, 2019, p. 35-37.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 29 mar. 2021.



Delegados de Polícia Federal, pois a Lei nº 13.869/19⁴⁰ contém tipos penais abertos e genéricos, o que ameaça a atuação dos agentes públicos, tornando frágeis os órgãos do Sistema de Justiça.

No entanto, não se pode negar a necessidade de controle das referidas instituições por meio dos poderes da República, mas sem que se fragilize os papéis fundamentais de tais órgãos e se preserve o funcionamento do Estado.

Deste modo o pretense garantismo penal da nova lei de abuso de autoridade acaba por ficar relativizado ao subjetivismo de seus tipos penais, mesmo com a presença da excludente de ilicitude do parágrafo 2º do artigo 1º do referido diploma legal⁴¹.

Pode-se depreender da lei de abuso de autoridade que se criou uma nova prerrogativa dos advogados, uma verdadeira proteção legal que os outros agentes públicos não possuem, em especial os que atuam no Poder Judiciário, resultando em criminalização da conduta das Polícias, do Ministério Público e da Magistratura. Pois, os advogados podem vir a criminalizar a conduta do agente público que eventualmente descumpra um direito, veja que é a expansão desmesurada do Direito Penal e da consequente penalização de condutas.

O Direito Penal⁴², como última ratio, deve ser utilizado após os demais meios e instrumentos coativos estatais com menor gravidade, de natureza administrativa ou processual, tenham sido esgotados e não tenham surtido o efeito pretendido. Uma vez que, se o advogado discorda da decisão judicial ou de determinado ato do agente público ele tem direito a ingressar com recursos administrativos ou judiciais e até com denúncias nas Corregedorias para que se aplique a sanção no referido agente transgressor.

Com a nova lei de abuso de autoridade abre-se um “leque de oportunidades” para que se instaurem inquéritos e ações penais com o intuito de obstar, atrapalhar e prejudicar o trabalho dos órgãos do Sistema de Justiça, mesmo que no fim não se puna o eventual abuso. Mas, a celeuma foi criada e desestabilizou determinado agente público no cumprimento de suas funções, provavelmente inibindo-o no decorrer do exercício do seu trabalho.

O garantismo penal, de forma geral, como preceitua Zaffaroni⁴³, defende que o Direito Penal não deve se propor a servir somente à vítima ou à pessoa potencialmente ofendida pela

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

⁴¹ Ibidem.

⁴² PACHELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 23-24.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011, p. 170-173.



conduta criminosa, mas deve servir ao criminoso, por este ter de ser protegido quanto à reação à sua conduta delituosa, inclusive quanto ao arbítrio estatal.

Como já dito no capítulo 2, no Direito Penal⁴⁴ a interpretação extensiva da norma deve ser sempre que possível evitada ou excluída, não somente por poder limitar a liberdade individual, mas principalmente, porque tende a desvirtuar a *mens legis*. Sendo que, em caso de dúvida na interpretação da lei penal, deve ser observado o princípio do *in dubio pro reo*, realizando uma decisão mais favorável ao réu.

O real ou imaginário subjetivismo visa dar um caráter mais garantista a lei de abuso de autoridade, mas pode ser que não seja tão garantista assim, por poder servir como mecanismo político de controle dos agentes públicos quanto a proceder em investigações e em processos judiciais, em especial os criminais.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou como a nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019), que revogou a lei nº 4.898/1965, teve como um dos motivos para a sua edição a necessidade de se adotarem tipos penais com maior taxatividade quanto aos delitos de abuso de autoridade, para que não houvesse a insegurança jurídica que havia com a lei revogada. Por isso, se evitou a criação de tipos penais abertos que exigiriam da hermenêutica uma interpretação que poderia variar de acordo com o intérprete e o contexto aplicável.

Esta lei possui mecanismos para conter os excessos dos agentes públicos e exige que na conduta do agente público haja especial fim de agir para que ocorra o enquadramento nos delitos previstos nela, o que não havia na lei de abuso de autoridade revogada. Além disso, a finalidade específica do agente de se exceder visando prejudicar alguém ou para satisfação própria continua baseada no subjetivismo da culpa ou dolo e a nova lei, que teria um caráter garantista, parece deixar brechas para problemas de interpretação jurídica a serem posteriormente solucionados pela jurisprudência.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6236, 6238, 6266 e 6302 expõem como as inquirições à nova lei refletem o contexto político-jurídico contemporâneo de combate à corrupção e a emergência de expoentes autoritários visando ao controle sobre os agentes

⁴⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). V. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.



públicos, em especial das autoridades policiais, dos membros do Ministério Público e das autoridades judiciárias.

A nova lei de abuso de autoridade tipificou condutas configuradoras de determinados delitos, que podem ser aplicados aos agentes públicos de forma autoritária por a subjetividade não ter sido eliminada com a excludente de ilicitude do parágrafo 2º do artigo 1º do referido diploma legal. Mesmo que se tenha dado uma natureza garantista para ela com o propósito de resguardar os agentes públicos em suas atividades, principalmente os magistrados, os membros do Ministério Público e os policiais, uma vez que eles são os maiores afetados por ela.

A Lei nº 13.869/2019 por si só gerou avanços na tipificação de crimes de abuso de autoridade, por prever controle sobre os agentes públicos para que estes não se excedam nas suas funções e de forma a fazer com que a democracia tenha mais proteções aos cidadãos contra os arbítrios estatais.

Com esta lei não há real prejuízo as atividades da administração pública, por não causar enfraquecimento a atuação das autoridades cujas competências envolvem o combate à corrupção e a defesa dos valores fundamentais. Porém, o subjetivismo da aplicação dos tipos penais terá de controlar os aplicados do Direito Penal para não criar autoritarismo e controle excessivo da atividade de determinados agentes públicos.

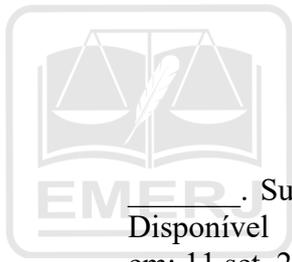
REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. *Lei nº 13.869*, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *APn 858/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 27 mar. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6236*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6238*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792373>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6266*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5820018>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6302*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5841828>> Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 85217/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259870>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). V. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. *A nova lei de abuso de autoridade*. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade/>> Acesso em: 15 set. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; CASTELO BRANCO, Emerson. *Nova Lei do Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo*. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

SOUZA, Carola Maciel de. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade: a insegurança jurídica gerada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e pela criminalização da hermenêutica jurídica*. Disponível em: <[ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/#:~:text=0-A%20Nova%20Lei%20De%20Abuso%20De%20Autoridade%3A%20A%20Inseguran%C3%A7a%20Jur%C3%ADdica,Pela%20Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20Da%20Hermen%C3%AAutica%20Jur%C3%ADdica&text=Por%C3%A9m%2C%20a%20urg%C3%Aancia%20na%20edi%C3%A7%C3%A3o,impl%C3%ADcito%3A%20inibir%20a%20presta%C3%A7%C3%A3o%20jurisdiccional.> Acesso em: 15 set. 2020.</p></div><div data-bbox=)

RACISMO COMO CARACTERÍSTICA ESTRUTURAL DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO BRASIL

Eduardo Gomes do Carmo

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Servidor Público. Advogado.

Resumo – o racismo é um dos elementos estruturantes do processo de criminalização secundária. Dentro de uma sociedade em que há o peso do racismo estrutural, o sistema penal também se torna seletivo e se utiliza do recorte racial para punir e perseguir. A essência do trabalho é abordar como esse sistema penal impõe todo o seu rigor punitivo e carcerizador sobre indivíduos marginalizados ou oriundos de grupos historicamente vulneráveis. Cabe discutir não só como se forma essa seletividade, mas suas consequências e reflexos na vida desses indivíduos.

Palavras-chave – Criminologia. Direito Penal. Processo de Criminalização.

Sumário – Introdução. 1. Processo de criminalização secundária e o etiquetamento do sistema penal em função da raça. 2. Reflexões sobre as concepções de racismo e sua influência no sistema penal. 3. O recorte étnico-racial do encarceramento no sistema punitivo brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

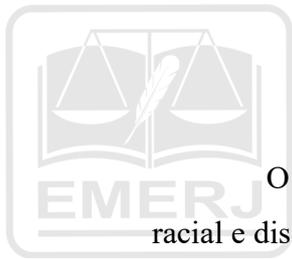
O presente trabalho visa à realização de um estudo sobre como o processo de criminalização secundária se utiliza do racismo como um dos seus elementos estruturantes.

Procura-se demonstrar como esse processo de criminalização não permite reverter o quadro histórico de preconceito racial na sociedade brasileira, como também analisar de que forma a ação punitiva estatal exerce o seu rigor sobre pessoas determinadas e vulneráveis.

Por se tratar de tema relevante, tem-se que este gera efeitos em todas as camadas da sociedade, o que torna necessária uma análise sobre as concepções de racismo, como elas se manifestam em diferentes contextos sociais e como repercutem nas atividades estatais.

Para tanto, faz-se um breve estudo sobre os processos de criminalização e as bases da teoria do etiquetamento.

Direcionado por tais finalidades, o trabalho será estruturado em três capítulos. Inicia-se o primeiro capítulo apresentando, dentro da análise da criminologia, os processos de criminalização, destacando a criminalização secundária e a utilização da seletividade e da vulnerabilidade como critérios para seleção de grupo de indivíduos a sofrerem um maior rigor do poder punitivo estatal.



O segundo capítulo busca problematizar as concepções de racismo, preconceito racial e discriminação racial.

Segue-se analisando, no capítulo terceiro, dados estatísticos sobre o sistema carcerário utilizando-se do recorte racial para demonstrar que os negros são as maiores vítimas do rigor legal e punitivista do Estado.

Insta salientar que para o desenvolvimento deste trabalho, haverá um enfoque maior no método dedutivo, pois o pesquisador pretende partir da compreensão de uma temática geral sobre criminologia e sobre o racismo para posteriormente realizar uma análise específica do tema, além dos casos concretos.

No que tange aos instrumentos utilizados, os que são considerados preponderantes são a pesquisa bibliográfica, a legal e a jurisprudencial. Por meio da análise de conceitos, preceitos e regulamentações acerca do tema, acredita-se que serão alcançados os objetivos estabelecidos e enfrentados os questionamentos norteadores deste trabalho.

Além disso, se utilizou de estudos e dados estatísticos de órgão governamentais e não governamentais a respeito do encarceramento no país, sobretudo quando há dados com recortes raciais, para sustentar a tese desta pesquisa jurídica.

1. PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E O ETIQUETAMENTO DO SISTEMA PENAL EM FUNÇÃO DA RAÇA

Quando se aborda o tema de criminalização, seu processo é seletivo (escolhe quem quer punir). Esta escolha se projeta tanto para a criminalização primária (tipificação criminal das condutas em si, sendo que este processo também não é neutro), quanto para a criminalização secundária (quando se coloca em prática a aplicação da norma penal por meio das instâncias de controle, que também é seletiva).

Entende-se como criminalização primária a própria atividade legiferante do Estado em matéria Penal e de Processo Penal, a qual, através da escolha de valores e bens a serem protegidos e tutelados, reveste certas condutas consideradas atentatórias a estes bens e valores como passíveis de sanção penal.

Todavia, a ótica de análise crítica desvenda que este processo acaba por:

encobrir e dar guarida à inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações antissociais realizadas por integrantes das

classes sociais hegemônicas, ou que são mais funcionais às exigências do processo de acumulação do capital¹.

No tocante à questão racial, nota-se que, no Brasil, condutas tendentes a discriminar ou tratar com preconceito indivíduo em razão da raça, encontram-se plenamente criminalizadas pelo legislador².

A tutela penal infraconstitucional é consagrada em lei esparsa (Lei nº 7716/1989³) e no próprio Código Penal, consagrada no tipo de injúria racial (artigo 140, parágrafo 3º). Além da previsão constitucional sobre o tema, seja quando prevê como um dos princípios da República o repúdio ao racismo ou quando estabelece que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível.

Portanto nota-se que não existe racismo legalizado no Brasil e que, além disto, o sistema jurídico não é omisso a respeito do tema. Expressamente estabelece tipos penais criminalizando condutas discriminatórias e preconceituosas, inclusive em regime de rigorosíssima exceção como é o caso da imprescritibilidade do crime de racismo.

Todavia, a realidade do sistema penal, contraditoriamente, seleciona os potenciais etiquetados em face da condição racial. Situação expressa, por exemplo, na vergonhosa expressão segundo a qual são clientes do sistema penal a tríade dos três “pês”: preto, pobre e prostituta. Expressão politicamente incorreta que traz à tona a seletividade racial e, mais do que isto, o racismo cordial do povo brasileiro⁴.

A situação que emerge desta análise não é nova. Perpassa praticamente toda a história brasileira recente. E os argumentos utilizados a fim de digerir tais dados, tradicionalmente, têm sido os mesmos: o de que os negros – por razões intrínsecas - são mais propensos à criminalidade. A este respeito, exemplar é a referência de Nélson Hungria⁵:

A que se deve atribuir essa maior frequência de criminalidade por parte dos homens de cor? Tem-se procurado assinalar o fato como um índice de inferioridade da raça. Os negros e mestiços seriam, organicamente, mal ajustados às condições da sociedade civilizada ou ao tipo evoluído da cultura dos brancos. Haveria neles uma acentuada proclividade inata para o crime. Trazem consigo uma irredutível sobrevivência da semi-animalidade característica das tribos africanas, cujo sangue

¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 161.

² SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53.

³ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁴ HUNGRIA, Nélson. *A criminalidade dos homens de cor no brasil*. In: *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 289.

⁵ HUNGRIA, op. cit., p. 291.



lhes corre nas veias. Ainda quando assimilados à civilização branca, a delinquência apresenta-se entre eles como um fenômeno de atavismo, de regressão ao primitivismo de seus ancestrais.

Os estereótipos, reconhecidamente, são incontáveis. Contudo, sem dúvida, quantitativamente é o estigma racial, após o da pobreza, o mais presente e evidente na sociedade e no seio das instâncias formais de controle do delito. Denota-se claramente que a criminalização primária pode estar em desacordo com os patamares aplicados no momento da criminalização secundária. E, é neste momento, que o etiquetamento do indivíduo encontra seu espaço primordial de atuação. Em decorrência, obviamente, do maior espaço de discricionariedade conferido aos integrantes do sistema penal, inclusive em relação à atividade do magistrado que, sem extravasar balizas legais de atuação, pode mover-se por estigmas no momento da concretização das decisões judiciais.

O Juiz, no exercício da jurisdição é o responsável pela transformação do acusado (ou réu) em condenado. Para isso, o juiz mergulha no mundo do acusado para extrair provas para sua convicção (a gestão probatória) e individualiza a pena segundo sua subjetividade, realçando a própria convicção.

De qualquer modo, o que não se pode conceber é a avaliação subjetiva do juiz na seleção de quem se pune e de como se pune, ou seja, nas palavras de Baratta⁶.

o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do Juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas 'teorias de todos os dias', que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.

E mais, Zaffaroni⁷ ⁸traz a ideia de que o sistema penal é seletivo desde a sua base, uma vez que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificantes de intervenções planificadas. E no que tange à criminalização secundária, incumbe-se de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potencialmente protegidas.

A criminalização secundária para Zaffaroni se inicia pelas agências policiais, as quais investigam pessoas, de forma seletiva, por terem, supostamente, praticado condutas criminalizadas primariamente, de modo que, não raras as vezes, sua liberdade resta privada,

⁶ BARATTA, op. cit., p. 177.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 27.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.



sendo posteriormente, submetidas às agências judiciais, as quais legitimam o processo já iniciado, redundando em um processo penal e, ao final, e imposição de uma pena.

Nota-se que há evidentes relações de poder que atuam em prol da manutenção da estigmatização. Contudo, afora a questão do poder e sem desprezá-lo, sobressai a questão cultural que permite a constatação de estigmas, inclusive o racial.

Como consequências, da concepção adotada pela Criminologia Radical, têm-se que: a produção de normas penais realiza uma seleção de tipos legais de indivíduos estigmatizados; a aplicação das normas criminais depende da posição de classe do sujeito; o sistema carcerário tem dupla tarefa: reprodução das desigualdades das relações sociais capitalistas e reprodução de um setor de marginalizados sociais; a consequência política da crítica é a negação do direito penal igualitário: proteção geral de bens e interesses, e da igualdade legal (formal)⁹.

Toda essa construção de estereótipos transforma o racismo em um elemento estrutural do processo de criminalização secundária, permitindo a seleção de indivíduos com base na questão racial como objetos do rigor e da força do sistema penal estatal.

Percebe-se que um histórico social que remonta aos tempos da escravidão e que promove na sociedade atual graves consequências para determinado grupo social, economicamente, politicamente e culturalmente, é também um dos pontos de partida do processo de criminalização, sobretudo a secundária.

Em conformidade com o ora asseverado, pode-se compreender o porquê da existência de certos clientes típicos do sistema penal à luz da teoria criminológica radical do etiquetamento e da constatação de práticas racistas implícitas e cordiais as quais admitem a criminalização secundária de certos grupos raciais, mesmo que tal postura seja proibida em decorrência de iniciativas de criminalização primária.

Em face do panorama, por fim, procede-se a crítica da postura dos integrantes do sistema penal à luz da teoria do garantismo penal.

É, portanto, cristalino afirmar que o Estado Democrático de Direito tem por essência o pluralismo e, por isso, a tolerância para com o outro se faz extremamente importante. Entretanto o presente resgate exige o total rompimento dos vínculos, quando se trata de expiração da pena, entre o direito e moral.

O sistema jurídico por si só nada pode garantir. É, outrossim, o operador do Direito, sobretudo o magistrado, que diante à lei omissa, lacunar, que apresente contradições, ou que

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46-47.



dê guarida a ferir a dignidade da pessoa humana (na figura do réu), deve ter como norte a defesa dos direitos fundamentais, prática aplicada criticamente que é dada pelos mecanismos constitucionais.

2. REFLEXÕES SOBRE AS CONCEPÇÕES DE RACISMO E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PENAL

O processo de criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas determinadas. Ele possui duas características fundamentais: a seletividade e a vulnerabilidade, visto que o poder punitivo é exercido sobre pessoas previamente escolhidas, em face de suas fraquezas e processos de marginalização.

Ao se falar que o sistema penal se vale da questão racial para empregar toda a sua força punitiva, nada mais pertinente do que analisar como o conceito de raça e racismo é desenvolvido e como ele contribui para criação de estigmas sociais.

O conceito de racismo pode ser extraído da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância¹⁰, segundo a qual:

o Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial.

Sobre a etimologia do termo “raça”, Silvio Almeida¹¹, em sua obra “Racismo Estrutural”, lembra que:

(...) Há grande controvérsia sobre a etimologia do termo raça. O que se pode dizer com mais segurança é que seu significado sempre esteve de alguma forma ligado ao ato de estabelecer classificações, primeiro, entre plantas e animais e, mais tarde, entre seres humanos. A noção de raça como referência a distintas categorias de seres humanos é um fenômeno da modernidade que remonta aos meados do século XVI. 1 Raça não é um termo fixo, estático. 2 Seu sentido está inevitavelmente atrelado às circunstâncias históricas em que é utilizado. Por trás da raça sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito relacional e histórico. Assim, a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas.

Numa análise mais especializada, trabalha-se com a distinção entre racismo, preconceito racial e discriminação racial¹².

¹⁰ CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, 05 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹¹ ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural (Feminismos Plurais)*. Pólen Livros. Edição do Kindle, 2019, p. 18, [e-book].

¹² ALMEIDA, op. cit., p. 23-24.



O racismo seria uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.

O preconceito racial é o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado e que pode ou não resultar em práticas discriminatórias. Considerar negros violentos e inconfiáveis, judeus avaros ou orientais “naturalmente” preparados para as ciências exatas são exemplos de preconceitos.

A discriminação racial, por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados. Portanto, a discriminação tem como requisito fundamental o poder, ou seja, a possibilidade efetiva do uso da força, sem o qual não é possível atribuir vantagens ou desvantagens por conta da raça.

Aprofundando o tema, resta necessário discorrer sobre as três concepções de racismo tratada pelo Silvio Almeida na sua obra¹³. Sob o aspecto da concepção individualista, o racismo é concebido como uma espécie de “patologia” ou anormalidade. Seria um fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados. Por isso, a concepção individualista pode não admitir a existência de “racismo”, mas somente de “preconceito”, a fim de ressaltar a natureza psicológica do fenômeno em detrimento de sua natureza política.

Na concepção institucional, o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.

A ideia de existência de racismo institucional faz concluir que os conflitos raciais também são parte das instituições. Assim, a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos.

O conceito de racismo estrutural foi um enorme avanço no que se refere ao estudo das relações raciais. Primeiro, ao demonstrar que o racismo transcende o âmbito da ação individual, e, segundo, ao frisar a dimensão do poder como elemento constitutivo das relações raciais, não somente o poder de um indivíduo de uma raça sobre outro, mas de um grupo

¹³ Ibid., p. 26-33.



sobre outro, algo possível quando há o controle direto ou indireto de determinados grupos sobre o aparato institucional.

O Poder Judiciário através dos seus julgadores e o Poder Legislativo por meio dos seus representantes reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social. Assim como esses poderes têm suas atuações condicionadas a uma estrutura social previamente existente – com todos os conflitos que lhe são inerentes –, o racismo também faz parte das suas estruturas.

Há apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos. Dito de modo mais direto: pode-se dizer que algumas instituições da sociedade são racistas porque a sociedade é racista. Não é algo criado por elas, mas são por elas reproduzido.

Em uma sociedade em que o racismo está presente na vida cotidiana, as instituições que não tratem de maneira ativa e como um problema a desigualdade racial irão facilmente reproduzir as práticas racistas já tidas como “normais” em toda a sociedade.

Em um conceito objetivo, racismo estrutural é um conjunto de práticas discriminatórias, institucionais, históricas, culturais dentro de uma sociedade que frequentemente privilegia algumas raças em detrimento de outras. O termo é usado para reforçar o fato de que há sociedades estruturadas com base no racismo desfavorecem negros e indígenas. Falar de racismo estrutural, é lembrar das questões centrais que mantêm esse processo longo de desigualdade que se desdobram no genocídio de pessoas negras, no encarceramento em massa, na pobreza e na violência contra mulheres¹⁴.

Segundo Djamila Ribeiro¹⁵ ao defender o combate à violência racial entende que:

historicamente, o sistema penal foi utilizado para promover um controle social marginalizando grupos considerados “indesejados” por quem podia definir o que é crime e quem é o criminoso. No Brasil, foram várias as legislações que visavam criminalizar a população negra, como a Lei de Vadiagem de 1941, que perseguia quem estivesse na rua sem uma ocupação clara justamente numa época de alta taxa de desemprego entre homens negros.

Hoje a chamada “guerra às drogas” serve como pretexto para uma guerra contra a população negra. O tema se tornou ainda mais urgente após a Lei n. 11.343 de 2006, que estabeleceu uma diferenciação subjetiva entre traficante e usuário. O que teoricamente parecia ser um avanço na verdade contribuiu para a explosão da população carcerária: isso porque quem define quem é traficante e quem é usuário é o juiz, o que é feito, muitas das vezes, com base na discriminação racial.

¹⁴ CENTRAL ÚNICA DE TRABALHADORES. Disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/saiba-o-que-e-racismo-estrutural-e-como-ele-se-organiza-no-brasil-0a7d>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹⁵ RIBEIRO, Djamila. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 33.



Apesar da suposta universalidade das normas jurídicas, a seletiva indicação dos padrões morais e de normalização que identificam o tipo de proteção e os sujeitos protegidos impõe que uma avaliação crítica do direito - aquela comprometida com a identificação da realidade, suas estruturas de poder e obstáculos existentes à emancipação dos sujeitos subalternizados e marginalizados – descortine as estruturas de distribuição de poder, bem como os critérios que sustentam o modelo de dominação confrontado.

Em seu trabalho sobre Teoria Crítica da Raça, Thula Pires¹⁶ arremata:

[...] Sendo a sociedade brasileira profundamente desigual e o sujeito moderno de direito determinado através da sua condição de homem, branco, proprietário, cristão, heterossexual e não portador de necessidades especiais, há que se reivindicar, para o tratamento propriamente crítico do direito, lentes de análise que privilegiem os diversos critérios de hierarquização presentes na formação social brasileira. Tendo mais da metade de sua população composta por pretos e pardos que, por sua vez, figuram na base de indicadores sociais relacionados a renda, mercado de trabalho, saúde e educação, a Teoria Crítica da Raça (Critical Race Theory) vem representar, nesse contexto, a possibilidade de que o critério raça seja utilizado como lente privilegiada de análise dessa realidade. [...]

Dessa forma, o sistema penal ao se utilizar do racismo como característica estruturante do processo de criminalização secundária nada mais faz do que transportar elementos de uma sociedade historicamente racista para a tratativa penal. Seria difícil um sistema penal construído sob o contexto de uma sociedade com grande passado escravocrata não se valer desses elementos para estigmatizar e marginalizar determinados indivíduos.

E é aí que entra a luta de novos teóricos e estudiosos do tema com a finalidade de pensar o direito baseado no enfrentamento das relações raciais hierarquizadas. Em linhas gerais, a luta é para que os órgãos de controle social deixem de voltar seus “olhares” para os indivíduos portadores de grande índice de marginalização, estes já estereotipados como delinquentes, visto que as agências de controle são as instâncias formais que criminalizam e classificam o sujeito como criminosos em potencial. Superar isso seria um avanço para a pauta racial, contribuiria para o respeito à dignidade humana e aos postulados universais de combate ao racismo e a qualquer tipo de discriminação.

3. O RECORTE ÉTNICO-RACIAL DO ENCARCERAMENTO NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

Parte-se da perspectiva de que a seletividade penal se manifesta quando as instituições do sistema de justiça marginalizam e selecionam certos atores sociais, gerando

¹⁶ PIRES, Thula; SILVA, Caroline Lyrio. *Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. Disponível em: <<http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/c178h0tg/xtuhk167/t9E747789rfGqqs4.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.



desigualdades de tratamento no campo da segurança pública e da justiça criminal. Os desfavorecidos são os que simultaneamente atraem a repressão penal aos seus modos de morar, trabalhar, comerciar, viver e encontram muitas dificuldades em administrar os conflitos de que são protagonistas por regras e procedimentos estatais¹⁷.

Assim, a seletividade penal desdobra-se em um punitivismo que foca em alguns segmentos sociais e tipos de delito, ao mesmo tempo que, para outros tipos de conflito e seus autores os fluxos da justiça são lentos e até bloqueados¹⁸.

As instituições penais e os castigos devem ser utilizados restritamente pelo Estado para a manutenção da ordem, pois a banalização do cárcere com políticas públicas distorcidas colabora para a generalização do medo e do preconceito.

Todavia, na atual conjuntura, o encarceramento dos pobres e negros deixa de ser apenas uma política de controle social para tornar-se um plano econômico lucrativo para o Estado e para as classes dominantes, sedentos pelo lucro, mesmo que obtido às custas da exploração dos marginalizados encarcerados¹⁹.

O Estado policial colide frontalmente com o Estado social e com os direitos humanos consagrados internacionalmente, e constitui um retrocesso histórico, político e social. Os interesses particulares da elite e do próprio Estado não podem sobressair aos direitos da coletividade, devendo-se restabelecer a ordem social, de forma igualitária e respeitosa.

Desta forma, é notório que a questão racial também tem reflexos no encarceramento brasileiro. Segundo o atual Mapa do Encarceramento: os jovens no Brasil, aumentou gradativamente a população negra aprisionada em relação à branca.

Em números absolutos em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos; considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.53 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra. Constata-se assim que quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce a proporção de negros encarcerados. [...] Em 2012, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos havia 191 brancos encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes negros havia 292 negros encarcerados. Portanto, no diagnóstico de perfil da população encarcerada brasileira de 2012, verificou-se que foi encarcerada 1,5 vez mais negros do que brancos²⁰.

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015, p. 13. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/89/1/SNJ_mapa_encarceramento_2015.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2021.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BARBOSA, Kelly de Souza; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *A questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado Policial*. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/787/257>. p. 177-178. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁰ BRASIL, op. cit., p. 91.

Dentre os estudos relacionados ao tema, o Instituto Sou da Paz²¹ realizou uma pesquisa sobre as prisões em flagrantes na cidade de São Paulo considerou a coleta da informação cor/raça dos presos. A pesquisa, publicada em 2012, enfocou os presos em flagrante por crimes dolosos.

Os resultados demonstraram que negros (pretos e pardos) são sobrerrepresentados entre os presos em flagrante. Os pardos, conquanto correspondam a 31% da população residente na cidade, representam a maioria entre os presos em flagrante (44,4%). Os pretos, cuja incidência na população residente é 7%, entre os presos compõem 11%. Movimento inverso ocorre com os brancos, maioria entre a população residente (61%) e subrepresentados entre os detidos em flagrante (41,7%). Segundo o relatório, a maioria dos presos em flagrante encontra-se na faixa etária de 18 a 25 anos (55,5%). Apesar da importância dada à análise da categoria cor/raça, o universo da pesquisa é restrito ao município de São Paulo.

Em relação à articulação entre as variáveis “cor/raça” e “faixa etária”, o Mapa da violência e Vidas perdidas e racismo no Brasil (IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada)²² demonstrou que o grupo composto por jovens negros está mais sujeito a mortes violentas do que outros segmentos populacionais.

Segundo o Mapa da violência, nos homicídios ocorridos no período de 2002 a 2012, houve uma tendência geral de queda do número absoluto de mortes na população branca e aumento no número de mortes da população negra. O referido estudo calculou que no período de 2002 a 2012 foram vitimados por homicídios 73% mais negros do que brancos. Já em relação à população jovem, o estudo calculou que o índice de vitimização de jovens negros (que em 2002 era de 79,9) em 2012 foi para 168,6. Ou seja, em 2012, para cada jovem branco que morreu assassinado, morreram 2,7 jovens negros. Neste mesmo sentido, outra pesquisa, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), mostrou que a proporção é 2,4 negros mortos para cada pessoa não negra, sendo que a maioria das mortes é provocada por arma de fogo.

Além dos dados alarmantes, ambas as pesquisas mostram a relevância da análise que leve em conta a categoria cor/raça para a formulação e avaliação de políticas públicas que considerem a necessidade de superação das desigualdades entre os diferentes grupos étnico raciais da população.

Diante dos dados sobre cor/raça verifica-se que, em todo o período analisado, existiram mais negros presos no Brasil do que brancos e que o crescimento do encarceramento é mais impulsionado pela prisão de pessoas negras do que brancas.

Para ter a dimensão mais precisa da seletividade racial no sistema prisional brasileiro, é necessário fazer uma ponderação pela taxa de encarceramento segundo grupos de

²¹ Ibid., p. 16.

²² Ibid..



cor/raça; ou seja, uma análise do número de presos negros e brancos de acordo com o número de habitantes negros e brancos.

Considerando-se os dados do InfoPen²³ sobre a população no período de 2005 a 2012 é possível observar que o encarceramento de negros foi o que mais aumentou. Em 2012, para cada grupo de 100 mil habitantes brancos acima de 18 anos havia 191 brancos encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes negros acima de 18 anos havia 292 negros encarcerados, ou seja, proporcionalmente o encarceramento de negros foi 1,5 vez maior do que o de brancos em 2012.

Independente do instituto e do ano de análise, a população negra continua sofrendo o maior rigor das políticas de encarceramento estatal.

Além da precariedade do sistema carcerário, as políticas de encarceramento e aumento de pena se voltam, em regra, contra a população negra e pobre. Entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Vale lembrar que 53,63% da população brasileira têm essa característica. Os brancos, inversamente, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral. E, ainda, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2014, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda²⁴.

Dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional²⁵ indicam que quando há o recorte da composição da população carcerária por cor e raça verifica-se que negros e pardos são 66% dos presos enquanto brancos são apenas 35% dos presos, o que demonstra que ao longo dos anos o sistema punitivo continua elegendo indivíduos com base no critério raça para despejar toda sua carga punitivista.

Ora, se metade do Brasil é composto por pessoas negras e pardas, por que, quando se trata da população carcerária, a mesma lógica não se repete? Não se faz necessário grande intelecto para perceber quem é a população atingida pelo encarceramento: são homens negros, jovens, em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

²³ Ibid., p. 33 - 35.

²⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁵ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Período de janeiro a junho de 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYzg4NTRjNzYtZDcxZi00ZTNkLW1M2YtZGZzNzk3ODg0OTllliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

Corroborando com a análise do tema, em entrevista dada ao site Ponte Jornalismo²⁶, Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho, advogado e um dos autores do livro “Seletividade do Sistema Penal – O caso Rafael Braga, afirma que:

A ideia de seletividade vem da tradição da criminologia crítica sobre como o sistema penal opera. A partir de um momento, a criminologia passou a entender o seguinte: não são determinados fatos que são criminalizados, ou ainda, não há que se questionar primordialmente por que determinadas pessoas cometem crimes, mas sim por qual motivo determinadas pessoas são criminalizadas e outras não. Por que determinados fatos são criminalizados e outros não. A ideia de refletir sobre a seletividade é procurar entender por que determinadas pessoas são selecionadas pelo sistema e dessa forma são criminalizadas e outras não.

(...)

Existem vários casos que são emblemáticos. Agora, o que é o caso Rafael Braga? Rafael tem o perfil exato daquelas pessoas que estão sendo criminalizadas no Brasil desde sempre. É o jovem, homem, negro, da periferia e que está na rua. São exatamente os excluídos. Esse é o perfil, e agora eu peço para que você coloque muitas aspas, ideal para a criminalização. É um jovem, negro, na época estava ainda mais vulnerável, já que era morador de rua, e então é criminalizado de forma absurda. As pessoas não acreditam quando a gente olha os motivos da primeira condenação: um pinho sol e uma água sanitária. O laudo diz que não é material explosivo e ele foi condenado por portar material explosivo. Não dá para acreditar mesmo.

Neste contexto que a personificação dos abusos punitivos que são cometidos cotidianamente pelo sistema de justiça criminal no Brasil retoma a ideia de um sistema seletivo. A seletividade penal ligada ao processo de criminalização secundária gera a construção do estereótipo do negro como inimigo do Estado e da sociedade, uma realidade que encontra respaldo na ordem racista e em teorias do próprio Direito, como a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs²⁷.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um sistema penal que se utiliza do recorte racial para impor todo o seu rigor punitivo e carceirizador sobre indivíduos marginalizados ou oriundos de grupos historicamente vulneráveis.

²⁶ PONTE. Disponível em: <<https://ponte.org/livro-seletividade-do-sistema-penal-analisa-a-condenacao-de-rafael-braga/#/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁷ O Direito Penal do Inimigo representa a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado “infel ao sistema”. Considera que àquele que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, mas sim punição específica e severa, uma vez que o seu comportamento põe em risco a integridade do sistema. As principais características do Direito Penal do Inimigo são: antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; a criação de crimes de mera conduta e de perigo abstrato; a flexibilização do princípio da legalidade, com a descrição vaga dos crimes e das penas; a inobservância de princípios básicos do Direito Penal, como o da ofensividade e da exteriorização do fato; a preponderância do direito penal do autor em contraposição ao direito penal do fato; a desproporcionalidade das penas; o surgimento das chamadas “leis de luta ou de combate”; a restrição de garantias penais e processuais, característica do Direito Penal de terceira velocidade e, por fim, o endurecimento da execução penal.



De um lado há um racismo estrutural que está inserido em diversas instituições da sociedade, implicando na criação de barreiras sociais, educacionais e econômicas que impedem o pleno exercício dos direitos fundamentais por parcela da população. De outro, há diversos movimentos sociais e estudiosos que lutam para extirpar da sociedade o racismo fruto de uma herança escravocrata do Estado brasileiro.

Fruto de diversas reflexões, baseadas em conceitos contemporâneos do que seja racismo, discriminação racial e outras nomenclaturas sobre o tema, tratou-se de entender como o racismo se desenvolve na sociedade, como esses conceitos são importantes para delimitar as discussões e esclarecer como as ofensas pautadas na etnia e raça são mais amplas do que se pode imaginar.

Dentro de toda essa problemática racial, utiliza-se de conceitos da ciência criminológica para destrinchar como o sistema penal se utiliza do racismo como um dos seus elementos estruturantes.

Neste ponto, esta pesquisa analisa como a ideia de criminalização secundária e toda temática de “etiquetar” indivíduos cria um ambiente propício para marginalização e perseguição de indivíduos utilizando-se do critério racial.

O entendimento a que se chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que dentro de um sistema social em que o racismo é estrutural, a força punitiva através do sistema penal também espelha este racismo, tendo como maiores alvos das prisões e condenações indivíduos de origem preta e com fenótipos negroides.

Na prática, a pesquisa também se baseou em fontes e estudos de órgãos e entidades voltadas a coleta de dados sobre o sistema carcerário e sobre a composição, origem e qualificações daqueles que estão nas prisões.

Os dados mostram uma convergência de informações que levam à constatação de que os pretos e pardos são a maioria dos presos e condenados no estado brasileiro.

É notório que essa maioria de pretos presos em contraste com o percentual de pretos na constituição da sociedade revela que além de um maior rigor do sistema punitivista, há uma profunda desigualdade de oportunidades e de acesso aos direitos sociais em detrimento de outra parcela da população mais abastarda.

A seletividade do sistema penal cria tais distorções, marginaliza indivíduos e seleciona aqueles que sofrerão o rigor da força policial e sofrerão mais com o recrudescimento das leis penais.

Deve haver a preocupação constante da sociedade brasileira a minimização dos efeitos desse racismo estrutural, mantendo os mecanismos de proteção a esse grupo



vulnerável, bem com ampliando-os na medida em que forem necessárias medidas mais efetivas e enérgicas de proteção.

O sistema jurídico por si só não resolverá o problema, porque é preciso um esforço conjunto de diversos campos sociais para combater esse racismo estrutural que se permeia nas instituições e que fere a dignidade humana desses indivíduos. Superar isso certamente transformaria esta sociedade e daria uma plenitude de direitos àqueles que hoje são tratados como sujeitos de segunda classe.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural (feminismos plurais)*. Pólen Livros. Edição do Kindle, 2019, [e-book].

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARBOSA, Kelly de Souza; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *A questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado Policial*. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/indez.php/rbsp/article/view/787/257>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Período de janeiro a junho de 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYzgzNTRjNzYtZDcxZi00ZTNkLWI1M2YtZGIzNzk3ODg0OTlliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria Geral e Secretaria Nacional de Juventude. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/89/1/SNJ_mapa_encarceramento_2015.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2021.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/saiba-o-que-e-racismo-estrutural-e-como-ele-se-organiza-no-brasil-0a7d>. Acesso em: 12 mar. 2021.



CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, 05 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

HUNGRIA, Nélson. A criminalidade dos homens de cor no Brasil. In: *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PIRES, Thula; SILVA, Caroline Lyrio. *Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/c178h0tg/xtuhk167/t9E747789rfGqqs4.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

PONTE. Disponível em: <<https://ponte.org/livro-seletividade-do-sistema-penal-analisa-a-condenacao-de-rafael-braga/#/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

RIBEIRO, Djamila. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

OS IMPACTOS SOCIAIS DOS CRIMES COMETIDOS NAS LICITAÇÕES BRASILEIRAS

Érika Prado Di Benedetto Zambrotti Pinto

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (Unilasalle-RJ). Advogada.

Resumo – a realização de licitação é uma forma de o Estado selecionar a melhor proposta para a consecução de suas atividades, como serviços, obras, compras e concessões. Tal procedimento recai sobre áreas estruturais da sociedade; logo, a execução de um procedimento transparente, adequado e honesto é essencial para a formação de um país melhor. Ocorre que, no Brasil, existem diversas intercorrências nos procedimentos licitatórios, as quais prejudicam gravemente o desenvolvimento do país. A presente pesquisa busca abordar os problemas sociais decorrentes dos crimes cometidos nas licitações, a partir de considerações acerca da forma e da intensidade que ocorrem na realidade brasileira e da medida em que prejudicam a evolução do país. Assim, discute-se, principalmente, o alcance das malversações de recursos públicos no atendimento das carências da sociedade, como nos setores da saúde e da educação, defendendo, dessa forma, a necessidade de se atribuir a devida relevância ao tema.

Palavras-chave – Licitação. Crimes. Prejuízos. Repercussão. Sociedade. Mudança.

Sumário – Introdução. 1. Os aspectos relativos à incidência dos crimes na realidade brasileira. 2. O grau de prejudicialidade dos delitos no desenvolvimento da sociedade. 3. A essencialidade de mudança no tratamento atribuído à questão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute as repercussões dos crimes cometidos durante as licitações realizadas pela Administração Pública no território brasileiro. Com isso, busca-se demonstrar que tais infrações penais acarretam danos severos ao Brasil, atingindo áreas primordiais para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

As licitações são realizadas para a efetivação de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações. Assim, grande parte da atuação estatal está ligada a esse instituto, que representa um meio de manutenção do funcionamento da máquina pública.

No entanto, é recorrente o cometimento de crimes na realização de licitações, sendo possível afirmar que o desvirtuamento dos princípios e dos objetivos do processo licitatório é uma realidade no Brasil. De fato, rotineiramente são noticiadas violações aos dispositivos legais perpetradas pelos agentes públicos e privados.

Há muitas irregularidades antes, durante e após a realização do certame. Diante disso, o tema se torna relevante tendo em vista que a implementação de diversos serviços essenciais



depende de licitação. Faz-se necessário analisar, portanto, a medida em que os crimes interferem no desenvolvimento social.

Sendo assim, o tema trabalhado se justifica considerando que o descumprimento dos preceitos legais afeta diretamente a sociedade, influenciando de forma expressiva no desempenho da atividade estatal e, conseqüentemente, privando os cidadãos de seus direitos básicos.

Dessa forma, o primeiro capítulo analisa os aspectos relativos à incidência dos crimes na realidade brasileira. É demonstrado quais são os crimes, bem como são dados exemplos de suas aplicações práticas, inclusive, com as alterações realizadas pela Lei nº 14.133/2021. Da mesma forma, são apontados casos reais envolvendo delitos cometidos durante o procedimento licitatório.

Já o segundo capítulo aponta o grau de prejudicialidade dos delitos no desenvolvimento da sociedade, a partir da afirmação de que os crimes cometidos interferem direta e negativamente no fornecimento de serviços básicos à população, a qual se mostra privada de serviços eficientes que garantam seus direitos fundamentais. Igualmente, são tratadas as influências negativas das infrações no comportamento dos cidadãos, demonstrando que tais crimes estimulam um sentimento de desesperança no brasileiro.

Finalmente, o terceiro capítulo aborda o tratamento da questão na atualidade, apresentando algumas mudanças na punição dos crimes produzidas pela nova Lei de Licitações e Contratos, mas, apesar disso, defendendo que ainda são necessárias outras transformações, especialmente em relação à participação social, à transparência do procedimento, à publicidade da execução dos contratos e à fiscalização dos ilícitos.

No que tange à metodologia, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, uma vez que foram elaboradas conjecturas, as quais serão comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa ao longo do trabalho. Ademais, possui caráter qualitativo, pois busca entender e interpretar os fatos que influem no ordenamento jurídico e na sociedade, notadamente aqueles fatos relacionados aos crimes no âmbito da licitação.

O caráter bibliográfico também está presente nessa pesquisa, visto que foram utilizados livros, leis, notícias, julgados, dados estatísticos e matérias jornalísticas para defender a tese apresentada e analisar a relevância do tema para a sociedade brasileira.



1. OS ASPECTOS RELATIVOS À INCIDÊNCIA DOS CRIMES NA REALIDADE BRASILEIRA

Apesar da falta de consenso em relação a uma definição específica, em um conceito geral, a corrupção pode ser entendida como o desvirtuamento de condutas éticas, a prática de condutas ilegais ou a violação de premissas morais necessárias ao bom convívio social. Certo é que esse é um problema extremamente prejudicial para a coletividade e afeta milhares de vidas em todo o mundo.

Dentre 180 países, o Brasil ocupa a 94ª posição no Índice de Percepção da Corrupção elaborado pela Transparência Internacional em 2020, patamar esse considerado “muito ruim” pela entidade¹. Em 2021, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) verificou retrocessos no combate à corrupção e tomou uma decisão nunca antes tomada: criar um grupo permanente especialmente destinado para monitorar o assunto no Brasil².

Dessa forma, é indiscutível que a corrupção é um dos grandes obstáculos ao desenvolvimento brasileiro e uma de suas manifestações visíveis ocorre nos procedimentos licitatórios. A licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a melhor proposta entre as oferecidas pelos interessados, com dois objetivos: a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico³.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece a obrigatoriedade da licitação em seu art. 37, XXI⁴, determinando que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Assim, somente em casos especificados e previstos em lei que a licitação não será obrigatória.

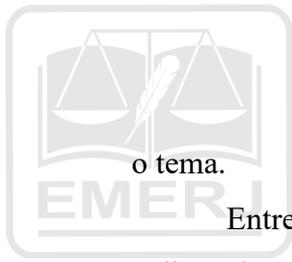
Até abril de 2021, a Lei nº 8.666/1993 era a norma geral sobre licitações e contratos, nela estavam presentes os regramentos e as diretrizes necessárias para a realização da licitação, sendo considerada uma norma básica sobre o assunto, embora existissem outras leis que tratavam sobre

¹ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *Índice de Percepção da Corrupção 2020*. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

² BBC NEWS. *OCDE adota medida inédita contra o Brasil após sinais de retrocesso no combate à corrupção no país*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56406033>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 244.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.



o tema.

Entretanto, em 01/04/2021, entrou em vigor a Lei nº 14.113/2021, que é a nova norma geral aplicável para a administração direta, autárquica e fundacional. As disposições da Lei nº 8.666/1993 só serão revogadas após dois anos da publicação da nova lei, durante esse período as duas normas irão coexistir. Todavia, no que tange às normas penais, as disposições previstas na Lei nº 8.666/1993 foram revogadas de imediato, de acordo com o art. 193 da nova lei⁵.

Na Lei nº 8.666/1993, nos arts. 89 a 98, estavam previstos os crimes que poderiam ser cometidos durante o procedimento licitatório⁶. Ocorre que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos acrescentou o Capítulo II-B, ao Título XI, da Parte Especial do Código Penal. Assim, os crimes cometidos no campo das licitações passaram a ter previsão diretamente no Código Penal, nos arts. 337-E a 337-P⁷.

Dentre os crimes previstos, cita-se: contratação direta fora das hipóteses legais (art. 337-E); frustração do caráter competitivo da licitação (art. 337-F); modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (art. 337-H); fraude em licitação ou contrato (art. 337-L);

São inúmeras as formas desses delitos se efetivarem na prática. A fim de ilustrar tais possibilidades, cabe destacar alguns dos meios utilizados para a execução das infrações penais.

O primeiro exemplo se dá quando o orçamento apresentado pelo licitante é superfaturado, mediante prévio ajuste entre agentes públicos e empresas participantes, hipótese em que a proposta pode aparentar vantagem, mas, na verdade, foi fixada em valor acima da média de mercado, fazendo com que a administração pague um valor mais caro pelo serviço ou produto prestado⁸.

Outra forma recorrente é a contratação de um produto ou serviço que não possui utilidade pública ou não visa atender ao interesse público, assim como a contratação de objetos em quantidades além das necessárias. Ainda, também existe a hipótese em que os contratos são celebrados para acobertar o desvio de verba pública, em que se contrata com empresas que não existem um serviço cuja existência é difícil de ser apurada⁹.

⁵ BRASIL. *Lei nº 14.133*, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁶ BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁷ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁸ MPSP. *Fraudes em Licitações e Contratos*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html#cap4_1>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁹ Ibid.



Do mesmo modo, é possível destacar os casos em que a licitação é dispensada ou considerada inexigível de forma ilícita, um exemplo disso ocorre quando o agente cria, simula ou prolonga os efeitos de uma situação de emergência para justificar a dispensa da licitação e contratar diretamente com empresa da vontade do administrador público¹⁰.

Em uma abordagem concreta, vale ressaltar a questão da pandemia COVID-19, temática sobre a qual recaiu a atenção da Controladoria Geral da União (CGU), que alertou para o aumento nas tentativas de fraudes em licitações em todo o país durante esse período¹¹.

No Rio de Janeiro, foi empenhado cerca de um bilhão de reais para os contratos emergenciais, valores que seriam destinados para compra de respiradores, máscaras, testes rápidos e construção de hospitais de campanha, de acordo com o Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ)¹². Em relação à esse período, o governador do Estado, Wilson Witzel, foi afastado do cargo por investigações sobre irregularidades em contratações, assim como por fraudes em processos de licitação. Segundo a Procuradoria-Geral da República (PGR), o governo estabeleceu esquema de propina para a contratação emergencial e para a liberação de pagamentos a organizações sociais¹³.

Por outro aspecto, a área da educação também é bastante prejudicada pelas irregularidades na licitação. Em uma investigação do Ministério Público Federal (MPF), da Polícia Federal (PF) e da Controladoria Geral da União (CGU/RJ), na Baixada Fluminense, foi apurado que os desvios poderiam chegar a mais de vinte milhões, assim como foram contabilizadas oitenta licitações com suspeitas de fraude. As irregularidades ocorreram na compra de uniformes escolares, materiais de papelaria e gêneros alimentícios. Nessa investigação, concluiu-se que algumas empresas eram criadas apenas com o objetivo de fraudar as licitações¹⁴.

Ainda, no Rio de Janeiro, somente no que tange à merenda escolar, foi descoberto um esquema que movimentou cinquenta milhões de reais, em que os preços eram forjados para vencer as licitações, os produtos eram superfaturados e, em alguns casos, o serviço não era sequer

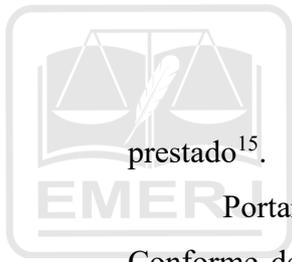
¹⁰ Ibid.

¹¹ SENADO NOTÍCIAS. *CGU alerta para aumento nas tentativas de fraudes em licitações na pandemia*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/07/cgu-alerta-para-aumento-nas-tentativas-de-fraudes-em-licitacoes-na-pandemia>> Acesso em: 05 out. 2020.

¹² CNN BRASIL. *MP do Rio investiga administrativamente governador Witzel por fraudes na Saúde*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/06/30/mp-do-rio-investiga-administrativamente-governador-witzel-por-fraudes-na-saude>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹³ G1. *Afastamento de Wilson Witzel: entenda*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/28/afastamento-de-wilson-witzel-entenda.ghtml>> Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁴ AGÊNCIA BRASIL. *Operação no Rio investiga fraudes em licitações na educação*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-04/operacao-no-rio-investiga-fraudes-em-licitacoes-na-educacao>> Acesso em: 07 out. 2020.



prestado¹⁵.

Portanto, no Brasil, as ilegalidades cometidas no processo licitatório são recorrentes. Conforme demonstrado acima, a imprensa diariamente publica matérias acerca de agentes que foram descobertos desvirtuando os propósitos da lei. Tais irregularidades ocorrem nas mais diversas áreas, sendo demonstrados apenas alguns exemplos em áreas tão essenciais como saúde e educação.

Com isso, é possível perceber que os ilícitos nas licitações têm impactos profundos nos serviços básicos prestados à população e as consequências são desastrosas. Quando os serviços públicos não são equipados com os aparatos necessários para o seu funcionamento regular e há gastos indevidos com o dinheiro público, a sociedade sofre com um Estado incapaz de resguardar os direitos fundamentais de seus cidadãos e de lhes proporcionar uma vida digna.

2. O GRAU DE PREJUDICIALIDADE DOS DELITOS NO DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE

Como demonstrado, há grande incidência do cometimento de infrações penais durante o desenvolvimento do procedimento licitatório. Diante disso, a questão que merece análise é em que medida tais delitos influenciam no desenvolvimento da sociedade.

A administração pública utiliza das licitações para fornecer diversos serviços básicos à população. Quando ocorre uma fraude nesse processo, os recursos que seriam empregados para promover o bem-estar dos cidadãos são redirecionados para atender aos anseios pessoais do agente do crime, ou seja, as necessidades sociais não conseguem ser plenamente supridas.

Os crimes cometidos no âmbito das licitações muitas vezes são subestimados, o que impede que se enxergue a real prejudicialidade dessa conduta para o país. O caráter extremamente burocrático da licitação pode fazer com que muitos acreditem que a violação do trâmite legal se resume meramente a questões econômicas/procedimentais e isso não importaria em grandes impactos para a sociedade.

Todavia, é justamente o contrário: por a licitação envolver a própria atuação da administração pública na concretização de sua função de gestão da sociedade, os ilícitos praticados

¹⁵ G1. *Empresas investigadas por fraude na merenda não entregavam alimentos, diz MPRJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/26/empresas-investigadas-por-fraude-na-merenda-do-estado-nem-sequer-entregavam-alimentos-diz-mprij.ghtml>> Acesso em: 07 out. 2020.



acabam interferindo em toda a manutenção do país. Isso se dá porque os crimes podem recair sobre muitas áreas estratégicas para a formação de uma sociedade melhor, tais como: saúde, educação, lazer, infraestrutura de estradas e de órgãos públicos, alimentação nas escolas e nos presídios, segurança pública, entre muitos outros aspectos.

Apenas a título de exemplo, destaca-se o art. 6º da CRFB/1988¹⁶, que determina 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 e a assistência aos desamparados. Todos esses são direitos que devem ser assegurados pelo Estado.

Quando há irregularidades no processo licitatório, resta prejudicada a competição justa entre os concorrentes. Assim, a sociedade perde a oportunidade de contratação de um serviço ou de materiais de fato eficientes. Os serviços e os equipamentos contratados acabam sendo de má qualidade ou até mesmo inexistentes, caso em que se contrata algum produto, por exemplo, mas ele nunca é entregue. Vende-se mercadorias falsas ou deterioradas, entrega-se uma mercadoria por outra ou altera-se a substância das mercadorias fornecidas.

Dessa forma, o serviço prestado é insuficiente para atender às diversas demandas da população, bem como não atende a economicidade necessária, pois os recursos são utilizados de maneira irresponsável, tornando os gastos muito maiores que o necessário.

Como os recursos para a efetivação de todos os direitos assegurados constitucionalmente já são bastante limitados, tendo em vista a grande quantidade de áreas de atuação estatal, quando acontecem as malversações do dinheiro público, tais recursos se tornam ainda mais exíguos, fazendo com que muitas demandas sequer sejam atendidas.

Para demonstrar a necessidade de avanço social do país, destaca-se o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2020, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). O Brasil ocupa a posição 84ª entre as 189 nações analisadas¹⁷. Tal relatório analisa três dimensões do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH): saúde, educação e renda, pontos essenciais para a efetivação de uma vida digna.

Em ranking global elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil ocupou a 60ª posição entre 76 países estudados em relação à

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁷ PNUD. *PNUD faz lançamento nacional do Relatório de Desenvolvimento Humano 2020*. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2020/pnud-faz-lancamento-nacional-do-relatorio-de-desenvolvimento-hum.html>> Acesso em: 12 mar. 2021.



qualidade da educação¹⁸. Ainda, de acordo com dados fornecidos pelo Instituto Trata Brasil, quase cem milhões de brasileiros não têm acesso à coleta de esgoto e cerca de 13 milhões de crianças e adolescentes não têm acesso ao saneamento básico¹⁹.

Tudo isso enquanto o Brasil ocupa a 12ª posição nas maiores economias do mundo²⁰. Apesar de já ter ocupado espaço entre as dez maiores economias, o Brasil continua posicionado entre países com condições financeiras capazes de proporcionar aos seus cidadãos melhor qualidade de vida do que a que é oferecida.

Dessa forma, percebe-se que o Brasil ainda precisa enfrentar um longo processo de desenvolvimento para atender às necessidades básicas da população e suprir suas deficiências em aspectos relacionados aos direitos acima mencionados. Para que isso ocorra, todos os recursos disponíveis devem ser utilizados para esse objetivo, o que exclui qualquer espaço para a ocorrência de crimes que envolvam dinheiro público.

Um exemplo claro de impacto negativo, é a questão da pandemia COVID-19 vivenciada pelo mundo. No contexto brasileiro, é lamentável a ausência de leitos de UTI e a falta de estrutura para o tratamento adequado da doença²¹, enquanto as fraudes nas licitações continuam acontecendo mesmo diante dessa triste realidade.

A gravidade das infrações cometidas no processo de licitação não se dá somente pela conduta em si, mas, principalmente, pelos efeitos que tal prática provoca. Além de racionar os já limitados recursos da administração pública, impedindo o acesso a direitos básicos, tais crimes também introduzem no brasileiro um sentimento de desesperança com o progresso do país.

De fato, com a ausência de condições básicas para uma vida digna, assim como com a recorrência de serviços que não funcionam, obras que não terminam e desvios de recursos públicos, o cidadão desenvolve um sentimento de descrédito nas instituições estatais e, em muitas vezes, aceita essa realidade como natural, nutrindo um estado de alienação e apatia.

¹⁸ FORBES. *Brasil aparece em 60º em ranking de educação*. Disponível em: <<https://forbes.com.br/negocios/2015/05/brasil-aparece-em-60o-em-ranking-de-educacao/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹⁹ TRATA BRASIL. *Esgoto*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/esgoto>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²⁰ G1. *Brasil sai de lista das 10 maiores economias do mundo e cai para a 12ª posição, aponta ranking*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/03/brasil-sai-de-lista-das-10-maiores-economias-do-mundo-e-cai-para-a-12a-posicao-aponta-ranking.ghtml>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²¹ G1. *Sem leitos de UTI para Covid na rede pública, dobra na Justiça o número de pedidos por vagas em hospitais do RJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/12/07/sem-leitos-de-uti-para-covid-na-rede-publica-dobra-na-justica-o-numero-de-pedidos-por-vagas-em-hospitais-do-rj.ghtml>>. Acesso em: 04 abr. 2021.



Todo esse cenário de desordem social também contribui para a construção do chamado “jeitinho brasileiro”, que, em sua perspectiva negativa, consiste na forma de comportamento de algumas pessoas que se colocam acima das normas aplicáveis para todos, a fim de obter alguma vantagem ou solucionar algum problema pessoal por meios ilícitos.

Ao tratar o tema “jeitinho brasileiro”, Barroso²² assevera que a facilidade para quebrar regras sociais, em um passo, transforma-se em violação direta e aberta da lei, começando com pequenas fraudes, como o atestado médico falso e resultando em corrupções maiores, como o caso de pagamento de propina para vencer a licitação.

Sendo assim, o que ocorre é um efeito circular: as infrações cometidas no âmbito das licitações geram um abalo na organização social, que, por sua vez, propicia a prática de crimes, inclusive, aqueles praticados nos processos licitatórios. Logo, há um encadeamento de influências negativas no comportamento do cidadão que decide estabelecer um conjunto de regras próprias, desconsiderando a vivência em sociedade.

Dessa maneira, é perceptível a influência prejudicial de tais infrações penais na sociedade brasileira. As violações aos dispositivos legais que tratam do processo licitatório desrespeitam, indiretamente, diversos direitos fundamentais dos indivíduos e muitos valores sociais, principalmente, a dignidade da pessoa humana, que é identificada como o valor intrínseco de todos os seres humanos e como um valor comunitário (observando-se um ideal de vida boa)²³.

Diante disso, faz-se necessária a conscientização sobre esse tema e a mudança no que tange ao tratamento do assunto.

3. A ESSENCIALIDADE DE MUDANÇA NO TRATAMENTO ATRIBUÍDO À QUESTÃO

Ante a grande incidência de ilícitos penais nas licitações brasileiras e suas nefastas consequências, fica claro que a questão precisa ser abordada de forma apropriada e os crimes devem ser punidos de maneira efetiva.

A Lei nº 8.666/1993 previa as infrações penais e a respectiva punição; o agente infrator era punido com pena privativa de liberdade, na modalidade detenção, em que o regime prisional

²² BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/ArtigosJornais/1120331.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²³ Idem. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 152.



imposto poderia ser semiaberto ou aberto. A maior pena prevista era de 3 a 6 anos, enquanto que a mais baixa era de 6 meses a 2 anos, todas acompanhadas de multa.

Com a recente mudança legislativa, realizada pela Lei nº 14.133/2021, a transferência dos crimes antes previstos na Lei nº 8.666/1993 para o Código Penal foi uma grande novidade. A partir da nova legislação, também houve aumento na pena de alguns delitos. Assim, os crimes de contratação direta ilegal, frustração do caráter competitivo de licitação, modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo e fraude em licitação ou contrato passaram a ter pena de 4 a 8 anos, e multa. Além disso, na maior parte dos crimes previstos a pena passou a ser de reclusão, em que o regime prisional pode ser fechado, semiaberto ou aberto.

Sendo assim, nota-se que houve um acertado endurecimento na punição de tais infrações penais, tendo em vista a relevância dos bens jurídicos tutelados e as graves consequências que esses crimes causam na sociedade.

Ao escrever sobre o direito, Rudolph Von Ihering²⁴ assevera que:

O direito não é uma ideia lógica, porém ideia de força; é a razão porque a justiça, que sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valor. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente; completam-se mutuamente: e, na realidade, o direito só reina quando a força dispendida pela justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega em manejar a balança.

Logo, não se pretende pregar um punitivismo exarcerbado, mas também não se pode tolerar a existência de um direito impotente. É preciso equilíbrio entre balança e espada. Nesse sentido, a mudança legislativa foi necessária para a melhor adequação da punição desses crimes no sistema jurídico, pois, anteriormente, crimes que não possuíam a mesma abrangência eram punidos de forma mais gravosa, como o furto qualificado, por exemplo.

Todavia, não basta a previsão em abstrato de infrações penais com a cominação de uma pena elevada, é preciso buscar, na prática, formas para que os atos considerados crimes sejam efetivamente averiguados, investigados e levados ao judiciário para que sejam punidos de forma justa.

Os crimes praticados no âmbito da licitação podem ser classificados como crimes de colarinho branco. Tal expressão foi cunhada por Edwin Sutherland, em 1940, contrapondo teorias criminológicas da época que relacionavam a prática de crimes às classes mais baixas da população. O autor mencionado defendeu que os criminosos de classes mais altas são tratados de forma

²⁴ IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Cidade: Montecristo, 2020 (e-book).



diferente dos demais e, conseqüentemente, não são considerados como verdadeiros criminosos e não são punidos da mesma forma, ou seja, são detentores de uma posição privilegiada perante a lei²⁵.

Nos dias atuais, continua evidente a criminalização em massa das pessoas com menores condições financeiras, dado que os crimes que mais prendem são: tráfico, roubo e homicídio²⁶. Já os crimes de colarinho branco dificilmente aparecem nessas estatísticas, apesar de serem praticados reiteradamente e possuírem conseqüências graves para a sociedade, conseqüências essas que podem ser consideradas, até mesmo, piores que as dos demais crimes, pois atingem um número muito maior de pessoas e recaem sobre áreas estruturais da sociedade, como: saúde, educação, segurança, moradia e alimentação.

Além da pena privativa de liberdade, outro importante desdobramento da punição é a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo ocupado pelo agente público. A Lei nº 8.666/1993 previa tal hipótese no art. 83²⁷, entretanto, o referido artigo não foi replicado pela nova lei, mas esse efeito extrapenal da condenação ainda subsiste, pois o próprio Código Penal trata sobre ele em seu art. 92, inciso I²⁸.

Como a perda não é automática, é indispensável que a decisão condenatória motive concretamente a necessidade de afastamento. Portanto, é imprescindível a atuação diligente dos magistrados para a aplicação na prática deste mecanismo, visto que é uma forma importante de inibir comportamentos semelhantes e de fazer cessar a conduta criminosa.

A devolução de eventual valor obtido com a prática da infração também é fundamental, sendo esse um efeito da condenação previsto no Código Penal e uma importante forma de recuperação da administração pública diante do prejuízo sofrido. Ademais, o art. 91-A do Código Penal²⁹, incluído pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), prevê a possibilidade de perda de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito, para crimes em que a pena máxima seja superior a 6 anos de reclusão.

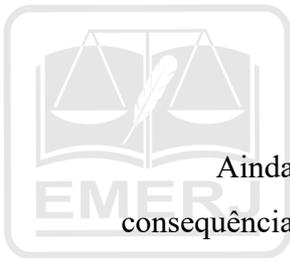
²⁵ SUTHERLAND, Edwin H., *A Criminalidade de Colarinho Branco*. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251/33980>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁶ BRASIL. Governo Federal. *Há 726.712 pessoas presas no Brasil*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁹ Ibid.



Ainda, é possível o ajuizamento da ação cível de improbidade administrativa como consequência dos ilícitos, quando a conduta do agente gera enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios que regem a administração pública. De acordo com a Constituição Federal (art. 37, §4º)³⁰, os atos de improbidade importarão a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Segundo o STJ³¹, frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, mesmo que tal prejuízo não possa ser quantificado economicamente, sendo o prejuízo presumido nesses casos.

Diante disso, é essencial que a fiscalização dos procedimentos licitatórios seja fortalecida, pois as medidas acima citadas só poderão ser implementadas caso se tenha conhecimento das infrações cometidas. A intensificação da fiscalização pode ocorrer por meio da criação de mais órgãos fiscalizatórios pelo próprio Estado, bem como a partir da atuação efetiva da própria sociedade civil.

De fato, é primordial a participação da sociedade nessa questão. Para isso, primeiramente, faz-se necessária uma conscientização geral sobre a importância da participação política. Cada pessoa deve fazer a sua parte e se informar sobre os acontecimentos, as investigações, os agentes envolvidos, assim como incentivar outras pessoas, da mesma forma, a se informarem sobre o tema.

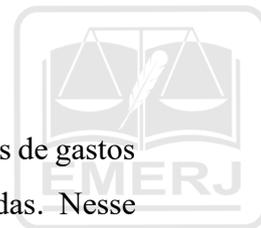
Igualmente, é preciso exigir das autoridades públicas comportamento apropriado e compatível com o cargo que exerçam. Aquele agente político que se envolve com crimes nas licitações deve ser identificado e não mais eleito. Os agentes públicos devem ser denunciados para autoridades policiais, ministério público e corregedoria dos próprios órgãos quando houver indícios de prática de delitos.

Além de tudo que foi mencionado, para assegurar a participação social, é fundamental que o Estado se comprometa com a transparência das contas públicas e a facilidade de acesso, uma vez que não basta uma “transparência formal”, ou seja, a criação de um meio de difícil acesso, que apresenta diversos empecilhos ou informações incompletas.

Faz-se necessária a criação de mecanismos, inclusive em sistemas eletrônicos, que sejam

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

³¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A dispensa indevida de licitação ocasiona prejuízo ao erário in re ipsa*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1ecfb463472ec9115b10c292ef8bc986>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



fáceis, simples e acessíveis a todos, a fim de que a população tenha acesso às informações de gastos com licitações, de serviços contratados, de produtos comprados e de obras realizadas. Nesse sentido, uma importante inovação, trazida pela nova Lei de Licitações e Contratos, foi a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), visando conferir maior transparência ao procedimento. Contudo, até o presente momento, o PNCP ainda não foi disponibilizado.

Posto isso, verifica-se que há instrumentos jurídicos capazes de oferecer uma resposta estatal apropriada para os crimes cometidos, mas é preciso, principalmente, que haja interesse na mudança. Não se pode afirmar que é simples modificar o tratamento conferido à questão, mas os mecanismos que podem ser utilizados são conhecidos; basta, então, a movimentação do Estado e da sociedade para lutar pelo processo licitatório transparente e adequado.

CONCLUSÃO

À vista do que foi apresentado, o presente trabalho verificou que a corrupção é um sério problema existente na realidade brasileira e uma de suas formas de manifestação se dá nos procedimentos licitatórios realizados pela administração pública.

Os crimes praticados nesse contexto, atualmente previstos no Código Penal por força da Lei nº 14.133/2021, podem acontecer das mais variadas formas, mas têm em comum o resultado danoso para a sociedade.

Com efeito, os casos concretos apresentados na pesquisa, por meio de notícias jornalísticas, confirmaram os efeitos negativos destas infrações penais. A título de exemplo de fatos reais, demonstrou-se que áreas essenciais como saúde e educação são gravemente atingidas pelas condutas delituosas, tendo em vista o desvio de quantias milionárias e a inexistência de prestação de um serviço adequado, ou, até mesmo, a inexistência total de prestação do serviço.

Nesse sentido, constatou-se que a recorrência de tais crimes na realidade brasileira prejudica de forma grave o país. Isso porque o Brasil ainda possui um longo caminho a ser percorrido no que tange ao oferecimento de melhor qualidade de vida à sua população.

Buscou-se sustentar que os referidos crimes não devem ser subestimados e reduzidos a questões meramente burocráticas e procedimentais, a partir da demonstração das consequências relevantes e catastróficas de sua prática.

Dessa forma, concluiu-se que a grande prejudicialidade destes delitos se dá, primeiramente,



com o desperdício e o desvio de recursos públicos, fazendo com que áreas essenciais fiquem defasadas, sem investimento, sem materiais e sem estrutura.

Além disso, verificou-se que tais crimes são muito prejudiciais por abalarem a confiança das pessoas nas instituições estatais, colaborando com a criação de um ambiente de desordem social, o que desmotiva o cidadão comum de cumprir com as regras estabelecidas pelo poder público e a todos impostas.

Diante do cenário exposto ao longo do trabalho, provou-se que existem, no ordenamento jurídico brasileiro, meios capazes de punição e de prevenção destinados a interromper o avanço do cometimento de tais ilicitudes. Todavia, é preciso melhorar a forma de fiscalização e a participação da sociedade em tal questão.

Assim, a pesquisa buscou atestar a necessidade de engajamento de todos os integrantes da sociedade na persecução de um procedimento licitatório mais transparente e honesto. Como consequência disso, existirão escolas e hospitais aparelhados com materiais adequados, estudantes com alimentação de qualidade fornecida pelo Estado, assistência aos desamparados e obras públicas realizadas de forma mais eficiente possível, ou seja, as condições básicas para um vida digna seriam, de fato, garantidas pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS

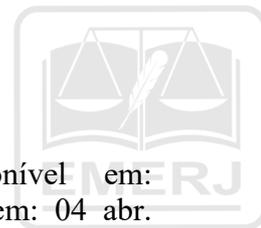
AGÊNCIA BRASIL. *Operação no Rio investiga fraudes em licitações na educação*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-04/operacao-no-rio-investiga-fraudes-em-licitacoes-na-educacao>> Acesso em: 07 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/ArtigosJornais/1120331.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BBC NEWS. *OCDE adota medida inédita contra o Brasil após sinais de retrocesso no combate à corrupção no país*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56406033>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.



_____. *Decreto-lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. *Lei n° 14.133*, de 1° de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. *Lei n° 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Governo Federal. *Há 726.712 pessoas presas no Brasil*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

CNN BRASIL. *MP do Rio investiga administrativamente governador Witzel por fraudes na Saúde*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/06/30/mp-do-rio-investiga-administrativamente-governador-witzel-por-fraudes-na-saude>>. Acesso em: 05 out. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A dispensa indevida de licitação ocasiona prejuízo ao erário in re ipsa*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1ecfb463472ec9115b10c292ef8bc986>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FORBES. *Brasil aparece em 60° em ranking de educação*. Disponível em: <<https://forbes.com.br/negocios/2015/05/brasil-aparece-em-60o-em-ranking-de-educacao/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

G1. *Sem leitos de UTI para Covid na rede pública, dobra na Justiça o número de pedidos por vagas em hospitais do RJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/12/07/sem-leitos-de-uti-para-covid-na-rede-publica-dobra-na-justica-o-numero-de-pedidos-por-vagas-em-hospitais-do-rj.ghtml>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. *Brasil sai de lista das 10 maiores economias do mundo e cai para a 12ª posição, aponta ranking*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/03/brasil-sai-de-lista-das-10-maiores-economias-do-mundo-e-cai-para-a-12a-posicao-aponta-ranking.ghtml>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Montecristo Editora, 2020, posição 143. E-book Kindle.

MPSP. *Fraudes em Licitações e Contratos*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html#cap4_1>. Acesso em: 26 mar. 2021.



PNUD. *PNUD faz lançamento nacional do Relatório de Desenvolvimento Humano 2020*. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2020/pnud-faz-lancamento-nacional-do-relatorio-de-desenvolvimento-hum.html>> Acesso em: 12 mar. 2021.

SENADO NOTÍCIAS. *CGU alerta para aumento nas tentativas de fraudes em licitações na pandemia*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/07/cgu-alerta-para-aumento-nas-tentativas-de-fraudes-em-licitacoes-na-pandemia>> Acesso em: 05 out. 2020.

SUTHERLAND, Edwin H., *A Criminalidade de Colarinho Branco*. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251/33980>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *Índice de Percepção da Corrupção 2020*. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

TRATA BRASIL. *Esgoto*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/esgoto>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

O DISTANCIAMENTO SOCIAL ESTRUTURADO COMO FATOR DE ENFRAQUECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Fábio Andrade Oliveira Júnior

Graduado pela Universidade Tiradentes/SE. Advogado. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Damásio Educacional/SP. Pós-Graduado em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica/MG.

Resumo – todo poder emana do povo, o qual, constituiu os atuais três poderes para regular, administrar e formar o próprio Estado Democrático de Direito. A função primeira de todo e qualquer poder constituído deve ser tutelar o próprio povo, formando uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação dos Poderes para que eles exerçam suas respectivas funções. Os Poderes Executivo e Legislativo são legitimados democraticamente pelo voto ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo na fundamentação das decisões. Há um *déficit* democrático gerado por um distanciamento social estruturado no Poder Judiciário. Há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu. Como conhecedor da ordem jurídica, das mazelas da sociedade e da raiz dos problemas geradores das demandas, o Judiciário tem capacidade e deve tutelar o interesse do povo brasileiro antes que o litígio seja instalado. Uma postura ativa não infringe as funções do Judiciário nem invade as funções típicas dos demais Poderes, em verdade, nada mais se trata do que agir de forma a alcançar e dar concretude aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Legitimação. Democracia. Judiciário. Social.

Sumário – Introdução. 1. O Estado Democrático de Direito. 2. O sustentáculo democrático dos Poderes. 3. O exercício do poder político e a busca das finalidades do Estado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil reconhece que todo poder emana do povo. Partindo dessa premissa, o povo constituiu os atuais três poderes para regular, administrar e formar o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, a função primeira de todo e qualquer poder constituído deve ser tutelar o próprio povo, formando uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação dos Poderes para que eles exerçam suas respectivas funções.



No primeiro capítulo, o trabalho procura fazer uma análise quanto à vinculação entre povo, Estado e democracia para a formação, manutenção e legitimação do Estado Democrático de Direito.

Após, no segundo capítulo, trata da divisão das funções do Estado e do sustentáculo democrático dos Poderes constituídos, de forma que os Poderes Executivo e Legislativo são legitimados democraticamente pelo voto ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo na fundamentação das decisões.

Por fim, no terceiro capítulo, o artigo discorre sobre quem exerce o poder político em nome do Estado para que se busque as finalidades almejas pelo povo que instituí o atual Estado Democrático de Direito.

O Judiciário, pela própria formação estrutural, comporta-se de maneira passiva, ou seja, somente age quando acionado. Destarte, o judiciário volta-se mais para o jurisdicionado do que para o povo como um todo.

Em verdade, há um distanciamento social estruturado no Poder Judiciário. Essa realidade aliada ao fato de que o Poder Judiciário não é legitimado democraticamente pelo voto leva a conclusão de que ele sofre um déficit democrático.

Por outro turno, se o Poder Judiciário é o “funil” em que passam todas as demandas sociais e possui como função precípua solucioná-los, torna-se nítido que tem plena capacidade de agir preventivamente.

É notório que a credibilidade do Poder judiciário está fragilizada por diversos motivos. Da mesma forma, é inegável que o distanciamento social nele estruturado só agrava a situação.

Logo, há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu. Entenda-se postura política como comportamento de um Poder Político Democrático constituído.

Saliente-se que ter uma postura ativa não infringe as funções do Judiciário nem invade as funções típicas dos demais Poderes. Em verdade, nada mais se trata do que agir de forma a alcançar e dar concretude aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil enumerados no art. 3º da CRFB.

Cumprido alertar que o presente artigo é escrito sob a perspectiva do atual Estado Brasileiro. Uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos entes federados, constituindo-se um Estado Democrático de Direito composto por três poderes harmônicos e independentes entre si, conforme preconiza o artigo 1º e 2º da CRFB de 1988.

No discorrer da pesquisa é empregado o método hipotético-dedutivo, em que se elege proposições hipotéticas, cujo fim é confirmá-las ou enfrentá-las por meio da argumentação. Tudo isso, com um enfoque qualitativo, ou seja, com análise de livros, artigos, teses e jurisprudência, visando dar base teórica ao estudo.

Pelo exposto, o trabalho apresentado objetiva buscar soluções para diminuir o mencionado *déficit* democrático, fortalecendo o Judiciário como Poder Democrático e restabelecendo a sua credibilidade social.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado pode ser conceituado sob diferentes óticas, como a filosófica, a política e a jurídica. Sob o ângulo do conceito estritamente jurídico desenvolvido por George Jellinek, Guilherme Peña de Moraes¹, aponta que “o Estado deteria o poder político, constituído sobre determinado território e dirigido a certa população”. Inegável é que sem poder político o Estado não se constitui ou não se mantém, pois lhe faltaria autoridade. Sobre o poder político, o mencionado constitucionalista acrescenta²:

O poder político, na feliz síntese de Celso Ribeiro Bastos, “não é outro senão aquele exercido no Estado e pelo Estado”, singularizando-se por sua *amplitude*, eis que incide sobre todas as pessoas e bens em determinado território, por sua *função*, dado que subordina os interesses dos indivíduos ao interesse da sociedade³, e pelos *meios* de que se pode valer, tal como a coação.

O povo, referência humano-política, é o ponto central da constituição e manutenção de um Estado, pois é dele que se extrai todo o poder soberano que confere legitimidade ao Estado. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴ afirmam que “a soberania popular, que é, na essência, o poder constituinte do povo, é a fonte única de que procedem todos os poderes públicos do Estado”.

Nesse cenário, Thomaz H. Junqueira de A. Pereira⁵, faz um interessante questionamento: “qual a relação entre o povo-pretérito, que concretamente legitimou a

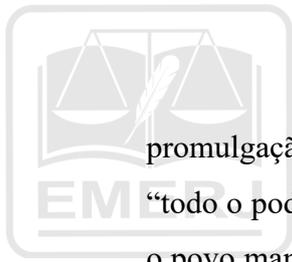
¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 411.

² *Ibid.*, p. 420.

³ FERREIRA FILHO apud *Ibid.*

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2015, p. 80.

⁵ PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. Soberania Popular, Representação e Jurisdição Constitucional. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Estudos sobre a Jurisdição Constitucional*. V. II. São Paulo: Almedina, 2018, p. 13.



promulgação da Constituição, e o povo-presente, simultaneamente limitado por ela e fonte de “todo o poder”?”. Parece que a resposta está em uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação do poder político ao Estado para que esse alcance as finalidades prospectadas por aquele povo. Luiz Roberto Barroso⁶ destaca:

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos. Nas situações-limite, porém, o poder constituinte originário sairá do seu estado de latência e voltará à cena, rompendo com a ordem anterior que se tenha tornado indesejada e inaugurando uma nova.

Essa é a tônica exalada na primeira parte do parágrafo único do artigo 1º da CRFB⁷, ao dispor que “todo poder emana do povo”. É nítida a vinculação da soberania do povo com a atribuição de poder político ao Estado constituído, para que esse busque e conquiste finalidades. Não por acaso, o preâmbulo da CRFB de 1988⁸, informa que a Assembléia Nacional Constituinte, formada por representantes do povo brasileiro, se reuniu para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar os interesses do povo.

Notória também é a vinculação entre povo, democracia e Estado. Frise-se que o termo democracia, de origem grega, é a junção das palavras *demos* (povo) e *kratos* (poder), podendo ser traduzido como o poder do povo⁹. A CRFB/1988¹⁰, faz essa vinculação no seu preâmbulo, o que é fortalecido no *caput* do artigo 1º, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito¹¹. Renato Stanzola Vieira¹² assevera:

O estado de direito democrático é uma “ordem de domínio legitimada pelo povo”. Ou ainda, “O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da

⁶ BARROSO, op. cit., nota 23, p. 137.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

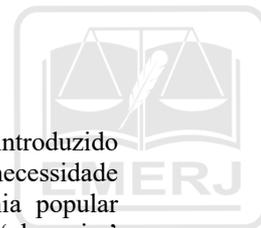
⁸ Ibid.

⁹ PORFÍRIO, Francisco. *Democracia*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm> 4/10>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹¹ Ibid.

¹² VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 8 e 9.



legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder”. Daí que: “o princípio da soberania popular concretizado seguindo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘estado de direito’ e o ‘estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula estado de direito democrático¹³.”

Historicamente o termo “Estado de Direito” atrelava-se unicamente ao escopo de que todos, incluindo o Estado, estão sujeitos e devem obediência às Leis. Hodiernamente, o “direito” inserido nesse conceito tem forte ligação com a ideia de legitimação do poder, limitação do poder e garantia de direitos pelo poder, logo, não se fala apenas em sujeição e obediência às Leis. Paulo e Alexandrino¹⁴ acrescentam:

Atualmente, a concepção de “Estado de Direito” é indissociável do conceito de “Estado Democrático”, o que faz com que a expressão “Estado Democrático de Direito” traduza a ideia de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo visando a assegurar a todos uma igualdade material (condições materiais mínimas necessárias a uma existência digna).

Merece nota que a concepção de democracia, única e simplesmente, como vontade da maioria já foi há muito superada. Abraão Luiz Filgueira Lopes¹⁵ aponta que a concepção de democracia está ligada a ideia de coexistência. Coexistência de forças de ação ao autorizar a participação do povo no governo e reação na medida em que há limitação do exercício do poder. O autor explica:

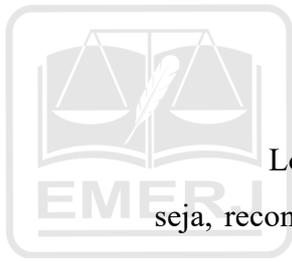
Sim, por intermédio da democracia, as pessoas do povo ou exercerão pessoalmente as faculdades do governo, definindo as políticas públicas, criando as leis e gerindo o Estado, ou autorizarão a terceiros – a quem outorgarão, pelo voto, um mandato - o exercício dessas competências governamentais. Trata-se enfim, de propiciar ao povo a condição de fazer o governo, agindo positivamente, daí a ideia de ação. Como reação, outrossim, a democracia exsurge como limitação do exercício do poder, na medida em que, num ambiente democrático, não há poder absoluto, ilimitado ou inesgotável. E avulta aqui, nesse processo de limitação do poder, o papel do Estado de Direito e da Constituição, que, mais do que promover o controle e instrumentalização do exercício de Governo, implementa direitos mínimos a serem garantidos por parte dos Estados direitos esses que serão um obstáculo ao voluntarismo dos governantes, funcionando como limites e proteção contra arbitrariedade do governo¹⁶.

¹³ CANOTILHO apud ibid.

¹⁴ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p. 93.

¹⁵ LOPES, Abraão Luiz Filgueira. *Democracia, Cidadania e Inelegibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 8 e 9.

¹⁶ SERGOVIA apud ibid.



Lopes¹⁷ segue discorrendo que a democracia é também a coexistência de ideias, ou seja, reconhecer como legítimos os diversos modos de compreensão da realidade, inclusive com potencial de assumirem a direção política do Estado. Nesse diapasão, em uma democracia deve-se assegurar não só o direito de divergir, como também o de oportunizar que as diferentes perspectivas possam se fazer majoritárias, sem prévias exclusões.

Por derradeiro, o autor¹⁸ acrescenta como concepção de democracia a coexistência de maioria e minorias. Nesse ponto, faz um adendo de que o termo minoria não tem cunho quantitativo e sim qualitativo, o quais, apesar de poderem ser maioria em número, são historicamente excluídos das esferas de decisão ou têm dificuldades para acessar direito fundamentais.

Para que se tenha um Estado verdadeiramente democrático a vontade da maioria deve ser observada em concomitância com a garantia dos direitos da minoria. Em que pese a maioria eleja representantes, esses não podem voltar os olhares unicamente para os que os elegeram. Em verdade o foco deve ser o interesse público, a tutela de todos, independentemente de lado político ou quaisquer outras variáveis e estigmas.

Conclui-se, portanto, que sem limitação do poder do Estado, garantias de direitos, ações políticas voltadas para o interesse público, não há Estado de Direito e que se não há proteção das minorias, não há Estado Democrático. Logo, o Estado Democrático de Direito é constituído pelo poder que emana do povo para que regule, organize e proteja o povo que o constituiu, independentemente se integrante da maioria ou minoria.

2. O SUSTENTÁCULO DEMOCRÁTICO DOS PODERES

Do Povo emana o poder para instituir o Estado, o poder constituinte originário, assim como do povo constantemente é emanado o poder que mantém a ordem política estabelecida pelo constituinte. O artigo 2º, *caput* da CRFB¹⁹ constitui como poderes harmônicos e independentes entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Divisão que retoma ensinamentos de grandes pensadores juspolítico-filosóficos como Aristóteles, Locke e Montesquieu que desenvolveram, cada um ao seu modo de pensar, a tripartição dos poderes.

Em verdade, não se divide o poder propriamente dito, pois o poder político é uno, indivisível, inalienável e imprescritível. O que se divide é o exercício das funções estatais de

¹⁷ Ibid., p 9.

¹⁸ Ibid., p 10.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.



elaborar normas, aplicá-las e solucionar os conflitos instalados. Por um critério de divisão funcional, compete precipuamente ao Legislativo a função de positivizar normas; ao Executivo a de executá-las e ao Judiciário a de solucionar lides com apoio nas normas. Tal divisão não é absoluta, pois são atribuídas a cada um dos poderes funções típicas e atípicas que, em última análise, proporcionam o equilíbrio e o controle recíproco entre os poderes.

Barroso²⁰ afirma que a democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões. Nesse cenário, configuram-se três dimensões: a dimensão representativa vinculada ao voto popular; a dimensão constitucional relacionada aos direitos fundamentais que devem ser garantidos inclusive contra a vontade da maioria e dimensão deliberativa vivilizada por debates públicos livres, amplos e abertos, que forneçam, ao final, as razões das opções deliberadas.

É cediço que apenas os poderes Legislativo e Executivo são legitimados democraticamente pelo voto. É o que se extrai dos artigos 14, 27, 28, 29, 45, 46 e 77 da CRFB de 1988²¹, bem como do artigo 1º da Lei nº 9.504/1997²². O voto é um instrumento essencial para um Estado Democrático, caracterizando-se como meio pelo qual o cidadão concretiza o sufrágio, ou seja, o direito de votar. Clarissa Fonseca Maia²³ faz uma interessante conexão entre o voto e a legitimidade do Poder:

Para que haja consenso social, acredita-se, é necessário, primeiro, que o poder que impõe a legalidade seja legítimo; segundo, que a lei observe um processo legislativo racional, capaz de obedecer ao princípio democrático. O poder será legítimo ao passo que ele não se imponha em virtude de uma compulsão pela força, mas sim por intermédio de uma obediência consentida e espontânea. Numa visão democrática, esse consentimento é fruto dos mecanismos por que o agente político alcança o poder, vale dizer, por eleições para as quais possam concorrer, votando e sendo votados, todos do povo quanto aos quais não exista justa razão para o levantamento de restrição à liberdade pública de participar do governo.

Merece nota o fato de que desde a Constituição de 1891 a República é adotada no Brasil como forma de governo. Etimologicamente, o termo República vem do latim *res publica*, que significa “coisa pública” e, na essência, passa a ideia de um governo voltado ao interesse do povo. Paulo e Alexandrino²⁴ ressaltam que “o conceito de República, hoje,

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

²² BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

²³ MAIA, op. cit., p. 22.

²⁴ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 92



encontra-se irremediavelmente imbricado com o princípio democrático e com o princípio da igualdade (ausência de privilégios em razão de estirpe)”.

Além da necessidade de alternância do poder e da responsabilidade dos agentes, a eletividade é uma importante característica de uma República. Moraes²⁵ sustenta que a eletividade significa que a legitimação do poder político se dá pelo voto e que a eleição é a via pela qual se legitima o poder político, ou seja, o batismo do povo é o fator de legitimação.

Os integrantes do Poder Judiciário, por outro turno, não se submetem ao sufrágio universal para ingresso na carreira. Tornam-se membros da Magistratura pela aprovação em concurso público, pelo procedimento do quinto constitucional ou por indicação do Presidente da República com aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, por força dos artigos 93, 94 e 100 da CRFB²⁶, respectivamente. Barroso²⁷ acrescenta:

Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora. Já ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao contrário do chefe do Executivo e dos parlamentares, seus membros não são eleitos. Como regra geral, juízes ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público. O acesso aos tribunais de segundo grau se dá por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio tribunal. No tocante aos tribunais superiores, a investidura de seus membros sofre maior influência política, mas ainda assim, está sujeita a parâmetros constitucionais.

Como forma de atribuir legitimação ao poder Judiciário e amortizar o déficit democrático pela ausência do voto, a CRFB estabelece no artigo 93, IX²⁸ o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Esse princípio ganha força com a exigência de fundamentação expressa no artigo 11 do Código de Processo Civil²⁹ e as hipóteses de decisão não fundamentada exemplificadas no artigo 489, §1º do CPC³⁰.

De certo que a escolha pelo poder constituinte originário da forma pela qual alguém passa a ser representante e de como se atribui legitimação democrática a cada poder tem sua razão de ser e deve ser respeitada, afinal, é quem dá luz à ordem jurídica de um Estado.

²⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Eleitoral*: Aula 1. Disponível em: <<https://www.guilhermepenedemoraes.com.br>> Acesso em: 10 out. 2020.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 441

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 7

²⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

³⁰ Ibid.



Assim, conclui-se que, dentre os três poderes constituídos, o Judiciário é o único que não possui legitimação democrática por meio do voto. Nessa ótica, Peña³¹ leciona:

É possível falar em “voto” em relação aos poderes que têm legitimidade pela via eleitoral (Poder Executivo e Legislativo). Enquanto a legitimação do poder que se elege decorre da eleição, em relação ao Poder Judiciário (poder contramajoritário, que não tem legitimidade do voto, não tem o batismo do povo via eleição) o fator que legitima a sua função é a motivação dos seus atos (art. 93, IX, CRFB/88).

Outrossim, o Judiciário exerce sua função sob o viés de um papel contramajoritário, diferentemente dos demais poderes políticos. Esse caráter contramajoritário pode ser observado em especial ao analisar a competência do Supremo Tribunal Federal – Tribunal de superposição na estrutura do Poder Judiciário – que age com o fito de resguardar direitos e interesses fundamentais das minorias em contraposição ao das majorias. Barroso³²:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*.

Barroso³³ destaca ainda que muitas vezes o Judiciário representa mais os anseios da sociedade do que as instâncias políticas tradicionais, configurando um papel representativo. O autor atribui esse fato, em especial, à exigência de decisões judiciais fundamentadas pela qual o magistrado deve transparecer as razões que o levaram a tomar a decisão diante daquela demanda instalada. Como mencionado anteriormente, o conceito de democracia simples e unicamente como governo da maioria há muito tempo foi superado. O poder Judiciário tem papel fundamental nessa concepção moderna de democracia justamente por ser o poder incumbido de assegurar direitos às minorias. Clarissa Fonseca Maia³⁴ tece algumas considerações nesse sentido:

De fato, quando se compreende a democracia como governo da maioria, há uma tendência natural a acreditar que tal sistema político conduziria a uma exclusão das

³¹ MORAES, op. cit., nota 25.

³² BARROSO, op. cit., nota 28, p. 13.

³³ BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

³⁴ MAIA, op. cit., p. 78.



minorias, que então, não seriam adequada e devidamente representadas. Todavia, não é em nome apenas da maioria que a democracia é exercida. A maioria é apenas o instrumento pelo qual alguns do povo são investidos nas funções de deliberação e, mais, pela qual se autorizará a tomada de decisões. As faculdades e os deveres do poder, contudo, são exercidos em nome de todos, integrem a maioria ou as minorias. Inclusive, essa é uma decorrência lógica do princípio da liberdade para exercício dos mandatos, na medida em que os mandatários eleitos representam toda a população, eleitora ou não e independentemente de constituírem ou não a maioria (ou a minoria representativa a depender do sistema eleitoral) que investiram o agente político no mandato. E democracia é também coexistência de ideias, como se viu antes, o que impõe reconhecer como legítimos os diversos modos de compreensão da realidade e, então aceitar as diferentes formas pelas quais os outros podem manifestar a suas compreensões particulares, ou, simplesmente, a forma como os outros se apresentam. Essa coexistência ínsita à democracia e por ela exercida faz com que idealmente as minorias qualitativas encontrem na democracia o seu refúgio. Quer dizer, numa democracia plena, os direitos das minorias seriam observados, porque, do contrário, em democracia não se poderia falar. O desafio, portanto, é assegurar às minorias mecanismos por que possam participar do debate político e das instituições políticas.

Conclui-se, portanto, que não só o Executivo e o Legislativo são poderes legitimamente democráticos, como também o Judiciário o é. O Judiciário exerce papel fundamental no Estado Democrático de Direito brasileiro como poder técnico que possui legitimidade democrática pelo princípio da motivação das decisões, assim como por ser o poder incumbido de garantir a eficácia do princípio da minoria.

3. O EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO E A BUSCA DAS FINALIDADE DO ESTADO

A divisão entre poderes é apenas uma das formas de se dividir o poder político, consubstanciada na distribuição de atividades entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, essa divisão não deve servir como forma de gerar conflitos ou competições entre os três poderes, mas sim como um importante sustentáculo do regime democrático, com uma melhor organização estatal. Os poderes do Estado podem exercer um controle recíproco entre eles de forma que um poder controla o outro, o chamado sistema dos freios e contrapesos.

Paulo e Alexandrino³⁵ apontam que, ao sair de uma separação rígida dos poderes, que se mostrou inviável na prática, para uma divisão flexível das funções estatais em típicas e atípicas, a doutrina americana cunhou o mecanismo de controles recíprocos entre os poderes, denominado “sistema de freios e contrapesos”. Os autores acrescentam:

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de

³⁵ PAULO; ALEXANDRINO, ap. cit., p 446 e 447.

interferências legítimas de um poder sobre o outro, nos limites admitidos na Constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria Constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro. (...) Como se vê, adotado o mecanismo de freios e contrapesos, abandona-se a ideia de uma separação rígida entre os poderes, na qual cada um deles teria funções exclusivas, exercidas sem nenhuma possibilidade de interferência dos demais, e passa-se a adotar uma concepção de atuação harmoniosa e equilibrada entre os poderes, sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função. É importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimento específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

O perigo reside no momento em que ocorre um controle exacerbado de um poder sobre o outro, sob o manto do exercício do mecanismo dos freios e contrapesos, porém de forma equivocada. Ainda, a desarmonia entre os poderes políticos pode advir de uma interpretação constitucional errônea, em desacordo com princípios hermenêuticos, em especial ao princípio da eficácia integradora. Destaca Guilherme Peña de Moraes³⁶: “o princípio da eficácia integradora exterioriza que a Constituição deve ser um instrumento de agregação, e não de desagregação política”³⁷.

A pedra de toque em uma saudável separação dos poderes não é a independência dos poderes, mas sim a harmonia entre eles. Deve-se observar que sendo o poder uno, a exacerbada independência e diminuta harmonia dos poderes instituídos gera uma realidade que se contrapõe ao poder uno. Claro, não é que os poderes não possam divergir um do outro, mas que essa divergência deve ser harmoniosa.

Os poderes constituídos precisam se atentar que separar o poder não é dividir para separar e sim para somar. A separação de poderes, diga-se de passagem, observa critérios de especialidade no que concerne às funções. Nesse toar, diversas teorias são traçadas para abordar a prevalência de um poder sobre o outro e o diálogo institucional. Clarissa Fonseca Maia³⁸ conclui que:

Falar em diálogo institucional é superar o debate adversarial, propondo-se ir além da razão e das justificativas que defendem a prevalência de um poder sobre o outro. É tornar a resposta cíclica ou, caso se opte por uma palavra final, qualifica-la com a argumentação e a troca de opiniões entre os atores envolvidos, e não simplesmente impor uma decisão por suposição de que uma instância *ex ante* é mais preparada ou resguarda valores substanciais de justiça em relação à outra. Por outro lado, fugir do

³⁶ MORAES, op. cit., p. 157.

³⁷ MORA-DONATTO apud Ibid.

³⁸ MAIA, Clarissa Fonseca. *Jurisdição e Soberania Popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Justiça Eleitoral e o Congresso Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 155 e 156



debate adversarial entre instituições não é esperar que as interações sejam sempre amistosas ou complementares. Sem dúvida, a argumentação envolve retórica e defesas extremas. Contudo, pressupõe-se, ao menos *a priori*, a superação de abordagens sobre qualidades de juízes e legisladores, bem como sobre uma concepção rígida da separação dos poderes. Embora se saiba que, quando do enfrentamento da “última palavra”, seja esta definitiva ou provisória, indubitavelmente essas questões serão determinantes, mas, quando então, a decisão já terá mais qualidade e legitimidade pela troca pluralista de opiniões e racionalidades de política e de princípios.

O que não se pode perder de vista é que todo embate e controle de um poder com o outro deve respeitar o equilíbrio atribuído pelo princípio da separação dos poderes e deve visar a um fim único: o amadurecimento e o desenvolvimento daquele Estado. Frise-se que a separação dos poderes não objetiva o isolamento dos poderes constituídos, mas sim um trabalho harmonioso, visando a alcançar os fins do Estado.

Logo, qualquer ação ou medida dos poderes políticos, Executivo, Legislativo e Judiciário, que vá além do limite do controle de um poder perante o outro, legitimado pelo sistema de freios e contrapesos e em desrespeito aos princípios, como o da eficácia integradora, afronta além do princípio da tripartição dos poderes, o próprio Estado Democrático de Direito. Vicente Paulo e Alexandrino³⁹ lecionam:

[...] podemos afirmar que a doutrina da separação dos poderes traduz-se, hodiernamente, em fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmoniosos, tendente à realização da vontade política geral.

A segunda parte do artigo 1º da CRFB, por sua vez, atribui o exercício do poder aos representantes eleitos ou diretamente ao povo, nos casos previstos na CRFB. Compete ousar, no entanto, na ampliação desse rol a todos que, direta ou indiretamente, apresentam o Estado. Isso se deve ao fato de que diversos dispositivos constitucionais conferem o exercício de atribuições típicas do Estado não só ao povo e aos representantes eleitos, como também a diversas outras pessoas, físicas e jurídicas, de direito público ou de direito privado que prestem serviços públicos. Logo, não há razão plausível para interpretar restritivamente a mencionada disposição constitucional.

A título de exemplo, citem-se o artigo 37, I da CRFB⁴⁰, que dispõe sobre a investidura em cargo ou emprego público; o §6º também do artigo 37, I da CRFB⁴¹, que preconiza a responsabilidade civil do Estado; o próprio Título IV (Organização dos Poderes),

³⁹ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 447.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.



Capítulo III, artigos 95 ao 126 da Constituição⁴² que tratam sobre os órgãos do Poder Judiciário.

Ora, um servidor público estatutário ou comissionado do Executivo e do Legislativo apresenta o órgão a que está vinculado e, via de consequência, o próprio Estado. O Estado se responsabiliza civilmente, de forma objetiva, por todos aqueles que prestam serviços públicos em seu nome. Outrossim, os magistrados e demais servidores do Judiciário, ainda que não eleitos pelo povo, fazem com que o Poder Judiciário também presente o Estado.

Clarissa Fonseca Maira⁴³ assevera que, em um Estado Democrático de Direito, o agente público é um mero instrumento de ação para a realização do interesse público, ainda que em detrimento de sua vontade particular. Outrossim, destaca que a existência e a importância da relação entre Estado, Constituição, Democracia e de Direito para a sociedade humana:

De fato, é numa ordem democrática que a ação política se revela apta a realizar o interesse público e não simplesmente a vontade do agente público à frente do Estado. É por essa razão que as relações entre democracia e direito, e entre democracia e Constituição explicam o alcance da ideia de democracia e, mais, a sua importância para as sociedades humanas. Inexiste nesse caminho, como negar o vínculo interno entre Estado de direito e democracia – particularmente a de democracia deliberativa –, que Habermas ensina não ser meramente histórica ou casual, mas resultante do próprio conceito moderno de direito positivo.

O Estado exerce suas vontades por intermédio de órgãos que, por sua vez, exercem as funções de Estado por meio de seus agentes, os quais apresentam o órgão a que pertencem e, em última análise, o próprio Estado. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁴ define “órgão público” como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado. Assim, os agentes dos órgãos manifestam a própria vontade do Estado enquanto apresentam o respectivo órgão.

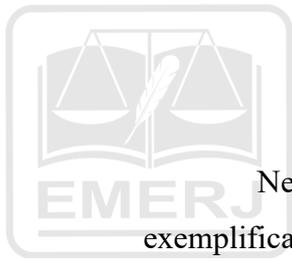
Vale lembrar que a Constituição deve ser interpretada no seu conjunto em homenagem ao princípio da unidade da Constituição. Vicente Paulo e Alexandrino⁴⁵ afirmam que esse princípio “obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

⁴² Ibid.

⁴³ MAIA, op cit., p. 20.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito Administrativo*. 34. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: GEN, 2020, p. 89.

⁴⁵ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 73.



Nesse toar, o parágrafo único do artigo 1º da CRFB expõe um rol meramente exemplificativo daqueles que exercem o poder, pois não se pode impor ao texto da CRFB interpretação que a distancie do restante do corpo da Constituição. Aliado a esse argumento, tenha-se presente que, pelo princípio da máxima efetividade, ao texto constitucional não se deve atribuir interpretações capazes de desviá-la do caminho da efetividade. Logo, tendo a CRFB atribuído o exercício de funções não só ao povo e aos representantes eleitos, conclui-se, observando-se os mencionados princípios, que o poder é exercido por todos que apresentam o Estado.

De passagem pelo artigo 3º da CRFB⁴⁶, nota-se a descrição de objetivos da República Federativa do Brasil que se enquadram dentro das finalidades a que esse Estado busca conquistar. Como mencionado anteriormente, forma-se uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação dos poderes para que eles exerçam funções em prol desse. Nesse toar, cumpre destacar a perspectiva do Ministro Marco Aurélio⁴⁷ que assevera a necessidade de atender aos anseios rotineiros da sociedade:

Nos quatros cantos do mundo, a Justiça sempre se vestiu de preto. As longas e vetustas togas que ainda pesam sobre os ombros dos magistrados durante as sessões de julgamento - em alguns países são exigidos, além de perucas, alguns aparatos e ritos medievais - foram eleitas, desde o início, como símbolo da gravidade de que se deve revestir a missão de julgar. Erigida, assim, à condição de entidade divina, hermética e, portanto, inacessível aos comuns mortais, pouco a pouco a Justiça foi se distanciando da comunidade à qual cumpre servir, como se esse isolamento pudesse garantir o máximo de circunspeção e imparcialidade. Felizmente, esse quadro vem se alterando nos últimos tempos. Hoje em dia é quase consensual o entendimento de que o juiz precisa fazer-se atento aos problemas sociais rotineiros, e não alheio, estar de olhos bens abertos ao cotidiano, retirando quaisquer vendas, mormente as ideológicas, para poder sabiamente decidir. Conquanto os paramentos ainda vigorem, finalmente a magistratura parece haver entendido a necessidade de sair das torres de marfim nas quais se procura resguardar, de onde provém a maioria das sentenças inverossímeis, apartadas da realidade e, por isso mesmo, desacreditadas já no nascedouro.

A função norteadora de todo poder é tutelar o próprio povo que o constituiu e, assim, dar sustentáculo recíproco à legitimação exarada pelo povo para constituição do Estado, conseqüentemente, das instituições dele formadas. Assim, compete a todos os poderes, independentemente de funções típicas ou atípicas, tutelar e lutar pelos fins a que visa o Estado como forma de retribuir a legitimidade que lhes foi atribuída.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁷ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *O Judiciário cada vez mais perto*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 out. 2020.

CONCLUSÃO

Existe uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação do poder político ao Estado para que esse alcance as finalidades prospectadas pelo povo. Desse emana o poder para instituir o Estado, o poder constituinte originário, assim como do povo constantemente é emanado o poder que mantém a ordem política estabelecida pelo constituinte.

Não se pode olvidar que a sociedade é volátil e mutável, assim, por meio do poder constituinte derivado reformador, o poder que emana constantemente do povo adequa formalmente a ordem pré-estabelecida ao atual contexto estabelecido. Por óbvio, rupturas naturalmente são passíveis de acontecer quando o povo constata a ausência da sinergia anteriormente estabelecida entre ele e o Estado por ele legitimamente mantido.

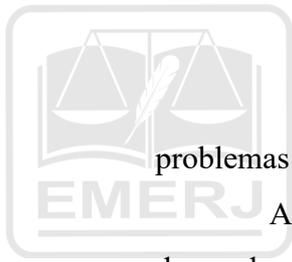
O que se percebe da história é que o Estado é constituído pela vontade de um povo e que o povo também tem aptidão para modificá-lo ou desconstituí-lo se não corresponder mais com as finalidades almejadas. Conclui-se, portanto, que do povo emana o poder de constituir, o poder de conservar, o poder de modificar e o poder de romper a ordem política estabelecida para inaugurar uma nova que corresponda à nova realidade.

É cediço que o atualmente no Brasil vigora a tripartição dos poderes em que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem funções típicas e funções atípicas. Em verdade, divide-se as funções do Estado, pois o poder que é uno e indivisível. Ocorre que apenas os Poderes Legislativo e Executivo são legitimados democraticamente pelo voto, ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo democrático na fundamentação das decisões.

Tenha-se presente, ainda, que o Estado exerce suas vontades por intermédio de órgãos que, por sua vez, exercem as funções de Estado por meio de seus agentes, os quais, apresentam o órgão a que pertencem e, em última análise o próprio Estado.

Como conhecedor da ordem jurídica, das mazelas da sociedade e da raiz dos problemas geradores das demandas, o Judiciário tem capacidade e deve tutelar o interesse do povo brasileiro antes que o litígio seja instalado. Ocorre que, o Poder Judiciário possui uma postura passiva, tutelando mais o jurisdicionado que o povo que, em última análise, o constituiu.

Malgrado o Poder Judiciário, via STF e Tribunais Superiores, tenha legitimidade para iniciativa de leis complementares e ordinárias nos termos do art. 61 da CRFB, não há uma efetiva atuação nesse sentido. O judiciário tem em mãos, apesar de pouco utilizar, uma forte ferramenta de qualificação da ordem jurídica e, assim, auxiliar na regulação de



problemas presentes e futuros.

Ademais, o Juiz de direito, como pessoa que tem contato diário com as principais demandas da sociedade e que conhece, fática e estatisticamente, a realidade social daquela comunidade como poucos, pode ter uma maior participação social na comunidade sem ferir o dever de portar-se de forma parcial no processo. Uma participação efetivamente social do juízo na comunidade que atua, partindo-se de estatísticas relacionadas às demandas e concluindo com a propositura de soluções para a instituição que poderá aplicá-las na prática, deveria ser incentivada.

A título de exemplo: a) diversas demandas que envolvem relações de consumo podem ter a mesma origem e o acionamento pelo judiciário de uma atuação da instituição que tutele os interesse do consumidor ou regule o mercado poderá resolver problemas futuros, desafogando o judiciário e, mais importante, dando efetividade social à atuação jurisdicional; b) em uma comunidade em que diversas mulheres sofrem agressões familiares, pode-se realizar projetos educacionais com o objetivo de conscientizar aquele público dos direitos, deveres e consequências correspondentes.

Outrossim, em cooperação com entidades e os demais Poderes, pode realizar projetos educacionais voltados para a população mais atingida pelo problema gerador de demandas. Uma cooperação entre os Poderes, sem interferências indevidas na função típica e precípua do outro, fortalece individual e coletivamente todos os Poderes.

De fato, o ativismo judicial fere a separação dos poderes, mas uma cooperação entre o Poder que recebe o problema e o que pode solucionar no caso concreto apresenta-se como uma um fator de enriquecimento democrático do próprio Estado Democrático de Direito.

A função norteadora dos poderes deve ser tutelar o próprio povo que o constituiu e, assim, dar sustentáculo recíproco à legitimação exarada pelo povo para constituição do Estado. Conclui-se, portanto, que há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.



CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito Administrativo*. 34. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: GEN, 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

MAIA, Clarissa Fonseca. *Jurisdição e Soberania Popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Just. Eleitoral e o Cong. Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *O Judiciário cada vez mais perto*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 out. 2020.

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

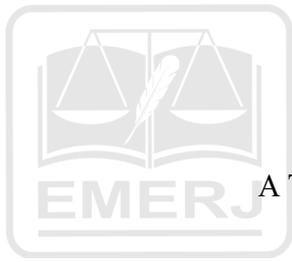
_____. MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Eleitoral: Aula 1*. Disponível em: <<https://www.guilhermepenademoraes.com.br>> Acesso em: 10 de out. 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. *Estudos sobre a Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

PORFÍRIO, Francisco. *Democracia*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm> 4/10>. Acesso em: 04 out. 2020.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



A TEORIA DO DANO EFICIENTE COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Fernando Mamouros Fonseca

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – o direito do consumidor é um pilar da democracia e das relações econômicas e ignorá-lo acarreta severos danos ao Direito e à Economia. As empresas são obrigadas a melhorar os seus serviços, a fim de evitar prejuízos e falência. Porém, verifica-se que é mais lucrativo perpetuar práticas ilegais, utilizando a teoria do dano eficiente. O Judiciário tem papel importante no combate a estas violações por meio de condenações pedagógicas. Esse trabalho busca analisar a estratégia jurídica destas empresas que menos respeitam seus consumidores, concluindo que a criação de leis e jurisprudências mais severas são a solução para esta problemática jurídica.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Dano Eficiente. Violações de Direitos. Dano Moral. Impactos sociais.

Sumário – Introdução. 1. As violações sistemáticas ao Código de Defesa do Consumidor. 2. A teoria do dano eficiente e o provisão mercantil de indenizações. 3. O papel coercitivo do Judiciário na defesa dos direitos dos consumidores e no equilíbrio das relações econômicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da utilização mercantil da padronização das decisões judiciais em causas referentes ao direito do consumidor por réus contumazes. Busca-se analisar e demonstrar que as sistemáticas violações de direitos do consumidor no Brasil são reflexos de empresas preocupadas exclusivamente com o lucro e da ausência de justa e proporcional correição por parte do Poder Judiciário de forma didática e crítica.

Trata-se de um tema pouco debatido na magistratura e no Direito, com grandes reflexos na sociedade e na economia. O aumento das condenações e sanções punitivo-pedagógicas, de fato, e não somente teórica, para infratores contumazes apresenta-se como solução a médio e longo prazo de diversos problemas, como a grande quantidade de ações ajuizadas e má aplicação da lei, isto é, do Código de Defesa do Consumidor, impactando positivamente na economia, bem como aumentar o grau de confiabilidade do Judiciário perante a sociedade.

Com o advento e a evolução da tecnologia, o fácil acesso à internet, bem como a ampliação do ramo publicitário e o crescimento populacional, houve significativo aumento no



No primeiro capítulo, o trabalho procura fazer uma análise quanto à vinculação entre povo, Estado e democracia para a formação, manutenção e legitimação do Estado Democrático de Direito.

Após, no segundo capítulo, trata da divisão das funções do Estado e do sustentáculo democrático dos Poderes constituídos, de forma que os Poderes Executivo e Legislativo são legitimados democraticamente pelo voto ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo na fundamentação das decisões.

Por fim, no terceiro capítulo, o artigo discorre sobre quem exerce o poder político em nome do Estado para que se busque as finalidades almejadas pelo povo que instituiu o atual Estado Democrático de Direito.

O Judiciário, pela própria formação estrutural, comporta-se de maneira passiva, ou seja, somente age quando acionado. Destarte, o judiciário volta-se mais para o jurisdicionado do que para o povo como um todo.

Em verdade, há um distanciamento social estruturado no Poder Judiciário. Essa realidade aliada ao fato de que o Poder Judiciário não é legitimado democraticamente pelo voto leva a conclusão de que ele sofre um déficit democrático.

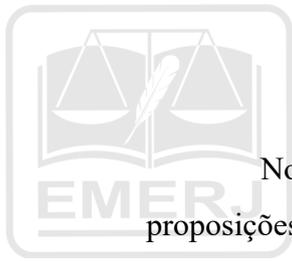
Por outro turno, se o Poder Judiciário é o “funil” em que passam todas as demandas sociais e possui como função precípua solucioná-los, torna-se nítido que tem plena capacidade de agir preventivamente.

É notório que a credibilidade do Poder judiciário está fragilizada por diversos motivos. Da mesma forma, é inegável que o distanciamento social nele estruturado só agrava a situação.

Logo, há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu. Entenda-se postura política como comportamento de um Poder Político Democrático constituído.

Saliente-se que ter uma postura ativa não infringe as funções do Judiciário nem invade as funções típicas dos demais Poderes. Em verdade, nada mais se trata do que agir de forma a alcançar e dar concretude aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil enumerados no art. 3º da CRFB.

Cumprido alertar que o presente artigo é escrito sob a perspectiva do atual Estado Brasileiro. Uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos entes federados, constituindo-se um Estado Democrático de Direito composto por três poderes harmônicos e independentes entre si, conforme preconiza o artigo 1º e 2º da CRFB de 1988.



No decorrer da pesquisa é empregado o método hipotético-dedutivo, em que se elege proposições hipotéticas, cujo fim é confirmá-las ou enfrentá-las por meio da argumentação. Tudo isso, com um enfoque qualitativo, ou seja, com análise de livros, artigos, teses e jurisprudência, visando dar base teórica ao estudo.

Pelo exposto, o trabalho apresentado objetiva buscar soluções para diminuir o mencionado *déficit* democrático, fortalecendo o Judiciário como Poder Democrático e restabelecendo a sua credibilidade social.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado pode ser conceituado sob diferentes óticas, como a filosófica, a política e a jurídica. Sob o ângulo do conceito estritamente jurídico desenvolvido por George Jellinek, Guilherme Peña de Moraes¹, aponta que “o Estado deteria o poder político, constituído sobre determinado território e dirigido a certa população”. Inegável é que sem poder político o Estado não se constitui ou não se mantém, pois lhe faltaria autoridade. Sobre o poder político, o mencionado constitucionalista acrescenta²:

O poder político, na feliz síntese de Celso Ribeiro Bastos, “não é outro senão aquele exercido no Estado e pelo Estado”, singularizando-se por sua *amplitude*, eis que incide sobre todas as pessoas e bens em determinado território, por sua *função*, dado que subordina os interesses dos indivíduos ao interesse da sociedade³, e pelos *meios* de que se pode valer, tal como a coação.

O povo, referência humano-política, é o ponto central da constituição e manutenção de um Estado, pois é dele que se extrai todo o poder soberano que confere legitimidade ao Estado. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁴ afirmam que “a soberania popular, que é, na essência, o poder constituinte do povo, é a fonte única de que procedem todos os poderes públicos do Estado”.

Nesse cenário, Thomaz H. Junqueira de A. Pereira⁵, faz um interessante questionamento: “qual a relação entre o povo-pretérito, que concretamente legitimou a

¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 411.

² *Ibid.*, p. 420.

³ FERREIRA FILHO apud *Ibid.*

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2015, p. 80.

⁵ PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. Soberania Popular, Representação e Jurisdição Constitucional. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Estudos sobre a Jurisdição Constitucional*. V. II. São Paulo: Almedina, 2018, p. 13.

promulgação da Constituição, e o povo-presente, simultaneamente limitado por ela e fonte de “todo o poder”?”. Parece que a resposta está em uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação do poder político ao Estado para que esse alcance as finalidades prospectadas por aquele povo. Luiz Roberto Barroso⁶ destaca:

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos. Nas situações-limite, porém, o poder constituinte originário sairá do seu estado de latência e voltará à cena, rompendo com a ordem anterior que se tenha tornado indesejada e inaugurando uma nova.

Essa é a tônica exalada na primeira parte do parágrafo único do artigo 1º da CRFB⁷, ao dispor que “todo poder emana do povo”. É nítida a vinculação da soberania do povo com a atribuição de poder político ao Estado constituído, para que esse busque e conquiste finalidades. Não por acaso, o preâmbulo da CRFB de 1988⁸, informa que a Assembléia Nacional Constituinte, formada por representantes do povo brasileiro, se reuniu para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar os interesses do povo.

Notória também é a vinculação entre povo, democracia e Estado. Frise-se que o termo democracia, de origem grega, é a junção das palavras *demos* (povo) e *kratos* (poder), podendo ser traduzido como o poder do povo⁹. A CRFB/1988¹⁰, faz essa vinculação no seu preâmbulo, o que é fortalecido no *caput* do artigo 1º, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito¹¹. Renato Stanzola Vieira¹² assevera:

O estado de direito democrático é uma “ordem de domínio legitimada pelo povo”. Ou ainda, “O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da

⁶ BARROSO, op. cit., nota 23, p. 137.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁸ Ibid.

⁹ PORFÍRIO, Francisco. *Democracia*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm> 4/10>. Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹¹ Ibid.

¹² VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 8 e 9.



legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder”. Daí que: “o princípio da soberania popular concretizado seguindo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘estado de direito’ e o ‘estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna formula estado de direito democrático¹³.

Historicamente o termo “Estado de Direito” atrelava-se unicamente ao escopo de que todos, incluindo o Estado, estão sujeitos e devem obediência às Leis. Hodiernamente, o “direito” inserido nesse conceito tem forte ligação com a ideia de legitimação do poder, limitação do poder e garantia de direitos pelo poder, logo, não se fala apenas em sujeição e obediência às Leis. Paulo e Alexandrino¹⁴ acrescentam:

Atualmente, a concepção de “Estado de Direito” é indissociável do conceito de “Estado Democrático”, o que faz com que a expressão “Estado Democrático de Direito” traduza a ideia de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo visando a assegurar a todos uma igualdade material (condições materiais mínimas necessárias a uma existência digna).

Merece nota que a concepção de democracia, única e simplesmente, como vontade da maioria já foi há muito superada. Abraão Luiz Filgueira Lopes¹⁵ aponta que a concepção de democracia está ligada a ideia de coexistência. Coexistência de forças de ação ao autorizar a participação do povo no governo e reação na medida em que há limitação do exercício do poder. O autor explica:

Sim, por intermédio da democracia, as pessoas do povo ou exercerão pessoalmente as faculdades do governo, definindo as políticas públicas, criando as leis e gerindo o Estado, ou autorizarão a terceiros – a quem outorgarão, pelo voto, um mandato - o exercício dessas competências governamentais. Trata-se enfim, de propiciar ao povo a condição de fazer o governo, agindo positivamente, daí a ideia de ação. Como reação, outrossim, a democracia exsurge como limitação do exercício do poder, na medida em que, num ambiente democrático, não há poder absoluto, ilimitado ou inesgotável. E avulta aqui, nesse processo de limitação do poder, o papel do Estado de Direito e da Constituição, que, mais do que promover o controle e instrumentalização do exercício de Governo, implementa direitos mínimos a serem garantidos por parte dos Estados direitos esses que serão um obstáculo ao voluntarismo dos governantes, funcionando como limites e proteção contra arbitrariedade do governo¹⁶.

¹³ CANOTILHO apud ibid.

¹⁴ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p. 93.

¹⁵ LOPES, Abraão Luiz Filgueira. *Democracia, Cidadania e Inelegibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 8 e 9.

¹⁶ SERGOVIA apud ibid.



Lopes¹⁷ segue discorrendo que a democracia é também a coexistência de ideias, ou seja, reconhecer como legítimos os diversos modos de compreensão da realidade, inclusive com potencial de assumirem a direção política do Estado. Nesse diapasão, em uma democracia deve-se assegurar não só o direito de divergir, como também o de oportunizar que as diferentes perspectivas possam se fazer majoritárias, sem prévias exclusões.

Por derradeiro, o autor¹⁸ acrescenta como concepção de democracia a coexistência de maioria e minorias. Nesse ponto, faz um adendo de que o termo minoria não tem cunho quantitativo e sim qualitativo, o quais, apesar de poderem ser maioria em número, são historicamente excluídos das esferas de decisão ou têm dificuldades para acessar direito fundamentais.

Para que se tenha um Estado verdadeiramente democrático a vontade da maioria deve ser observada em concomitância com a garantia dos direitos da minoria. Em que pese a maioria eleja representantes, esses não podem voltar os olhares unicamente para os que os elegeram. Em verdade o foco deve ser o interesse público, a tutela de todos, independentemente de lado político ou quaisquer outras variáveis e estigmas.

Conclui-se, portanto, que sem limitação do poder do Estado, garantias de direitos, ações políticas voltadas para o interesse público, não há Estado de Direito e que se não há proteção das minorias, não há Estado Democrático. Logo, o Estado Democrático de Direito é constituído pelo poder que emana do povo para que regule, organize e proteja o povo que o constituiu, independentemente se integrante da maioria ou minoria.

2. O SUSTENTÁCULO DEMOCRÁTICO DOS PODERES

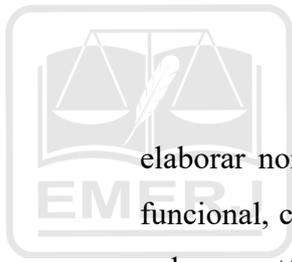
Do Povo emana o poder para instituir o Estado, o poder constituinte originário, assim como do povo constantemente é emanado o poder que mantém a ordem política estabelecida pelo constituinte. O artigo 2º, *caput* da CRFB¹⁹ constitui como poderes harmônicos e independentes entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Divisão que retoma ensinamentos de grandes pensadores juspolítico-filosóficos como Aristóteles, Locke e Montesquieu que desenvolveram, cada um ao seu modo de pensar, a tripartição dos poderes.

Em verdade, não se divide o poder propriamente dito, pois o poder político é uno, indivisível, inalienável e imprescritível. O que se divide é o exercício das funções estatais de

¹⁷ Ibid., p 9.

¹⁸ Ibid., p 10.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.



elaborar normas, aplicá-las e solucionar os conflitos instalados. Por um critério de divisão funcional, compete precipuamente ao Legislativo a função de positivizar normas; ao Executivo a de executá-las e ao Judiciário a de solucionar lides com apoio nas normas. Tal divisão não é absoluta, pois são atribuídas a cada um dos poderes funções típicas e atípicas que, em última análise, proporcionam o equilíbrio e o controle recíproco entre os poderes.

Barroso²⁰ afirma que a democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões. Nesse cenário, configuram-se três dimensões: a dimensão representativa vinculada ao voto popular; a dimensão constitucional relacionada aos direitos fundamentais que devem ser garantidos inclusive contra a vontade da maioria e dimensão deliberativa vivilizada por debates públicos livres, amplos e abertos, que forneçam, ao final, as razões das opções deliberadas.

É cediço que apenas os poderes Legislativo e Executivo são legitimados democraticamente pelo voto. É o que se extrai dos artigos 14, 27, 28, 29, 45, 46 e 77 da CRFB de 1988²¹, bem como do artigo 1º da Lei nº 9.504/1997²². O voto é um instrumento essencial para um Estado Democrático, caracterizando-se como meio pelo qual o cidadão concretiza o sufrágio, ou seja, o direito de votar. Clarissa Fonseca Maia²³ faz uma interessante conexão entre o voto e a legitimidade do Poder:

Para que haja consenso social, acredita-se, é necessário, primeiro, que o poder que impõe a legalidade seja legítimo; segundo, que a lei observe um processo legislativo racional, capaz de obedecer ao princípio democrático. O poder será legítimo ao passo que ele não se imponha em virtude de uma compulsão pela força, mas sim por intermédio de uma obediência consentida e espontânea. Numa visão democrática, esse consentimento é fruto dos mecanismos por que o agente político alcança o poder, vale dizer, por eleições para as quais possam concorrer, votando e sendo votados, todos do povo quanto aos quais não exista justa razão para o levantamento de restrição à liberdade pública de participar do governo.

Merece nota o fato de que desde a Constituição de 1891 a República é adotada no Brasil como forma de governo. Etimologicamente, o termo República vem do latim *res publica*, que significa “coisa pública” e, na essência, passa a ideia de um governo voltado ao interesse do povo. Paulo e Alexandrino²⁴ ressaltam que “o conceito de República, hoje,

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

²² BRASIL. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

²³ MAIA, op. cit., p. 22.

²⁴ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 92

encontra-se irremediavelmente imbricado com o princípio democrático e com o princípio da igualdade (ausência de privilégios em razão de estirpe)”.

Além da necessidade de alternância do poder e da responsabilidade dos agentes, a eletividade é uma importante característica de uma República. Moraes²⁵ sustenta que a eletividade significa que a legitimação do poder político se dá pelo voto e que a eleição é a via pela qual se legitima o poder político, ou seja, o batismo do povo é o fator de legitimação.

Os integrantes do Poder Judiciário, por outro turno, não se submetem ao sufrágio universal para ingresso na carreira. Tornam-se membros da Magistratura pela aprovação em concurso público, pelo procedimento do quinto constitucional ou por indicação do Presidente da República com aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, por força dos artigos 93, 94 e 100 da CRFB²⁶, respectivamente. Barroso²⁷ acrescenta:

Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora. Já ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao contrário do chefe do Executivo e dos parlamentares, seus membros não são eleitos. Como regra geral, juízes ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público. O acesso aos tribunais de segundo grau se dá por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio tribunal. No tocante aos tribunais superiores, a investidura de seus membros sofre maior influência política, mas ainda assim, está sujeita a parâmetros constitucionais.

Como forma de atribuir legitimação ao poder Judiciário e amortizar o déficit democrático pela ausência do voto, a CRFB estabelece no artigo 93, IX²⁸ o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Esse princípio ganha força com a exigência de fundamentação expressa no artigo 11 do Código de Processo Civil²⁹ e as hipóteses de decisão não fundamentada exemplificadas no artigo 489, §1º do CPC³⁰.

De certo que a escolha pelo poder constituinte originário da forma pela qual alguém passa a ser representante e de como se atribui legitimação democrática a cada poder tem sua razão de ser e deve ser respeitada, afinal, é quem dá luz à ordem jurídica de um Estado.

²⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Eleitoral*: Aula 1. Disponível em: <<https://www.guilhermepenedemoraes.com.br>> Acesso em: 10 out. 2020.

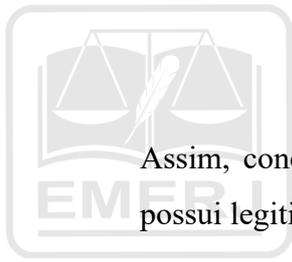
²⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 441

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 7

²⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

³⁰ Ibid.



Assim, conclui-se que, dentre os três poderes constituídos, o Judiciário é o único que não possui legitimação democrática por meio do voto. Nessa ótica, Peña³¹ leciona:

É possível falar em “voto” em relação aos poderes que têm legitimidade pela via eleitoral (Poder Executivo e Legislativo). Enquanto a legitimação do poder que se elege decorre da eleição, em relação ao Poder Judiciário (poder contramajoritário, que não tem legitimidade do voto, não tem o batismo do povo via eleição) o fator que legitima a sua função é a motivação dos seus atos (art. 93, IX, CRFB/88).

Outrossim, o Judiciário exerce sua função sob o viés de um papel contramajoritário, diferentemente dos demais poderes políticos. Esse caráter contramajoritário pode ser observado em especial ao analisar a competência do Supremo Tribunal Federal – Tribunal de superposição na estrutura do Poder Judiciário – que age com o fito de resguardar direitos e interesses fundamentais das minorias em contraposição ao das majorias. Barroso³²:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário.

Barroso³³ destaca ainda que muitas vezes o Judiciário representa mais os anseios da sociedade do que as instâncias políticas tradicionais, configurando um papel representativo. O autor atribui esse fato, em especial, à exigência de decisões judiciais fundamentadas pela qual o magistrado deve transparecer as razões que o levaram a tomar a decisão diante daquela demanda instalada. Como mencionado anteriormente, o conceito de democracia simples e unicamente como governo da maioria há muito tempo foi superado. O poder Judiciário tem papel fundamental nessa concepção moderna de democracia justamente por ser o poder incumbido de assegurar direitos às minorias. Clarissa Fonseca Maia³⁴ tece algumas considerações nesse sentido:

De fato, quando se compreende a democracia como governo da maioria, há uma tendência natural a acreditar que tal sistema político conduziria a uma exclusão das

³¹ MORAES, op. cit., nota 25.

³² BARROSO, op. cit., nota 28, p. 13.

³³ BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

³⁴ MAIA, op. cit., p. 78.

minorias, que então, não seriam adequada e devidamente representadas. Todavia, não é em nome apenas da maioria que a democracia é exercida. A maioria é apenas o instrumento pelo qual alguns do povo são investidos nas funções de deliberação e, mais, pela qual se autorizará a tomada de decisões. As faculdades e os deveres do poder, contudo, são exercidos em nome de todos, integrem a maioria ou as minorias. Inclusive, essa é uma decorrência lógica do princípio da liberdade para exercício dos mandatos, na medida em que os mandatários eleitos representam toda a população, eleitora ou não e independentemente de constituírem ou não a maioria (ou a minoria representativa a depender do sistema eleitoral) que investiram o agente político no mandato. E democracia é também coexistência de ideias, como se viu antes, o que impõe reconhecer como legítimos os diversos modos de compreensão da realidade e, então aceitar as diferentes formas pelas quais os outros podem manifestar a suas compreensões particulares, ou, simplesmente, a forma como os outros se apresentam. Essa coexistência ínsita à democracia e por ela exercida faz com que idealmente as minorias qualitativas encontrem na democracia o seu refúgio. Quer dizer, numa democracia plena, os direitos das minorias seriam observados, porque, do contrário, em democracia não se poderia falar. O desafio, portanto, é assegurar às minorias mecanismos por que possam participar do debate político e das instituições políticas.

Conclui-se, portanto, que não só o Executivo e o Legislativo são poderes legitimamente democráticos, como também o Judiciário o é. O Judiciário exerce papel fundamental no Estado Democrático de Direito brasileiro como poder técnico que possui legitimidade democrática pelo princípio da motivação das decisões, assim como por ser o poder incumbido de garantir a eficácia do princípio da minoria.

3. O EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO E A BUSCA DAS FINALIDADE DO ESTADO

A divisão entre poderes é apenas uma das formas de se dividir o poder político, consubstanciada na distribuição de atividades entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, essa divisão não deve servir como forma de gerar conflitos ou competições entre os três poderes, mas sim como um importante sustentáculo do regime democrático, com uma melhor organização estatal. Os poderes do Estado podem exercer um controle recíproco entre eles de forma que um poder controla o outro, o chamado sistema dos freios e contrapesos.

Paulo e Alexandrino³⁵ apontam que, ao sair de uma separação rígida dos poderes, que se mostrou inviável na prática, para uma divisão flexível das funções estatais em típicas e atípicas, a doutrina americana cunhou o mecanismo de controles recíprocos entre os poderes, denominado “sistema de freios e contrapesos”. Os autores acrescentam:

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de

³⁵ PAULO; ALEXANDRINO, ap. cit., p 446 e 447.



interferências legítimas de um poder sobre o outro, nos limites admitidos na Constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria Constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro. (...) Como se vê, adotado o mecanismo de freios e contrapesos, abandona-se a ideia de uma separação rígida entre os poderes, na qual cada um deles teria funções exclusivas, exercidas sem nenhuma possibilidade de interferência dos demais, e passa-se a adotar uma concepção de atuação harmoniosa e equilibrada entre os poderes, sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função. É importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimento específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

O perigo reside no momento em que ocorre um controle exacerbado de um poder sobre o outro, sob o manto do exercício do mecanismo dos freios e contrapesos, porém de forma equivocada. Ainda, a desarmonia entre os poderes políticos pode advir de uma interpretação constitucional errônea, em desacordo com princípios hermenêuticos, em especial ao princípio da eficácia integradora. Destaca Guilherme Peña de Moraes³⁶: “o princípio da eficácia integradora exterioriza que a Constituição deve ser um instrumento de agregação, e não de desagregação política”³⁷.

A pedra de toque em uma saudável separação dos poderes não é a independência dos poderes, mas sim a harmonia entre eles. Deve-se observar que sendo o poder uno, a exacerbada independência e diminuta harmonia dos poderes instituídos gera uma realidade que se contrapõe ao poder uno. Claro, não é que os poderes não possam divergir um do outro, mas que essa divergência deve ser harmoniosa.

Os poderes constituídos precisam se atentar que separar o poder não é dividir para separar e sim para somar. A separação de poderes, diga-se de passagem, observa critérios de especialidade no que concerne às funções. Nesse toar, diversas teorias são traçadas para abordar a prevalência de um poder sobre o outro e o diálogo institucional. Clarissa Fonseca Maia³⁸ conclui que:

Falar em diálogo institucional é superar o debate adversarial, propondo-se ir além da razão e das justificativas que defendem a prevalência de um poder sobre o outro. É tornar a resposta cíclica ou, caso se opte por uma palavra final, qualifica-la com a argumentação e a troca de opiniões entre os atores envolvidos, e não simplesmente impor uma decisão por suposição de que uma instância *ex ante* é mais preparada ou resguarda valores substanciais de justiça em relação à outra. Por outro lado, fugir do

³⁶ MORAES, op. cit., p. 157.

³⁷ MORA-DONATTO apud Ibid.

³⁸ MAIA, Clarissa Fonseca. *Jurisdição e Soberania Popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Justiça Eleitoral e o Congresso Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 155 e 156



debate adversarial entre instituições não é esperar que as interações sejam sempre amistosas ou complementares. Sem dúvida, a argumentação envolve retórica e defesas extremas. Contudo, pressupõe-se, ao menos *a priori*, a superação de abordagens sobre qualidades de juízes e legisladores, bem como sobre uma concepção rígida da separação dos poderes. Embora se saiba que, quando do enfrentamento da “última palavra”, seja esta definitiva ou provisória, indubitavelmente essas questões serão determinantes, mas, quando então, a decisão já terá mais qualidade e legitimidade pela troca pluralista de opiniões e racionalidades de política e de princípios.

O que não se pode perder de vista é que todo embate e controle de um poder com o outro deve respeitar o equilíbrio atribuído pelo princípio da separação dos poderes e deve visar a um fim único: o amadurecimento e o desenvolvimento daquele Estado. Frise-se que a separação dos poderes não objetiva o isolamento dos poderes constituídos, mas sim um trabalho harmonioso, visando a alcançar os fins do Estado.

Logo, qualquer ação ou medida dos poderes políticos, Executivo, Legislativo e Judiciário, que vá além do limite do controle de um poder perante o outro, legitimado pelo sistema de freios e contrapesos e em desrespeito aos princípios, como o da eficácia integradora, afronta além do princípio da tripartição dos poderes, o próprio Estado Democrático de Direito. Vicente Paulo e Alexandrino³⁹ lecionam:

[...] podemos afirmar que a doutrina da separação dos poderes traduz-se, hodiernamente, em fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmoniosos, tendente à realização da vontade política geral.

A segunda parte do artigo 1º da CRFB, por sua vez, atribui o exercício do poder aos representantes eleitos ou diretamente ao povo, nos casos previstos na CRFB. Compete ousar, no entanto, na ampliação desse rol a todos que, direta ou indiretamente, apresentam o Estado. Isso se deve ao fato de que diversos dispositivos constitucionais conferem o exercício de atribuições típicas do Estado não só ao povo e aos representantes eleitos, como também a diversas outras pessoas, físicas e jurídicas, de direito público ou de direito privado que prestem serviços públicos. Logo, não há razão plausível para interpretar restritivamente a mencionada disposição constitucional.

A título de exemplo, citem-se o artigo 37, I da CRFB⁴⁰, que dispõe sobre a investidura em cargo ou emprego público; o §6º também do artigo 37, I da CRFB⁴¹, que preconiza a responsabilidade civil do Estado; o próprio Título IV (Organização dos Poderes),

³⁹ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 447.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.



Capítulo III, artigos 95 ao 126 da Constituição⁴² que tratam sobre os órgãos do Poder Judiciário.

Ora, um servidor público estatutário ou comissionado do Executivo e do Legislativo apresenta o órgão a que está vinculado e, via de consequência, o próprio Estado. O Estado se responsabiliza civilmente, de forma objetiva, por todos aqueles que prestam serviços públicos em seu nome. Outrossim, os magistrados e demais servidores do Judiciário, ainda que não eleitos pelo povo, fazem com que o Poder Judiciário também presente o Estado.

Clarissa Fonseca Maira⁴³ assevera que, em um Estado Democrático de Direito, o agente público é um mero instrumento de ação para a realização do interesse público, ainda que em detrimento de sua vontade particular. Outrossim, destaca que a existência e a importância da relação entre Estado, Constituição, Democracia e de Direito para a sociedade humana:

De fato, é numa ordem democrática que a ação política se revela apta a realizar o interesse público e não simplesmente a vontade do agente público à frente do Estado. É por essa razão que as relações entre democracia e direito, e entre democracia e Constituição explicam o alcance da ideia de democracia e, mais, a sua importância para as sociedades humanas. Inexiste nesse caminho, como negar o vínculo interno entre Estado de direito e democracia – particularmente a de democracia deliberativa –, que Habermas ensina não ser meramente histórica ou casual, mas resultante do próprio conceito moderno de direito positivo.

O Estado exerce suas vontades por intermédio de órgãos que, por sua vez, exercem as funções de Estado por meio de seus agentes, os quais apresentam o órgão a que pertencem e, em última análise, o próprio Estado. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁴ define “órgão público” como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado. Assim, os agentes dos órgãos manifestam a própria vontade do Estado enquanto apresentam o respectivo órgão.

Vale lembrar que a Constituição deve ser interpretada no seu conjunto em homenagem ao princípio da unidade da Constituição. Vicente Paulo e Alexandrino⁴⁵ afirmam que esse princípio “obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

⁴² Ibid.

⁴³ MAIA, op cit., p. 20.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito Administrativo*. 34. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: GEN, 2020, p. 89.

⁴⁵ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p 73.



Nesse toar, o parágrafo único do artigo 1º da CRFB expõe um rol meramente exemplificativo daqueles que exercem o poder, pois não se pode impor ao texto da CRFB interpretação que a distancie do restante do corpo da Constituição. Aliado a esse argumento, tenha-se presente que, pelo princípio da máxima efetividade, ao texto constitucional não se deve atribuir interpretações capazes de desviá-la do caminho da efetividade. Logo, tendo a CRFB atribuído o exercício de funções não só ao povo e aos representantes eleitos, conclui-se, observando-se os mencionados princípios, que o poder é exercido por todos que apresentam o Estado.

De passagem pelo artigo 3º da CRFB⁴⁶, nota-se a descrição de objetivos da República Federativa do Brasil que se enquadram dentro das finalidades a que esse Estado busca conquistar. Como mencionado anteriormente, forma-se uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação dos poderes para que eles exerçam funções em prol desse. Nesse toar, cumpre destacar a perspectiva do Ministro Marco Aurélio⁴⁷ que assevera a necessidade de atender aos anseios rotineiros da sociedade:

Nos quatros cantos do mundo, a Justiça sempre se vestiu de preto. As longas e vetustas togas que ainda pesam sobre os ombros dos magistrados durante as sessões de julgamento - em alguns países são exigidos, além de perucas, alguns aparatos e ritos medievais - foram eleitas, desde o início, como símbolo da gravidade de que se deve revestir a missão de julgar. Erigida, assim, à condição de entidade divina, hermética e, portanto, inacessível aos comuns mortais, pouco a pouco a Justiça foi se distanciando da comunidade à qual cumpre servir, como se esse isolamento pudesse garantir o máximo de circunspeção e imparcialidade. Felizmente, esse quadro vem se alterando nos últimos tempos. Hoje em dia é quase consensual o entendimento de que o juiz precisa fazer-se atento aos problemas sociais rotineiros, e não alheio, estar de olhos bens abertos ao cotidiano, retirando quaisquer vendas, mormente as ideológicas, para poder sabiamente decidir. Conquanto os paramentos ainda vigorem, finalmente a magistratura parece haver entendido a necessidade de sair das torres de marfim nas quais se procura resguardar, de onde provém a maioria das sentenças inverossímeis, apartadas da realidade e, por isso mesmo, desacreditadas já no nascedouro.

A função norteadora de todo poder é tutelar o próprio povo que o constituiu e, assim, dar sustentáculo recíproco à legitimação exarada pelo povo para constituição do Estado, conseqüentemente, das instituições dele formadas. Assim, compete a todos os poderes, independentemente de funções típicas ou atípicas, tutelar e lutar pelos fins a que visa o Estado como forma de retribuir a legitimidade que lhes foi atribuída.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁷ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *O Judiciário cada vez mais perto*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noticiaArtigoDiscursivo&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 out. 2020.

Existe uma simbiose em que, cíclica e perenemente, o povo mantém a legitimação do poder político ao Estado para que esse alcance as finalidades prospectadas pelo povo. Desse emana o poder para instituir o Estado, o poder constituinte originário, assim como do povo constantemente é emanado o poder que mantém a ordem política estabelecida pelo constituinte.

Não se pode olvidar que a sociedade é volátil e mutável, assim, por meio do poder constituinte derivado reformador, o poder que emana constantemente do povo adequa formalmente a ordem pré-estabelecida ao atual contexto estabelecido. Por óbvio, rupturas naturalmente são passíveis de acontecer quando o povo constata a ausência da sinergia anteriormente estabelecida entre ele e o Estado por ele legitimamente mantido.

O que se percebe da história é que o Estado é constituído pela vontade de um povo e que o povo também tem aptidão para modificá-lo ou desconstituí-lo se não corresponder mais com as finalidades almejadas. Conclui-se, portanto, que do povo emana o poder de constituir, o poder de conservar, o poder de modificar e o poder de romper a ordem política estabelecida para inaugurar uma nova que corresponda à nova realidade.

É cediço que o atualmente no Brasil vigora a tripartição dos poderes em que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem funções típicas e funções atípicas. Em verdade, divide-se as funções do Estado, pois o poder que é uno e indivisível. Ocorre que apenas os Poderes Legislativo e Executivo são legitimados democraticamente pelo voto, ao passo que o Poder Judiciário busca supedâneo democrático na fundamentação das decisões.

Tenha-se presente, ainda, que o Estado exerce suas vontades por intermédio de órgãos que, por sua vez, exercem as funções de Estado por meio de seus agentes, os quais, apresentam o órgão a que pertencem e, em última análise o próprio Estado.

Como conhecedor da ordem jurídica, das mazelas da sociedade e da raiz dos problemas geradores das demandas, o Judiciário tem capacidade e deve tutelar o interesse do povo brasileiro antes que o litígio seja instalado. Ocorre que, o Poder Judiciário possui uma postura passiva, tutelando mais o jurisdicionado que o povo que, em última análise, o constituiu.

Malgrado o Poder Judiciário, via STF e Tribunais Superiores, tenha legitimidade para iniciativa de leis complementares e ordinárias nos termos do art. 61 da CRFB, não há uma efetiva atuação nesse sentido. O judiciário tem em mãos, apesar de pouco utilizar, uma forte ferramenta de qualificação da ordem jurídica e, assim, auxiliar na regulação de

problemas presentes e futuros.

Ademais, o Juiz de direito, como pessoa que tem contato diário com as principais demandas da sociedade e que conhece, fática e estatisticamente, a realidade social daquela comunidade como poucos, pode ter uma maior participação social na comunidade sem ferir o dever de portar-se de forma parcial no processo. Uma participação efetivamente social do juízo na comunidade que atua, partindo-se de estatísticas relacionadas às demandas e concluindo com a propositura de soluções para a instituição que poderá aplicá-las na prática, deveria ser incentivada.

A título de exemplo: a) diversas demandas que envolvem relações de consumo podem ter a mesma origem e o acionamento pelo judiciário de uma atuação da instituição que tutele os interesse do consumidor ou regule o mercado poderá resolver problemas futuros, desafogando o judiciário e, mais importante, dando efetividade social à atuação jurisdicional; b) em uma comunidade em que diversas mulheres sofrem agressões familiares, pode-se realizar projetos educacionais com o objetivo de conscientizar aquele público dos direitos, deveres e consequências correspondentes.

Outrossim, em cooperação com entidades e os demais Poderes, pode realizar projetos educacionais voltados para a população mais atingida pelo problema gerador de demandas. Uma cooperação entre os Poderes, sem interferências indevidas na função típica e precípua do outro, fortalece individual e coletivamente todos os Poderes.

De fato, o ativismo judicial fere a separação dos poderes, mas uma cooperação entre o Poder que recebe o problema e o que pode solucionar no caso concreto apresenta-se como uma um fator de enriquecimento democrático do próprio Estado Democrático de Direito.

A função norteadora dos poderes deve ser tutelar o próprio povo que o constituiu e, assim, dar sustentáculo recíproco à legitimação exarada pelo povo para constituição do Estado. Conclui-se, portanto, que há uma premente necessidade de fortalecer a legitimação democrática do Poder Judiciário via ações positivas que aproximem este poder do povo que o constituiu.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto; OSÓRIO, Aline. *Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte do Brasil*. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/pge/article/view/5>>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.



CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito Administrativo*. 34. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: GEN, 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

MAIA, Clarissa Fonseca. *Jurisdição e Soberania Popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Just. Eleitoral e o Cong. Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *O Judiciário cada vez mais perto*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100052&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 out. 2020.

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

_____. MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Eleitoral: Aula 1*. Disponível em: <<https://www.guilhermepenademoraes.com.br>> Acesso em: 10 de out. 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. *Estudos sobre a Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

PORFÍRIO, Francisco. *Democracia*. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm> 4/10>. Acesso em: 04 out. 2020.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A APLICAÇÃO DA LEI DE FEMINICÍDIO E A IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE *BIS IN IDEM* COM A CUMULAÇÃO DAS QUALIFICADORAS DE MOTIVO TORPE OU FÚTIL

Flávia Leonardo Andrade

Graduada pela UniverCidade – Centro
Universitário da Cidade. Advogada.

Resumo – após a edição da Lei nº 13.104/2015, na qual são incluídos o inciso VI e § 2º- A ao artigo 121 do Código Penal e é alterado, também, o artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos, o feminicídio passou a ser considerado uma circunstância qualificadora do homicídio, assim entendido como o homicídio cometido contra a mulher por motivo relacionado a sua própria condição de mulher. Com a vigência da lei, o Supremo Tribunal Federal está sendo provocado a se pronunciar acerca de alguns aspectos. Um dos questionamentos mais relevantes concerne à possibilidade de um crime de feminicídio ser considerado também um crime de homicídio qualificado por motivo torpe. O trabalho enfoca a temática da eficácia legislativa ao ser editada uma norma prevendo punição mais severa para os casos de homicídios cometidos contra mulheres em razão da própria condição do gênero e a sua aplicabilidade.

Palavras-chave – Direito Penal. Lei do Feminicídio. Não Configuração de *Bis In Idem*.

Sumário – Introdução. 1. A intenção legislativa ao editar norma prevendo uma punição mais severa para os casos de homicídios cometidos contra mulheres em razão do gênero. 2. Como a doutrina e as decisões judiciais entendem a possibilidade ou não do *bis in idem*. 3. A atuação dos Tribunais Superiores na aplicação da qualificadora de feminicídio para pacificar o entendimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No presente artigo científico, discutem-se a eficácia legislativa ao ser editada uma norma prevendo punição mais severa para os casos de homicídios cometidos contra as mulheres em razão da sua própria condição de gênero e a possibilidade de sua aplicação com a cumulação da qualificadora de motivo torpe ou fútil, sem a configuração de *bis in idem*.

Para tanto, são abordados o aspecto legal e a utilização prática da Lei nº 13.104/15, na qual são incluídos o inciso VI e § 2º- A ao artigo 121 do Código Penal e alterado, também, o artigo 1º, da Lei de Crimes Hediondos, tornando o feminicídio uma circunstância qualificadora do crime de homicídio.

O tema é controverso, pois é necessário avaliar se a inclusão da qualificadora de feminicídio poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil. Essa hipótese, conseqüentemente, significa o desprestígio ao esforço legislativo para tornar mais grave a pena do homicídio praticado contra a mulher em razão de sua condição,



tendo em vista que a tese defensiva, sustentada pela Defensoria Pública, é a de que há incompatibilidade entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, razão pela qual a manutenção de ambas as circunstâncias configuraria *bis in idem*. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, portanto, devem ser provocados a se pronunciarem.

Para melhor compreensão do assunto, no presente estudo é apresentada a discrepância entre a doutrina e a jurisprudência pertinentes ao tema. O propósito é esclarecer, ou não, a respeito da possibilidade à coexistência das qualificadoras para o crime de feminicídio, e da hipótese de que tal situação implica ou não dupla punição pela mesma circunstância (*bis in idem*).

O primeiro capítulo é iniciado ponderando acerca da eficácia legislativa ao editar norma prevendo uma punição mais severa para os casos de homicídios cometidos contra mulheres em razão do gênero feminino. A edição dessa norma ocorre com a demonstração de que o Brasil, dentre todos os países, tem um dos maiores índices de violência contra a mulher.

No segundo capítulo será abordada a realidade fática e discrepante entre as teses acusatórias, teses defensivas e decisões judiciais, e as controvérsias acerca da natureza jurídica da qualificadora de feminicídio.

É analisada, no terceiro capítulo, a necessidade de atuação dos Tribunais Superiores para atenuar e pacificar o entendimento em relação à possibilidade de cumulação, ou não, das qualificadoras de feminicídio e motivo torpe sem configuração de *bis in idem*, sendo apresentadas medidas sugestivas capazes de auxiliar na efetividade da Lei de Feminicídio

A pesquisa sobre o tema aqui tratado foi desenvolvida pelo método dialético, de modo que são trabalhadas as principais controvérsias postas pela doutrina e jurisprudência. Ao final, será abordada a melhor solução para a conjectura social atual, acompanhada pelos preceitos do ordenamento pátrio.

O trabalho possui uma abordagem qualitativa e será norteado por referências bibliográficas de obras doutrinárias pertinentes à temática, além de utilizar a legislação pátria como fundamento, porquanto se tenha como pretensão considerar todos os dados referidos acima para sustentar certa defesa.

1. A INTENÇÃO LEGISLATIVA AO EDITAR NORMA PREVENDO UMA PUNIÇÃO MAIS SEVERA PARA OS CASOS DE HOMICÍDIOS COMETIDOS CONTRA MULHERES EM RAZÃO DO GÊNERO

No início da década de 2000, as discussões em torno da igualdade de gênero foram inseridas em fóruns por toda parte do planeta e deixaram evidente o quadro de violências que ainda era experimentado pelas mulheres¹. Um dos argumentos mais importante nesse processo dizia respeito à seguinte observação: a violência de gênero não é um problema localizado em uma determinada região geográfica ou relacionada a determinadas condicionantes econômico-sociais. Ademais, foi compreendido que a inferiorização da mulher, ao longo da história, aliada a sua permanente subordinação à figura masculina, contribuiu para perpetuar demasiadamente uma situação degradante, que poderia levar até o limite da violação, a morte.

Esse cenário é visto em diferentes países, desde os mais ricos até aos mais pobres, nas diversas camadas da população. A linguagem de reafirmação de poderio masculino, baseado na objetificação da mulher e na sua submissão ao controle do parceiro², deu espaço à previsão legislativa do tipo penal de feminicídio, ou seja, uma hipótese de homicídio com uma pena mais severa, em razão da ação de ofensa a um bem jurídico, “a vida da mulher”, sendo o agente exatamente alguém que se aproveita da condição de gênero ou considera a mulher um objeto, sua posse³.

Assim, o feminicídio passou a ser uma circunstância qualificadora do homicídio, após a edição da Lei nº 13.104/15⁴, que alterou a redação do artigo 121, do Código Penal⁵, e, também, a do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90⁶, e incluiu o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Dessa forma, ele é qualificado pelo homicídio cometido contra a mulher por

1TASSE, Adel El. *Feminicídio e as qualificadoras por motivo*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/295355/feminicidio-e-as-qualificadoras-pelo-motivo>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

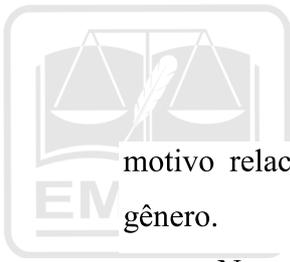
2IPEA. *Média nacional da violência contra a mulher*. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&ordering=3&limit=10&limitstart=1116>. Acesso em: 20 jun. 2020.

3TASSE, op. cit., nota 1.

4BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

5BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

6BRASIL, *Lei nº 8.072/90*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.



motivo relacionado a sua condição de mulher, ou seja, um crime praticado em razão do gênero.

Nesse sentido, é importante caracterizar o feminicídio como uma qualificadora subjetiva do crime de homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, numa relação doméstica e familiar e/ou com menosprezo ou discriminação à condição da mulher. Além disso, defende-se que, em se constatando qualquer ação opressiva direcionada a uma pessoa impossibilitada de defesa, pelo simples fato de a vítima ser uma mulher, haverá a existência de menosprezo à condição da mulher, ainda que tal agressão não seja cometida no âmbito doméstico ou familiar.

Por conta desses motivos, é agravada a resposta penal. O agravamento dessa resposta penal é a intenção, clara e objetiva, do legislador. No entanto, surge uma problemática no entendimento, travada na doutrina e na jurisprudência: a morte produzida pelo agente opressor de maneira dolosa poderia cumular com as qualificadoras de motivo torpe e/ou fútil e, ao mesmo tempo, ser feminicídio, sem a ocorrência do chamado *bis in idem*?⁷. Para compreender e dirimir tal problemática, faz-se necessário observar que, antes da vigência da Lei 13.104/15, por meio da qual foi acrescentado o feminicídio ao Código Penal, o homicídio da mulher em situação de violência doméstica era qualificado pelo motivo torpe.

O que vale para a caracterização da qualificadora, aqui seja ressaltado, é o ponto de vista da motivação do crime, sendo imprescindível a condição de gênero, atuando o agente como ser superior em relação à vítima ou imaginando que ela seja uma posse ou um objeto seu, ostentando a superioridade masculina⁸.

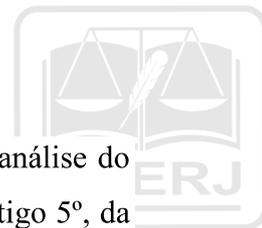
Assim, pode-se entender que a qualificadora do feminicídio tem caráter subjetivo, pois o fato de o homicídio ser cometido contra a mulher por razões da condição de gênero impõe uma motivação especial, não uma circunstância de natureza objetiva, como um meio de execução. O homicídio contra a mulher, portanto, não é o que atrai a qualificadora, mas, sim, o homicídio cometido justamente porque se trata de uma mulher.

Em suma, não foi criado um tipo penal autônomo para o feminicídio, houve, de modo afirmativo, a inserção dele como uma qualificadora subjetiva no caso de crime de homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de gênero no âmbito de violência doméstica e familiar, conforme explicitamente previsto no artigo 121, § 2º-A, inciso I, do Código Penal⁹.

7 DICIONÁRIO JURÍDICO. *Bis in idem*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1217/Bis-in-idem>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

8 TASSE, op. cit., nota 1.

9 BRASIL, op. cit., nota 5.



O motivo do crime ou o *animus* do agente não deve ser questionado, mas, sim, a análise do fato que se enquadra no contexto de violência doméstica, conforme definição do artigo 5º, da Lei nº 11.340/06¹⁰.

A violência doméstica contra a mulher, vale destacar, se constitui de qualquer conduta – ação ou omissão - de discriminação, agressão ou coerção, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político, econômico ou perda patrimonial.

Considerando o exposto logo acima, a discriminação, com a qual se preocupou o legislador, remete ao tratamento desigual dispensado à pessoa, com base no preconceito de gênero. Existe menosprezo quando o agente comete o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela vítima, configurando, desdém, desprezo, desvalorização a sua condição de mulher.

Ocorre feminicídio na hipótese do inciso II, do § 2º-A, do artigo 121 do Código Penal¹¹, quando uma pessoa do sexo feminino é assassinada justamente por sua condição de mulher, como, por exemplo, no momento em que um homem comete homicídio por acreditar que a vítima esteja ocupando um lugar exclusivamente destinado a profissionais do sexo masculino. Em outras palavras, a vítima é morta porque seu agressor não se conforma pelo fato de que ela, sendo mulher, ocupa cargo hierárquico superior ao seu, e ele se sintia inferior por estar submetido às ordens determinadas por ela. Nesse caso, os motivos do crime são a discriminação e o menosprezo, por puro preconceito, nutrido em relação ao gênero da vítima.

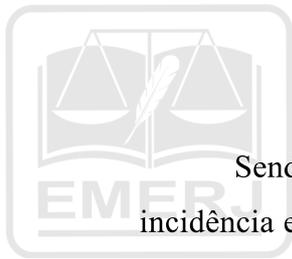
2. COMO A DOCTRINA E AS DECISÕES JUDICIAIS ENTENDEM A POSSIBILIDADE OU NÃO DO *BIS IN IDEM*

A análise gira em torno da natureza jurídica da qualificadora de feminicídio, definida no inciso VI, § 2º do artigo 121, do Código Penal¹², e deve ser interpretada como uma qualificadora objetiva ou uma qualificadora subjetiva, visto que a natureza do instituto está intrinsecamente ligada ao tratamento que será dado, estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

10BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

11BRASIL, op. cit., nota 5.

12Ibidem.



Sendo a qualificadora de feminicídio entendida como circunstância objetiva, ou seja, incidência em crimes praticados contra a mulher pela própria razão do seu gênero feminino, sem a necessidade de analisar o *animus* do agente para sua aplicação, não haverá incompatibilidade de coexistência com as qualificadoras de circunstâncias subjetivas, motivo torpe e/ou fútil, pois não será configurado, nesse cenário, o denominado *bis in idem* ou a dupla condenação do agente pelo mesmo fato criminoso¹³.

Nesse ponto é necessário esclarecer que a natureza jurídica das duas qualificadoras que, em aplicação conjunta com a qualificadora de feminicídio, poderiam causar, ou não, o *bis in idem*, tema do presente trabalho: a primeira é a qualificadora do motivo torpe, prevista no inciso I, do artigo 121, do Código Penal¹⁴, e a segunda, a qualificadora do motivo fútil, prevista no inciso II, do mesmo artigo citado, é de circunstância subjetiva, ou seja, de caráter pessoal. Consequentemente, faz-se necessário analisar a motivação do agente para a prática da conduta delituosa, para, só então, incidir sobre o caso concreto¹⁵.

Ao falar sobre feminicídio, o jurista Guilherme de Souza Nucci¹⁶ entende que se trata de “uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher”. Adverte que:

[...] o agente não mata a mulher somente porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, por motivos variados que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes, como a possibilidade de o homem matar a mulher por questões de misoginia ou violência doméstica; mesmo assim, a violência doméstica e a misoginia proporcionam aos homens o prazer de espancar e matar a mulher, porque esta é fisicamente mais fraca”, identificando-se por “violência de gênero, o que nos parece objetivo, e não subjetivo.

Para Rogério Sanches Cunha¹⁷:

[...] a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, pois pressupõe motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; não é o homicídio contra a mulher que atrai a qualificadora, mas o homicídio cometido *porque* se trata de uma mulher.

13BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: *Qualificadora de Feminicídio tem natureza Objetiva*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/05/stj-qualificadora-feminicidio-tem-natureza-objetiva/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

14BRASIL, op. cit., nota 5.

15BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Feminicídio e motivo torpe: compatibilidade entre as qualificadoras*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/ Crimes-e-procedimentos/compatibilidade-entre-as-qualificadoras-do-feminicidio-e-do-motivo-torpe>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

16NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

17CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

Assim, na interpretação dos dois juristas, se a conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, haverá o feminicídio, cometido por razões relacionadas à condição do sexo feminino.

Já para Paulo César Busato¹⁸, a qualificadora é de natureza objetiva:

[...] trata-se de dado absolutamente objetivo, equivocadamente inserido em disposição que cuida de circunstâncias de natureza subjetiva. A partir dessas premissas, lança-se observação acerca do motivo imediato, que pode qualificar o crime se aderente às hipóteses do art. 121, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal.

As divergências de entendimento não ficam somente na esfera doutrinária ou dentro da mesma classe de juristas, como nas citações apresentadas acima. Os Tribunais estão dividindo opiniões também: o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por exemplo, logo após a inserção da qualificadora de feminicídio no Código Penal¹⁹, decidiu que se trata de qualificadora de natureza objetiva, pois, se interpretação diversa for dada, seriam afastadas as outras qualificadoras do homicídio, o que por si só, desprezaria a intenção legislativa de tornar mais grave o crime de homicídio praticado contra a mulher em razão do gênero²⁰.

Há, também, interpretação completamente oposta, do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entendendo que a qualificadora na verdade tem natureza subjetiva e que, portanto, pode perfeitamente coexistir com as qualificadoras objetivas, justamente porque diversas são suas naturezas: “[...] a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar”²¹.

Neste contexto, é importante mencionar a relativização das teses defensivas desenvolvidas sob a cultura machista, que incluem a culpabilização da vítima pela violência sofrida, transferindo, em ato contínuo, a responsabilidade do agressor à própria vítima.

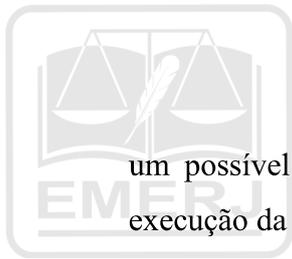
Dentre as teses mais empregadas pela defesa patriarcal, há o famigerado argumento de legítima defesa da honra, utilizado para justificar a violência cometida pelo agente diante de

18BIANCHINI, Alice. A Qualificadora do Feminicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva? Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100621/qualificadora_femicidio_natureza_bianchini.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021

19BRASIL, op. cit., nota 5.

20BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *RSE n.º 20150310069727/DF*. Relator: George Lopes Leite. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254720142/recurso-em-sentido-estrito-rse-20150310069727>>. Acesso em: 10 mar. 2021

21BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *RSE n.º 20160710073075/DF*. Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431825747/20160710073075-0007041-6920168070007>>. Acesso em: 10 mar. 2021



um possível relacionamento extraconjugal da vítima, o que, segundo a tese, justificaria a execução da vítima, ou seja, o feminicídio.

Assim, embora o princípio constitucional da ampla defesa permita a atuação da defesa nesse sentido, não é plausível, muito menos proporcional, violar os direitos humanos das mulheres na tentativa de harmonizar a atitude criminoso e sexista praticada pelo agressor com as leis que protegem as mulheres prevendo punição mais severa para os casos de crimes cometidos em razão do gênero.

Sendo amplamente contraditória a realidade atual em relação ao tema, tanto a interpretação doutrinária quanto a jurisprudencial, faz-se necessário que os Tribunais Superiores se manifestem acerca da natureza jurídica da qualificadora para homogeneizar entendimentos e garantir a segurança jurídica, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal²².

3. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO PARA PACIFICAR O ENTENDIMENTO

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado acerca da Constitucionalidade dos artigos 1º, 33, e 41, da Lei nº 11.340/06²³ (Lei Maria da Penha), na qual foram criados mecanismos visando a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 19²⁴, é notada, na prática das decisões judiciais e nas esferas policiais e administrativas do Poder Público, uma resistência que parece estar relacionada à mentalidade do poderio patriarcal, cultivada por décadas na população brasileira, de submissão e subordinação da mulher no âmbito doméstico e familiar.

É importante ressaltar a observação da Ministra do STF, Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁵, que entende que a declaração de constitucionalidade da Lei Maria da Penha coloca a sociedade brasileira como vitoriosa, embora a luta pela igualação e dignificação da mulher esteja longe de acabar. Em seu voto, a ministra menciona que a discriminação ainda existe,

22BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 mar. 2021.

23BRASIL, op. cit., nota 10.

24BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19*: dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

25BRASIL, op. cit., nota 5.

porém é mais disfarçada: “não é que não discriminem, não manifestam essa discriminação, por isso, enquanto houver uma mulher sofrendo violência neste planeta, eu me sentirei violentada”.

Ademais, é importante ressaltar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁶ teve uma importante participação no surgimento da Lei Maria da Penha. À época da promulgação da lei, entendeu que o ocorrido com a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que deu nome à lei, por ter sido vítima de violência doméstica do até então companheiro, “era reflexo da ineficácia do Judiciário Brasileiro”. A mesma comissão recomendou que houvesse a adoção de medidas de caráter nacional para coibir a violência contra a mulher.

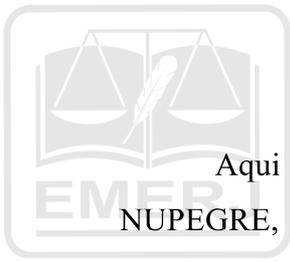
Assim, nota-se que, mesmo a sociedade ansiando por mudanças legislativas e judiciais, com o intuito de diminuir a mortandade histórica das mulheres ocasionada pelos crimes de feminicídio, ocorridos em seu próprio ambiente doméstico e familiar, é necessário que se faça um trabalho de conscientização, não só da população em si, mas, principalmente, dos agentes públicos das áreas policial, administrativa e judiciária, aqueles que, em tese, recebem o primeiro pedido de socorro da vítima, quando o crime não se consuma, ou a informação do delito já cometido, quando o agente delinquente é eficaz na prática do ato criminoso e o feminicídio se consuma com a morte da vítima.

Insta salientar, por outro lado, que também houve o julgamento do Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.424²⁷, no qual foi declarada e reconhecida a possibilidade de o Ministério Público dar início a ação penal contra o agente sem necessidade de representação da vítima mulher, o que de fato se tornou um grande avanço no combate e efetiva punição do crime de violência contra a mulher, motivada pelo gênero.

Embora as normas sejam consideradas constitucionais, ainda há a dificuldade para a aplicação delas, no momento de prestar queixa perante a autoridade policial ou perante o próprio judiciário. Por isso, constitui-se como dada necessidade à implementação de medidas de formação e instrução permanentes dos policiais e dos operadores do Poder Judiciário.

26BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Como surgiu a Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/Lei_Maria_da_Penha/vd-imp-mais/Historia_da_lei>. Acesso em: 10 mar. 2021.

27BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 10 mar. 2021.



Aqui vale citar a pesquisa do Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia – NUPEGRE, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro²⁸: Femicídio - Um Estudo sobre os Processos Julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nessa pesquisa, é feita referência expressa às desclassificações que ocorrem no Tribunal do Júri justamente pelo desconhecimento da qualificadora de femicídio:

[..]A pesquisa observou, ainda, que 87% das denúncias analisadas faziam referência expressa à qualificadora, enquanto, nos demais casos, o autor foi denunciado por homicídio. No entanto, com relação aos casos de femicídio contra outros familiares ou vítimas, a inclusão da qualificadora de femicídio ocorreu apenas em 27% dos casos, ao passo que 73% das denúncias foram por homicídio.
(...)

Para nós, é negativamente surpreendente pensar que 35,5% dos casos de femicídio observados não foram considerados como tal pelas autoridades policiais, sobretudo levando em conta a objetividade da qualificadora do femicídio, que deveria ter sido ponderada no ato do indiciamento. A se pensar medidas de compreensão dessa realidade, a fim de corrigi-la, recomenda-se, além da formação permanente da polícia civil, o monitoramento dos eventos destacados e correlatos sob uma perspectiva de gênero na execução dos procedimentos. [...]

Nesses dados, está refletida a resistência tanto da autoridade policial quanto da autoridade judiciária no concernente a reconhecer a qualificadora de femicídio pela simples falta de análise de perspectiva de gênero, o que dificulta a aplicação de penalidade mais severa ao agente que comete o crime de femicídio.

Para a maior parte da doutrina a condição do sexo feminino está inter-relacionada à discriminação do gênero feminino, ao menosprezo à condição de mulher e ao sentimento de posse. A violência de gênero, portanto, seria a razão da execução do crime, tendo tomado a sua atitude o agente homicida justamente porque a vítima é mulher^{29,30,31} Na prática, no entanto, o que se observa é a existência de alguma resistência em expressar a termo o femicídio por parte dos operadores do sistema de justiça.

28EMERJ. *Femicídio*: um estudo sobre os processos julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

29BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Femicídio*: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-dalei-13104-2015>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

30SANCHES, Rogério. *Lei do Femicídio*: breves comentários. Disponível em:<

31BARROS, Francisco Dirceu. *Tratado de direito penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2018.



Para a juíza do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Adriana Ramos de Mello³², a implementação e o fortalecimento dos direitos humanos das mulheres por meio de tratamento diferenciado e a necessidade de estruturação de políticas públicas de prevenção à violência doméstica familiar da mulher se justificam pelo aumento dos casos de crimes cometidos contra as mulheres em razão do gênero. Ademais, a falta de reconhecimento social do direito da mulher de acesso à justiça interfere nas práticas discriminatórias que prevalecem nas instituições policiais e judiciais.

Assim, a violência doméstica contra as mulheres tem se revelado não só por meio da tolerância social, como também pela falta de perspectiva de gênero nas instituições públicas, revelando o caráter estrutural desta violência.

Desta forma, conclui-se que a falta de uniformização de entendimento, que afeta a esfera judiciária e policial, em regra, a primeira a ter conhecimento acerca do crime de feminicídio, impossibilita uma aplicação eficaz da Lei nº 13.104/15³³, que visa a coibir a violência doméstica e familiar e o menosprezo à condição de mulher, pertinente à vítima.

Embora o Superior Tribunal de Justiça³⁴ já tenha revertido alguns casos de desclassificação de feminicídio, é imprescindível a criação de um verbete de súmula, a fim de o crime de feminicídio receber o mesmo tratamento em todos os Tribunais de Justiça do país, pois a falta de perspectiva de gênero nas decisões judiciais pode ser um sinal de discriminação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou discutir a eficácia legislativa ao ser editada uma norma prevendo punição mais severa para os casos de homicídios cometidos contra mulheres, em razão da própria condição do gênero feminino, e sua aplicabilidade.

Diante do demonstrado, foi observado que houve relevante evolução acerca da proteção aos direitos das mulheres, destacando-se que a qualificadora de feminicídio representa um importante avanço decorrente do repúdio da atual sociedade ao homicídio cometido contra a mulher, promovendo o alcance da justiça social.

32 MELLO, Adriana Ramos de. *Lei Maria da Penha na Prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thomson Reuters; Revista do Tribunais, 2020.

33 BRASIL, op. cit., nota 4.

34 BIANCHINI, op. cit., nota 29.



Buscou-se no presente trabalho, demonstrar a absoluta necessidade de esclarecimento sobre a possibilidade da coexistência das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, não implicando em dupla punição pela mesma circunstância (*bis in idem*) ao agente criminoso, conforme entendimento que começa a ser aplicado pelos Tribunais Superiores.

A situação de vulnerabilidade na qual a mulher se encontra é o fator que a coloca em situação de risco. Sendo assim, resta, de modo evidente, a necessidade de eficácia do sistema penal brasileiro, mostrando-se imprescindível a manutenção da inovação jurídica que tutela os direitos das mulheres, pois trata-se de resposta punitiva. Isso acompanha as demandas derivadas da evolução da sociedade e contribui para o desencorajamento de atos criminosos contra as mulheres.

A intenção legislativa, ao criar uma qualificadora de feminicídio, é a de tornar mais severa e eficaz a punição aos autores de homicídios contra mulheres, buscando diminuir uma desigualdade histórica e jurídica no Brasil por constante relativização dos direitos das mulheres. Além disso, essa inovação legislativa pode, comprovadamente, à experiência de ações semelhantes implantadas em outros países, conferir mais proteção à mulher, normalmente, em situação de vulnerabilidade. Ela requer a atuação estatal para garantir sua proteção social e jurídica, haja vista a necessidade de construção de uma sociedade com real igualdade entre os gêneros.

Assim, como amplamente demonstrado, o esforço legislativo para tornar mais grave o crime de gênero e, conseqüentemente, a pena do homicídio praticado contra a mulher, em razão de sua condição feminina, não pode ser desprestigiado, sendo impreterível que a inclusão da qualificadora de feminicídio não seja apenas um substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil.

A constatação de implementação de avanços normativos nacionais não será suficiente se o esforço legislativo não for compreendido, respeitado e seguido pelo judiciário, inclusive servindo de incentivo à formulação de políticas públicas adequadas para o controle da criminalidade direcionada às mulheres.

O sistema brasileiro judicial deve ser acessível, seguro, eficiente e confiável, sendo dever estatal repelir a persistência social da manifestação da impunidade. Esse dever do Estado não pode ser ignorado, sob pena de responsabilização por descumprimento de compromissos assumidos internacionalmente.

É certo que ainda há um longo caminho a ser percorrido, no entanto, caso as normas existentes sejam validadas e aplicadas pelo Poder Judiciário, visando a coibir a mortandade indiscriminada de mulheres, com a garantia ao devido acesso à justiça e mudança na cultura

patriarcal, existe a verdadeira possibilidade de que a situação atual seja modificada, e os dados de feminicídio no Brasil, reduzidos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2018.

BIANCHINI, Alice. *A Qualificadora do Feminicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva?*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100621/qualificadora_femicidio_natureza_bianchini.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021

_____.; GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-dalei-13104-2015>>. Acesso em: 15 jun. 2020

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. *Decreto Lei ° 2.848, 07 de dezembro de 1940*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 jun. 2020.

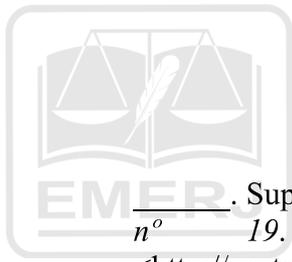
_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Como surgiu a Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/Lei_Maria_da_Penha/vd-imp-mais/Historia_da_lei>. Acesso em 10 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Qualificadora de Feminicídio tem Natureza Objetiva*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/05/stj-qualificadora-feminicidio-tem-natureza-objetiva/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=245474001&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19: dispositivos da Lei Maria da Penha são constitucionais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 10 mar. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Feminicídio e motivo torpe: compatibilidade entre as qualificadoras*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/compatibilidade-entre-as-qualificadoras-do-feminicidio-e-do-motivo-torpe>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Tribunal De Justiça do Distrito Federal. *RSE n.º 20160710073075/DF*. Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431825747/20160710073075-0007041-6920168070007>>. Acesso em: 10 Mar 2021

_____. Tribunal De Justiça do Distrito Federal. *RSE n.º 20150310069727/DF*. Relator: George Lopes Leite. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254720142/recurso-em-sentido-estrito-rse-20150310069727>>. Acesso em: 10 mar. 2021

_____. *Lei n.º 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 8 mar. 2021.

_____. *Lei n.º 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Lei n.º 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 10 ed.. São Paulo: Juspodivm, 2019.

DICIONÁRIO JURÍDICO. *Bis in idem*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1217/Bis-in-idem>>. Acesso em 15 jun. 2020.

EMERJ. *Feminicídio*: Um Estudo sobre os Processos Julgados pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/numero5/relatorios-de-pesquisa-nupegre_numero5.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

IPEA. *Média nacional da violência contra a mulher*. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&ordering=3&limit=10&limitstart=11160> Acesso em: 20 jun. 2020.

MELLO, Adriana Ramos de. *Lei Maria da Penha na Prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista do Tribunais, 2020.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ONU. *CEPAL: 2,7 mil mulheres foram vítimas de feminicídio na América Latina e Caribe em 2017*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cepal-27-mil-mulheres-foram-vitimas-de-feminicidio-na-america-latina-e-caribe-em-2017/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ONU. *Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

SANCHES, Rogério. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Disponível em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios#:~:text=Explico.,condi%C3%A7%C3%A3o%20de%20mulher%20da%20v%C3%ADtima>>. Acesso em: 29 mar. 2021

TASSE, Adel El. *Feminicídio e as qualificadoras por motivo*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/295355/feminicidio-e-as-qualificadoras-pelo-motivo>>. Acesso em: 20 jun. 2020.



A PROIBIÇÃO DA INSTITUIÇÃO DE REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA: PERSPECTIVAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/19

Gabriel de Castro Aleixo

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo – a Previdência dos servidores públicos foi impactada pelas alterações da Emenda Constitucional nº 103/19, especialmente com as inovações trazidas nos parágrafos do artigo 40 da CRFB/88. O presente estudo pretende analisar, assim, detidamente os fundamentos que pautaram o §22 do artigo 40 da CRFB/88, o qual estabeleceu a proibição da instituição de novos Regimes Próprios de previdência social, bem como determinou normas gerais, para os já existentes. Dessa forma, a análise foi feita levando-se em consideração a evolução legislativa da previdência dos servidores públicos, de modo a traçar um paralelo com o Regime Geral de Previdência, a fim de se constatar um movimento de convergência entre os princípios regentes de cada um, somado a proibição da criação de Regimes potencialmente insustentáveis financeiramente, tendo em vista que legislador busca controlar e fiscalizar, também, os regimes já instituídos. Por tudo isso, esse estudo posiciona-se pelo acerto das transformações impostas pela nova legislação, uma vez que entende, que de forma adequada, seus mecanismos foram implementados para o sucesso do controle financeiro dos regimes vigentes e a prevenção da instituição de novos regimes passíveis de tornarem-se insustentáveis.

Palavras-chave – Direito Previdenciário. Reforma da Previdência. Proibição da instituição de novos Regimes Próprios.

Sumário – Introdução. 1. Regimes próprios de previdência na legislação. 2. Motivos para a proibição instituição de novos Regimes próprios. 3. Tendência de convergência entre os Regimes Previdenciários. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Durante algumas décadas vários estudiosos e especialistas vinham alertando os governos a respeito da possibilidade de o sistema previdenciário brasileiro entrar em colapso, e por isso havia uma necessidade de uma reforma constitucional e legal na matéria previdenciária. Onde seria necessário a implementação de um sistema que fosse, ao mesmo tempo, sustentável e justo para os filiados e dependentes dele. Tendo em vista que os modelos adotados no passado comprometiam de forma exagerada a capacidade financeira de prover a seguridade social às gerações futuras. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 103/19 foi promulgada a fim de alterar o sistema de previdência social e estabelecer regras de transição e disposições transitórias.



Por essa razão, o presente trabalho destaca, principalmente, o novo Parágrafo 22 do artigo 40 da CRFB/88, esse que dispõe acerca da proibição da instituição de novos Regimes Próprios de Previdência, considerando que as modificações em comento demonstram uma representação na mudança da formatação da Previdência dos servidores públicos, quando analisadas ao longo do tempo, já que a princípio tratava-se de um sistema não interessado na sustentabilidade financeira para transformar-se em um sistema financeiramente equilibrado em que o valor dos benefícios auferidos e potenciais encontrarão proporcionalidade com a vida contributiva do beneficiário, tornando-se então um sistema contributivo.

Além disso, será destacada, também, a problemática acerca dos entes que já possuem o Regime Próprio de Previdência, uma vez que em decorrência do diminuto quantitativo de servidores públicos, poderá ocasionar, em boa parte das vezes, a inviabilização do financiamento do sistema previdenciário. Portanto, em desconformidade ao princípio da reserva do possível atuarial, previsto no artigo 201, *caput* da CRFB/88, assim como nos casos daqueles que foram proibidos de se instituir. Tendo em vista que sobre estes entes, que já instituíram o RPPS, o legislador estipulou tanto normas gerais que deverão ser seguidas por todos, quanto permitiu a discricionariedade em relação a elaboração de normas específicas.

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 de pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem 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 sua tese.

1. OS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO AO LONGO TEMPO

Em primeiro lugar, deve-se observar a previdência social como um direito fundamental social, que juntamente com a saúde e a assistência social formam os direitos alicerces da seguridade social, prevista constitucionalmente no art. 194 da Lei Maior¹. De forma que pode

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021: Art. 194- A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.



ser definida como uma política pública de caráter contributivo e filiação obrigatória² pautada na solidariedade, a fim de proteger os seus filiados e dependentes dos riscos e vulnerabilidades sociais, em busca de se garantir e propiciar, assim, o mínimo existencial para esses.

Ao que concerne, especificamente, a previdência social na Constituição, tem-se que essa é organizada, a partir da subdivisão em: Previdência dos Servidores Públicos Efetivos — RPPS — Previdência dos Trabalhadores em Geral — RGPS — e Previdência Privada. Todavia, para efeito do presente trabalho, somente serão analisadas a Previdência Pública dos Servidores Públicos.

Desse modo, é importante ressaltar que os servidores públicos foram a primeira classe de trabalhadores a serem regidos por regras previdenciárias dispostas na Constituição. Inicialmente com a finalidade honorífica, como se extrai da leitura da Constituição de 1891, tendo em vista que ela foi a primeira a dispor sobre a aposentadoria dos servidores, à qual previu que o servidor que adquiriu invalidez a serviço da nação teria direito a aposentadoria³.

Já o primeiro estatuto dos servidores públicos foi promulgado em 1939, na vigência da Constituição de 1937, o qual estabeleceu a aposentadoria por tempo de serviço. No entanto, sujeita a discricionariedade, de acordo com a oportunidade e conveniência da Administração Pública.

A Constituição de 1946, por sua vez, deu *status* constitucional as modalidades de aposentadoria: a voluntária aos 35 anos de serviço, a por idade avançada e a por invalidez.

Nesta esteira, ao que concerne à Constituição de 1988, essa estruturou a diferenciação das disposições que regulam os servidores públicos de cargos efetivos, bem como as regras que dispõe sobre os trabalhadores da iniciativa privada. Tal diploma legal previu, dessa forma, regras gerais para servidores públicos da União, Estados e Municípios, fundamentalmente em seu art. 40. Todavia, suas disposições ainda não possuíam a característica da contributividade, já que vigorava a regra da paridade — instituto previdenciário que permitia que os inativos pudessem gozar dos mesmos reajustes dos servidores da ativa — bem como da integralidade — direito instituído ao servidor de ter a última remuneração como base de cálculo da aposentadoria.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 03/93, ocorreu uma grande inovação normativa devido a existir uma maior necessidade de custear as aposentadorias, estabeleceu-se

² Ibid. Art. 201- A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei.

³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1547.



a obrigatoriedade da contribuição pelos agentes públicos vitalícios e efetivos. Entretanto, a característica da paridade e a integralidade, ainda subsistiam.

A mudança mais drástica, no entanto, deu-se por meio da Emenda Constitucional nº 20/98, pois o legislador optou por determinar a proibição da contagem de tempo fictício – aquele em que a legislação computa como tempo de contribuição o período em que não houve prestação de serviço – além de ter ocorrido o aumento na idade mínima e o tempo de carência para 10 anos no serviço público.

Ao que diz respeito à Emenda Constitucional nº 41/03, talvez uma das mais restritivas e assertivas já aprovadas, essa optou por extinguir os institutos da integralidade e da paridade para os novos servidores, e também implementou a base de cálculo de 80% das maiores contribuições, ou seja, a análise descartava as 20% das menores médias e fazia a média aritmética das contribuições restantes. Já a Emenda Constitucional nº 88/15 ampliou para 75 anos a idade da Aposentadoria Compulsória para os Ministros dos Tribunais Superiores⁴.

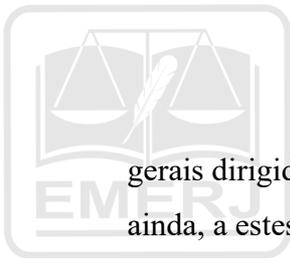
Por fim, deve-se analisar a Emenda Constitucional nº 103/19, a mais recente modificação constitucional nesse sentido, que de forma revolucionária modificou a maioria dos parágrafos e incisos do art.40 da CFRB/88. Pode-se destacar, dessa forma, que as novidades da nova emenda vieram no sentido da constitucionalização do instituto da readaptação⁵ — antigamente previsto apenas em legislação infraconstitucional⁶ — bem como da revisão periódica da aposentadoria por incapacidade permanente, além da nova idade mínima, nas regras de transição e a nova base de cálculo para o valor da aposentadoria: saindo da soma dos 80% maiores salários, para a regra atual em que se leva em conta 100% do período contributivo do servidor. Nessa linha, a acumulação de benefícios, a partir de nova legislação, seguirá a regra do RGPS. Ademais, ocorreu, também, a imposição da obrigatoriedade da instituição de Regime de Previdência Complementar aos servidores públicos com alíquota mínima de contribuição e, ainda, a possibilidade de contribuições com alíquotas progressivas.

A Emenda em análise, por conseguinte, também desconstitucionaliza matérias antes veiculadas a Lei Maior. Veiculando-as, agora, a lei complementar, de modo que estipula normas

⁴ Ficou conhecida popularmente como a PEC da bengala devido a esse aumento de idade.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 1. Art. 40, § 13 - O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.

⁶ BRASIL, *Lei Federal nº 8.112/90*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm> Acesso em 14 abr. 2021. Art.24 - Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.



gerais dirigidas a todos os entes com a finalidade de padronizar certos temas. Todavia, reserva, ainda, a estes entes autonomia legislativa para que produzam normas específicas⁷.

Por tudo isso, a partir da análise histórica exposta é possível compreender a evolução legislativa e sua relevância no direito previdenciário nacional ao longo do tempo. Tendo em vista que propicia ao leitor um entendimento mais amplo e detido da matéria previdenciária, esta que possui particularidades importantes quando analisada em comparativo com outras esferas do direito.

2.MOTIVOS PARA A PROIBIÇÃO DA INSTITUIÇÃO DE NOVOS REGIMES PRÓPRIOS

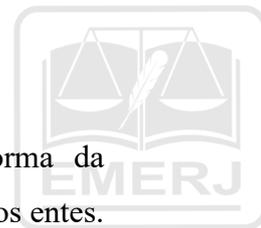
Dentre as diversas alterações perpetradas pela Emenda em análise, deve-se destacar o teor do artigo 40, §22 da CRFB/88⁸, em razão dele: proibir a instituição de novos Regimes Próprios de Previdência; propiciar requisitos para a extinção de Regimes Próprios de Previdência já instituídos; possibilitar a migração desse regime para o Regime Geral de Previdência Social e estabelecer gatilhos para o controle financeiro dos regimes previdenciários de servidores ativos.

Para a análise de tal dispositivo é necessária, assim, a sua observação em conjunto com o novo artigo 40, caput da CRFB/88, onde se depreende que, diferentemente da redação anterior do caput⁹ desse artigo, em que havia a citação de todos os entes federativos. O dispositivo alterado, agora, não dispõe sobre todos os entes políticos, de forma que se reconhece a não imposição constitucional de que todos esses possuam RPPS.

⁷ MODESTO, Paulo. *Previdência nos estados e municípios: exercício de autonomia ou reprodução?* Conjur - Coluna Interesse Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/interesse-publico-previdencia-estados-municipios-autonomia-ou-reproducao-servil>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁸ BRASIL, op.cit., nota 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 mar. 2021. Art. 40, § 22- Vedada a instituição de novos regimes próprios de previdência social, lei complementar federal estabelecerá, para os que já existam, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, dispendo, entre outros aspectos, sobre: I - requisitos para sua extinção e consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social; II - modelo de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos; III - fiscalização pela União e controle externo e social; IV - definição de equilíbrio financeiro e atuarial; V - condições para instituição do fundo com finalidade previdenciária de que trata o art. 249 e para vinculação a ele dos recursos provenientes de contribuições e dos bens, direitos e ativos de qualquer natureza; VI - mecanismos de equacionamento do déficit atuarial; VII - estruturação do órgão ou entidade gestora do regime, observados os princípios relacionados com governança, controle interno e transparência; VIII - condições e hipóteses para responsabilização daqueles que desempenhem atribuições relacionadas, direta ou indiretamente, com a gestão do regime; IX - condições para adesão a consórcio público; X - parâmetros para apuração da base de cálculo e definição de alíquota de contribuições ordinárias e extraordinárias.

⁹ Ibid. Art. 40, antes da Emenda nº103/19- Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.



Apesar de poder causar estranheza a algumas pessoas, antes da Reforma da Previdência de 2019, a Constituição previa a criação de Regimes Próprios para todos os entes. Todavia, em decorrência da complexidade do sistema federativo pátrio— onde estão presentes a União, 26 Estados, o Distrito Federal e aproximadamente 5.570 municípios¹⁰— a tarefa de cumprir tal mandado constitucional para a União, Estados e Distrito Federal era totalmente possível e plausível, diferentemente ao que concerne aos municípios em que aproximadamente apenas 38,2%¹¹ deles, ou seja, somente 2.127 dos 5.570 municípios possuíam Regime Próprio.

Por tudo isso, é importante mencionar, que quando não ocorria a instituição dos Regimes Próprios, os servidores efetivos de tais entes se vinculavam ao Regime Geral de Previdência, ou seja, seus benefícios e serviços eram pautados na legislação que rege os empregados da iniciativa privada. Tal fenômeno ocorria, desse modo, devido as particularidades locais, pois diversos municípios possuíam uma quantidade insuficiente de servidores para a instituição de um regime sustentável financeiramente, observando, assim, muito mais segurança ao manter um Regime Geral de Previdência, o qual é possuidor de milhões de filiados, ao contrário de se instituir um sistema potencialmente deficitário. Outra motivação, era a respeito da necessidade de se seguir às formalidades obrigatórias para a instituição de um Regime Próprio, dificuldade essa que desaconselhava os municípios para a migração desse regime.

Assim, se depreende que a análise do artigo 40, §22 da CFRB/88 — que dispõe sobre a proibição da instituição de novos regimes próprios e a estipulação de requisitos para a extinção e migração dos Regimes Próprios em funcionamento para o Regime Geral de Previdência— deixa claro que o legislador redigiu essa norma, direcionada especialmente aos municípios.

Por essa razão, quando se analisa a migração do Regime Próprio para o Geral de Previdência, constata-se que se trata da constitucionalização de uma prática já assegurada pela legislação infraconstitucional, tendo em vista que o artigo 10 da Lei Federal nº 9.717/98¹², que estabelece a possibilidade da extinção de Regime Próprio, além de prever a responsabilidade do ente ao fazê-lo. Em razão de anteriormente ser disposta apenas em lei federal, antes da

¹⁰BRASIL. *Números do censo 2021*. Disponível em: <<https://censo2021.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹¹BRASIL. *Indicador da Situação Previdenciária*. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/indicador-de-situacao-previdenciaria/arquivos/2020/indicador-de-situacao-previdenciaria-isp-2020-v1-03-10-2020-10h30.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹² BRASIL. *Lei Federal nº 9717/98*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19717.htm> Acesso em 13 abr.2021. Art.10 - No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.



Emenda nº 103/19, ainda pairavam parcas dúvidas sobre a constitucionalidade de tal dispositivo, todavia, com a entrada em vigor desta, a sua constitucionalidade tornou-se evidente.

Além disso, a Emenda em questão estipulou que os parâmetros para a extinção destes regimes devem ser dispostos em lei complementar, de modo a propiciar segurança jurídica sobre os direitos dos servidores atingidos.

Seguindo essa mesma lógica, verifica-se a vedação da instituição de novos Regimes Próprios, disposta no §22 do artigo 40 da CRFB/88, como uma inovação na legislação pátria. Diferentemente da possibilidade, anterior, de extinção de Regime Próprio que era prevista em legislação infralegal.

De modo que se extrai que as normas previstas na Emenda Constitucional nº103/19 vem no intuito de restringir o alcance dos Regimes Próprios de Previdência, ao que parece, tendo a preocupação fincada na sustentabilidade do sistema e respeito ao princípio do equilíbrio atuarial – princípio que aduz que o sistema deve ser viável para que se possa cumprir as obrigações legalmente assumidas fazendo a verificação da saúde de um sistema previdenciário a luz das receitas estimadas e de suas obrigações projetadas por meio de perspectivas matemáticas de equilíbrio de médio e longo prazo¹³.

Sendo assim, tendo em vista o acréscimo da maioria dos novos artigos, bem como dos incisos da Emenda em comento, pode-se afirmar que houve uma grande preocupação dos legisladores, que dessa forma, partilharam da mesma opinião de parte volumosa do pensamento econômico e jurídico em relação a necessidade de aprimoramento do sistema previdenciário, que, assim, entendiam a importância das referidas alterações. Sendo, então, essas modificações constantes, principalmente quando analisada a evolução legislativa a partir da Constituição Federal de 1988. De modo que os Regimes Próprios foram considerados parte importante dessa preocupação.

Posto isso, a nova legislação vem adequar a Constituição ao primado do equilíbrio atuarial, tendo em vista a aproximação entre o Regime Geral de Previdência e o Regime Próprio, além da constatação de que a obrigatoriedade de instituição de Regimes Próprios vem gerando regimes potencialmente deficitários, causando, assim, prejuízos aos servidores e ao erário dos entes. De forma que parece ser mais eficaz o controle e o aprimoramento dos regimes já instituídos, quando comparados a obrigatoriedade de instituição de novos regimes, os quais são potencialmente desequilibrados e direcionados aos municípios que possuem diferenças regionais e individuais volumosas.

¹³BRASIL. *Portaria nº 403*, de 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/07/PORTARIA-403.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

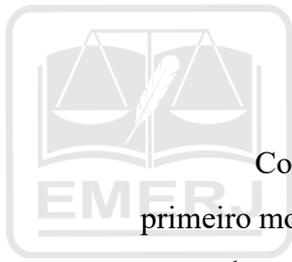
Nesta linha, entende-se que o §22 do artigo 40 da CFRB/88 ainda dispõe acerca da necessidade da elaboração de lei complementar para estabelecer normas gerais de organização, de funcionamento e de atribuições de responsabilidades dos Regimes Próprios de Previdência. Já que existe a necessidade de se buscar o equilíbrio atuarial dos sistemas em funcionamento, propiciando também ao gestor a faculdade, caso constatada a inviabilidade do sistema, de extingui-lo e, então, filiar seus servidores ao Regime Geral de Previdência.

Por conseguinte, é possível perceber que tais novidades legislativas tem o condão de evitar Regimes Próprios desequilibrados, para isso busca-se controlar aqueles que estão em atividade e também proibir novos Regimes Próprios potencialmente deficitários. De forma a possibilitar a vinculação destes Regimes ao Regime Geral da Previdência, tendo em vista sua maior sustentabilidade como sistema, devido a ser um seguro social extremamente consistente e com vasto número de segurados. Assim, o que dificulta a sustentabilidade dos Regimes Próprios são as peculiaridades locais, pois atualmente ambos os regimes são contributivos e mais semelhantes que distintos, sendo a grande diferença, atual, calcada no número de segurados, o que pode não ser alcançado quando analisado as especificidades de cada ente.

3.TENDÊNCIA DE CONVERGÊNCIA ENTRE OS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

O processo de convergência entre o Regime Geral e o Regime Próprio de Previdência Social é caracterizado, principalmente, pela substituição do caráter honorífico do segundo para o caráter solidário e contributivo mormente utilizado pelo primeiro. Deste modo, esta aproximação vem ocorrendo em menor ou maior grau desde as primeiras disposições previdenciárias sobre o tema, perpassando a promulgação da Constituição Federal de 1988, e principalmente pelas alterações da Emenda Constitucional nº 20/98, Emenda Constitucional nº 41/03, Emenda Constitucional nº 47/05, bem como a sua atual ampliação com a Emenda Constitucional nº 103/2019.

É válido diferenciar, ainda, os dois Regimes Jurídicos. Sendo assim, quando se analisa o RPPS, é importante ressaltar que este, está disposto no art. 40, CFRB/88, é caracterizado como um sistema estabelecido por cada ente federativo, tendo natureza pública, filiação obrigatória com as respectivas contribuições realizadas pelos servidores ativos e inativos, bem como os pensionistas. No entanto, quando se trata do RGPS, disposto nos art. 193 e 201 da Lei Maior, possui como característica a adesão obrigatória, o caráter público, repartição simples, com benefícios determinados, além de haver cunho solidário e contributivo para os trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).



Como já assinalado no capítulo 1, a previdência dos servidores públicos, em um primeiro momento possuía uma natureza premial devido prestarem serviço ao Estado, de modo que os beneficiários eram agentes públicos que contraíram invalidez ou faleceram a serviço da nação¹⁴. Sendo assim, ocorreu um processo de transformação de um regime, inicialmente, não contributivo e, sim honorífico, já que era uma questão de política de servidor e não havia nenhuma característica previdenciária para tornar-se mais parecido com o Regime Previdenciário dos trabalhadores da iniciativa privada. Tendo em vista que este é regido pelos princípios da solidariedade, contributividade e da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. Por tudo isso, pode-se afirmar que esta aproximação é uma tendência muito consistente.

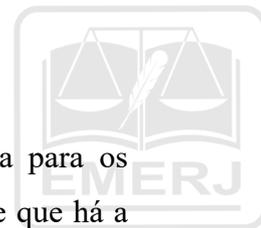
Essa consistência, então, é demonstrada na primeira Emenda Constitucional nº 03/93, que em que se estabeleceu a obrigatoriedade de contribuição para custeio de aposentadorias e pensões concedidas para os agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios e efetivos. O caráter contributivo foi reforçado, abrangendo, desta forma, todos os beneficiários do regime, com exceção o referente aos militares das Forças Armadas.

Nesta esteira, a Emenda Constitucional nº 20/98, determinou a proibição da contagem de tempo fictício. Já a Emenda Constitucional nº 41/03, impôs regras mais restritivas ao regime próprio de previdência social dos servidores, impondo o fim do instituto da paridade e da integralidade e implementando a regra de cálculo de benefício em que se calculava o benefício a partir do cálculo da média das 80% maiores contribuições.

A Emenda Constitucional nº 47/05, por sua vez, trouxe novas regras de transição para os servidores que ingressaram antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, instituiu o tempo de contribuição e a exigência de idade mínima, mais o cumprimento de tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. Por conseguinte, foi instituída a Contribuição previdenciária dos servidores federais pela Lei nº 9.630/1998.

Nesta linha, não é forçoso afirmar que o paradigma previdenciário não contributivo dos Regimes Próprios veio sendo extinto aos poucos, essa transformação se verifica facilmente quando se analisa a impossibilidade de aplicação da integralidade e paridade para os novos servidores civis da União além de servidores de Estados e Municípios.

¹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p 923.



Ademais, quando se analisa as alterações constitucionais na previdência para os servidores públicos, propiciadas pela Emenda Constitucional nº 103/19. Observa-se que há a desconstitucionalização das regras definidoras de benefícios a serem concedidos pelos RPPS, sendo remetida a uma lei complementar para que esta, assim, estabeleça normas gerais de organização e funcionamento dos regimes, bem como de responsabilidade previdenciária. Entretanto, até a sua edição encontram-se em parâmetros transitórios estabelecidos na emenda constitucional proposta¹⁵.

Quanto ao caráter contributivo, bem como a exigência do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios, estes adquirem maior importância analisando sua estruturação e funcionamento, como depende-se da leitura especialmente do artigo 40, caput, § 10, §18 e §22, CRFB/88.

Todavia, para a aplicação destes dispositivos aos Estados e Municípios é necessário que haja respeito a autonomia política, administrativa e financeira das quatro esferas governamentais: a União Federal, os vinte e seis Estados, o Distrito Federal e pouco mais de 2.127 municípios¹⁶.

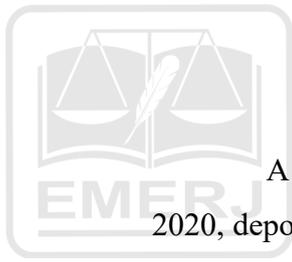
Ressalte-se, como bem apresentado no capítulo 2 a autonomia reconhecida aos entes federativos para decidir pela extinção do Regime Próprio de Previdência Social ou pela manutenção de tal regime, conforme o caso, todavia com mecanismos de organização e controle mais adequados e outras providências impostas nos incisos do §22 do artigo 40 da CRFB/88 e pelo artigo 34 da Emenda Constitucional nº 103/19.

Nesse sentido, a Emenda em destaque estabeleceu o prazo de 2 anos para a sua adaptação pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma que se institua o regime de previdência complementar, entendido esse como um sistema em que o servidor opta em ampliar a proteção previdenciária tradicional de modo a proporcional maior manutenção do padrão de vida.

A Emenda ainda proporciona mecanismos de controle de desempenho para que o órgão ou atividade gestora de Regime Próprio de Previdência social apresentem melhoras contínuas com intuito de tornar sustentável o regime.

¹⁵ MODESTO, Paulo. *Previdência nos estados e municípios: exercício de autonomia ou reprodução?* Conjur-Coluna Interesse Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/interesse-publico-previdencia-estados-municipios-autonomia-ou-reproducao-servil>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁶ BRASIL. *Indicador da Situação Previdenciária*. Disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/indicador-de-situacao-previdenciaria/arquivos/2020/indicador-de-situacao-previdenciaria-isp-2020-v1-03-10-2020-10h30.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



A norma infralegal, deste modo, estipulou inicialmente o prazo para até 31 de julho de 2020, depois renovado até 31 de dezembro de 2020¹⁷, para que os entes pudessem comprovar a adoção das medidas da vigência de lei que demonstre a adequação das alíquotas de contribuição ordinária como disposto no artigo 9º, §4º da Emenda Constitucional nº 103/19, além disso também deveriam comprovar a vigência de norma sobre a transferência do RPPS para o ente federativo e o encaminhamento de documentos que comprovaria o equilíbrio financeiro e atuarial deste regime.

No entanto, apesar de haver o alargamento do prazo para adequação legislativa, até 03 de dezembro de 2020, cerca de 65% dos Municípios brasileiros e o Estado de Roraima perderam o prazo para a adequação dos regimes à alíquota nos moldes do artigo 9º, §4º da Emenda Constitucional nº 103/19¹⁸, ou seja, se tornaram irregulares, sofrendo sanções como a impossibilidade de contrair empréstimos e receber transferências voluntárias da União.

É possível constatar, então, que o processo de convergência entre os regimes previdenciários vem ocorrendo de forma madura a cada nova legislação previdenciária, especialmente quando analisamos as emendas e legislações posteriores à Constituição. Destaca-se a Emenda Constitucional nº 103/19, pois esta consolida de forma firme que os regimes próprios devem instituir mecanismos para equilibrar o regime a curto, médio e longo prazo, trazendo regulamentações gerais sobre os benefícios e propiciando a desconstitucionalização de temas ligados à especificidade na instituição de benefícios oportunizados a estes, com menor dificuldade de aprovação já que terão a estrutura de lei complementar.

É importante mencionar, ainda, que apesar da emenda constitucional em questão dispor mais minuciosamente sobre a estrutura geral dos Regimes próprios, esta também estabelece uma padronização mínima específica para o melhor funcionamento do sistema pelos entes, de forma que não é forçoso argumentar que quando se trata de novo servidor, especialmente do que foi empossado após a Emenda Constitucional nº 103/19, esse terá uma estrutura previdenciária muito similar com o trabalhador da iniciativa privada, porém em alguns momentos o regime público será até mais restrito. Desse modo, a afirmação de que a previdência pública não era totalmente contributiva não subsiste quando analisados pela ótica dos novos servidores federais, estaduais, distritais e municipais.

¹⁷BRASIL. *Estados e Municípios terão até 31 de dezembro para adequar alíquotas de contribuição*. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/ptbr/assuntos/noticias/2020/previdencia/setembro/estados-e-municipios-terao-ate-31-de-dezembro-para-adequar-aliquotas-de-contribuicao->>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁸ ISTO É. *65% das cidades perdem prazo e não ajustam alíquotas de RPPS à reforma*. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/65-das-cidades-perdem-prazo-e-nao-ajustam-aliquotas-de-rpps-a-reforma->>. Acesso em: 03 abr. 2021.

CONCLUSÃO

Esse trabalho teve por objeto a análise da instituição do novo parágrafo 22 do artigo 40 da CRFB/88, parágrafo este que proibiu a instituição de novos Regimes Próprios de Previdência, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/19. Por tudo isso, o tema se mostra relevante, tendo em vista que além de se tratar de uma legislação nova, toda a problemática trazida pelo novo parágrafo não tem sido alvo da devida atenção pela doutrina e jurisprudência brasileira.

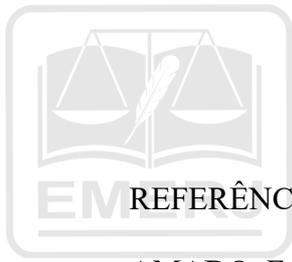
Argumenta-se, assim, que a proibição da instituição de novos Regimes Próprios é uma representação da mudança da formatação da previdência pública dos servidores públicos ao longo do tempo, já que saiu de um sistema não interessado em sustentabilidade financeira para transformar-se em um sistema contributivo e sustentável.

Nesta esteira, pela análise da fotografia da previdência dos servidores públicos, em um recorte mais recente, constata-se que os Regimes Próprios vinham percorrendo uma trajetória de insustentabilidade do sistema, caracterizada, principalmente, pelo desequilíbrio financeiro e atuarial.

Assim sendo, o artigo 40, *caput* e §1º, CFRB/88 retiram do seu texto a obrigatoriedade de instituição de Regimes Próprios, harmonizando, deste modo, a legislação constitucional com a realidade, essencialmente, quando analisados os municípios, que em sua maioria são vinculados ao Regime Geral de Previdência Social e normalmente dispensavam o Regime Próprio de Previdência Social, tendo em vista que este era vinculado a uma legislação bem como uma fiscalização complexa.

Por tudo isso, pode-se afirmar que essa realidade foi compreendida de forma acertada pelo legislador, já que a proibição de novos Regimes Próprios de Previdência Social evita a instituição de regimes insustentáveis e possibilitam, a partir da leitura dos incisos do §22 do artigo 40, CFRB/88, a elaboração de lei complementar para melhor gerenciar e organizar os regimes já instituídos.

Fica claro, portanto, que a novidade legislativa analisada é uma representação do movimento de aproximação entre os Regimes Geral e Próprio de Previdência caracterizados pelo prestígio da sustentabilidade financeira previdenciária e contributividade, pois tanto a atuação na proibição de novos regimes quanto a atribuição de maiores formas de controle e adequação dos benefícios dos Regimes Próprios já instituídos, têm a finalidade de evitar que os Regimes sejam deficitários e ocasionem prejuízos financeiros e sociais aos entes federativos.



REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. *Reforma da previdência comentada* - Salvador: JusPodivm, 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- _____. *Estados e Municípios terão até 31 de dezembro para adequar alíquotas de contribuição*. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/ptbr/assuntos/noticias/2020/previdencia/setembro/estados-e-municipios-terao-ate-31-de-dezembro-para-adequar-aliquotas-de-contribuicao->>. Acesso em: 03 abr. 2021.
- _____. *Indicador da Situação Previdenciária*. Disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/indicador-de-situacao-previdenciaria/arquivos/2020/indicador-de-situacao-previdenciaria-isp-2020-v1-03-10-2020-10h30.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2021.
- _____. *Lei nº 8.112*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- _____. *Lei nº 9.717*, de 27 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19717compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- _____. *Números do censo 2021*. Disponível em: <<https://censo2021.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html>>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- _____. *Portaria nº 403*, de 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/07/PORTARIA-403.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ISTO É. *65% das cidades perdem prazo e não ajustam alíquotas de RPPS à reforma*. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/65-das-cidades-perdem-prazo-e-nao-ajustam-aliquotas-de-rpps-a-reforma>>. Acesso em: 03 abr. 2021.
- LAZZARI, João Batista et al. *Prática Processual Previdenciária: administrativa e judicial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Reforma da Previdência Social: comentários a excertos da EC N. 103/19*. São Paulo: LTR, 2020.
- MARTINEZ, Luciano. *Reforma da Previdência: entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva, 2020.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MODESTO, Paulo. *Previdência nos estados e municípios: exercício de autonomia ou reprodução?* Conjur - Coluna Interesse Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/interesse-publico-previdencia-estados-municipios-autonomia-ou-reproducao-servil>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

NÓBREGA, Tatiana de Lima; BENEDITO, Maurício Roberto de Souza. *O Regime Previdenciário do Servidor Público*. São Paulo: Foco, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.



SHAM LITIGATION: O AJUIZAMENTO SUCESSIVO MALICIOSO DE AÇÕES JUDICIAIS COMO ABUSO DE DIREITO

Gabriela Mantovani Espíndola Pessôa

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - a doutrina da *sham litigation* é um tema muito atual, mas pouco conhecido e trabalhado pelos estudiosos do Direito no Brasil, embora recorrente e bastante discutido nos Estados Unidos. No entanto, em 10 de outubro de 2019, o STJ reconheceu que o ajuizamento sucessivo de ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso pode configurar abuso de direito de ação. A essência do artigo é analisar como a *sham litigation* foi aplicada nessa decisão, diante da insuficiência dos institutos processuais, e demonstrar como fica o abuso do direito de ação, perante o direito fundamental de acesso à Justiça.

Palavras Chave - *Sham Litigation*. Assédio Processual. Abuso de Direito. Acesso à Justiça.

Sumário - Introdução. 1. A origem do estudo do *sham litigation* e sua aplicação no REsp nº 1817845-MS 2. *Sham litigation* como abuso de direito e a insuficiência dos artigos 77 a 81 do CPC/2015 3. A excepcionalidade do abuso de direito de ação, diante do direito fundamental de acesso à justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trabalha a doutrina da *sham litigation*, que é um tema muito atual, mas pouco conhecido e trabalhado pelos estudiosos do Direito no Brasil, embora recorrente e bastante discutido nos Estados Unidos. Sobre esse assunto, até pouco tempo atrás, em nosso país, a doutrina tinha como fonte de pesquisa, principalmente, as decisões emanadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nesse sentido, até então, o foco do estudo da *sham litigation* era basicamente o ambiente concorrencial.

No entanto, em 10 de outubro de 2019, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o ajuizamento sucessivo de ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso pode configurar ato ilícito e abuso de direito de ação, acendendo novas discussões sobre o tema no Brasil e expandindo seu âmbito de aplicação.

Dessa forma, com o tema *sham litigation* extrapolando o direito concorrencial e adentrando em relações processuais gerais, precisa-se de forma mais sólida discutir suas consequências e maneiras de repressão, uma vez que a conduta não está protegida pela imunidade constitucional ao direito de demandar.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é focar nesse tema relevante jurídica e socialmente pois a *sham litigation* desvirtua um direito tão caro e importante em nossa Constituição Federal: o acesso universal à Justiça. Isso porque o abuso do direito de demandar, concretizado em sucessivas pretensões desprovidas de fundamentação, caso não adequadamente inibido, traz descrédito à Justiça, impactando negativamente a efetividade da prestação jurisdicional.

Sendo assim, inicia-se o primeiro capítulo com a análise do REsp nº 1817845-MS, discutindo como a sólida doutrina da *sham litigation* anglo-saxã foi aplicada e eventuais adaptações à cultura jurídica brasileira.

No segundo capítulo, busca-se comprovar que os artigos 77 a 81 do CPC/2015 são insuficientes para coibir o abuso processual na modalidade *sham litigation*, sendo necessária a figura do artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito de forma genérica.

Por fim, o terceiro capítulo sustenta, diante do confronto entre a punição da *sham litigation* como abuso de direito e o acesso universal à justiça, que ambos podem conviver harmoniosamente no ordenamento jurídico, não se violando o núcleo essencial do artigo 5º, XXXV, de nossa Constituição Federal¹.

Para tudo isso, a pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, pois, a partir de um problema, formula-se hipóteses para analisar o objeto da pesquisa e, assim, por um processo dedutivo, comprová-las ou rejeitá-las de forma embasada e argumentada.

Assim, do ponto de vista da forma de abordagem do problema, a pesquisa empregada é qualitativa, uma vez que o pesquisador se vale da bibliografia pertinente ao tema objeto, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, com o fito de sustentar a sua defesa.

1. A ORIGEM DO ESTUDO DO *SHAM LITIGATION* E SUA APLICAÇÃO NO RESP Nº 1817845-MS

No dia 10 de outubro de 2019, o Recurso Especial nº 1817845 – MS foi julgado, nos termos do voto-vista vencedor da Sra. Ministra Nancy Andrighi, vencido o Sr. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. O acórdão, lavrado pela Ministra, reconheceu, em suma, o acolhimento da pretensão indenizatória material e moral contra os recorridos, que incorreram em abuso do direito fundamental de acesso à justiça, pois promoveram sucessivas demandas

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.



desprovidas de fundamentação contra os recorrentes. Segundo a Ministra, “o conjunto desta obra verdadeiramente mal-acabada que configura o dever de indenizar”², ou seja, o abuso do direito de acesso à justiça não se materializou em cada um dos atos processuais individualmente considerados, mas no conglomerado de pretensões não fundamentadas.

Esse acórdão aplicou a teoria denominada *sham litigation*, já renomada e frequente nos Estados Unidos, mas pouco conhecida e trabalhada pelos estudiosos no Brasil. No entanto, o REsp nº 1817845-MS não aplicou tal doutrina com os mesmos critérios já estabelecidos no direito norte-americano, adaptando-a e expandindo-a. Para demonstrar isso, far-se-á uma breve digressão sobre como a teoria é aplicada nos Estados Unidos e os critérios ali indispensáveis e, após, explanar-se-á como a *sham litigation* foi concretamente aplicada e moldada no acórdão em questão.

Nos Estados Unidos, a expressão *sham litigation* compreende ação ou conjunto de ações ajuizadas no Poder Judiciário, sem embasamento sólido, sem fundamentação e sem potencialidade de sucesso, com o fito primordial e disfarçado de prejudicar algum concorrente direto do autor, causando-lhe danos e dificuldades de ordem financeira, estrutural e de reputação³. Essa teoria desenvolveu-se de forma eloquente nos Estados Unidos, concluindo seus tribunais que o direito de petição é relativo e reconhecendo que o abuso das alternativas de provocar o Poder Judiciário pode causar prejuízos significativos ao bem estar geral⁴.

Com o avanço da aplicação da *sham litigation* nos tribunais americanos, surgiram divergências acerca dos critérios que seriam utilizados para caracterizar o abuso do direito de ação, a fim de que não se viole o direito de acesso à justiça positivado na Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Assim, a partir de vários julgamentos, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, estabeleceu dois requisitos primordiais e cumulativos para sua caracterização. O primeiro requisito preconiza que a ação deve ser desprovida de qualquer

² BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. REsp. nº 1.817.845/MS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relatoria para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1817845&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 set. 2020.

³CORRÊA, Rogério. *Você sabe o que é Sham Litigation?* Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=13665&n=voc%C3%AA-sabe-o-que-%C3%A9-sham-litigation?. Acesso em: 01 set. 2020.

⁴MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Processo administrativo sancionador federal como instrumento de proteção de direitos individuais e difusos: Breves reflexões sobre o garantismo e interesse público na efetivação da pretensão punitiva estatal.* Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/processo-administrativo-sancionador-federal-como-instrumento-de-protacao-de-direitos-individuais-e-difusos-breves-reflexoes-sobre-garantismo-e-interesse-publico-na-efetivacao-da-pretensao-punitiva-est/>. Acesso em: 25 set. 2020.

fundamentação, de modo que nenhum litigante razoável pudesse ter esperanças quanto ao seu provimento. O segundo requisito resta configurado caso a ação sem fundamento tenha o objetivo de influenciar negativamente nos negócios de seu concorrente⁵.

Nesse sentido, depreende-se que a teoria da *sham litigation*, no contexto norte-americano, é utilizada no campo do Direito Econômico, uma vez que um dos seus requisitos é o desígnio de causar danos em um ambiente empresarial a um concorrente direto. Por isso, no Brasil, até o REsp nº 1817845-MS, a teoria, baseada nas decisões no ambiente concorrencial norte-americano, já era bastante e quase restritamente aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Para o CADE, *sham litigation*, também chamado de abuso anticompetitivo do direito de petição ou litigância predatória, “é a conduta caracterizada pelo exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial”⁶. Essa definição traz de maneira pura a aplicação da *sham litigation* norte-americana, que delimita sua aplicação apenas à seara de competição empresarial.

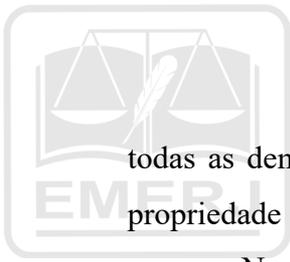
No entanto, o REsp nº 1817845-MS trouxe a aplicação da teoria *sham litigation* de forma diferenciada, extrapolando o direito concorrencial e adentrando em relações processuais gerais. No caso concreto de fundo, a ação indenizatória, fundada no abuso do direito de ação, tem, em uma de suas matrizes, uma ação de divisão de terras particulares ajuizada pelos recorrentes em face dos recorridos em 1988, cujo elemento causal é uma procuração incontroversamente falsa, datada de 1970. Conforme destaca a Sra. Ministra Nancy Andrichi, desde o surgimento da controvérsia entre as partes, no ano de 1970, há quarenta anos, computam-se dez ações judiciais ou processos administrativos ajuizados pelos recorridos, consubstanciadas em embargos de terceiro, ação de obrigação de fazer, procedimento administrativo, mandado de segurança, entre outros⁷.

Todo esse conjunto de ações, conforme narrado no acórdão, foi ajuizado pelos recorridos com o objetivo de postergar a restituição de propriedade familiar aos recorrentes, sendo certo que, apesar da área ter sido objeto de sentença divisória em 1995, apenas foi restituída aos recorrentes em 2011. Dessa forma, os recorrentes ajuizaram ação de reparação de danos materiais e morais, culminando no Recurso Especial em comento, que tem como causa de pedir a prática de atos de assédio processual dos recorridos, que teriam, por consequência de

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 24 set. 2020.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.



todas as demandas aforadas, privado os recorrentes, por décadas, de usar, dispor e fruir de propriedade familiar da qual são herdeiros⁸.

No julgamento, Sra. Ministra Nancy Andrighi faz referência a precedentes norte-americanos, citando a teoria da *sham litigation*, destacando que a conduta do abuso de direito de demandar não é albergada pela imunidade constitucional ao direito de acesso à justiça. Para isso, a Sra. Ministra, em sua fundamentação, fez a mesma observação acima indicada, destacando que a doutrina da *sham litigation*, em sua raiz norte-americana, se consolidou enfaticamente no âmbito do direito concorrencial⁹. No entanto, a Sra. Ministra avança e aumenta o âmbito de aplicação de tal doutrina, não a restringindo apenas ao direito concorrencial:

A despeito de a doutrina da *sham litigation* ter se formado e consolidado enfaticamente no âmbito do direito concorrencial, absolutamente nada impede que se extraia, da *ratio decidendi* daqueles precedentes que a formaram, um mesmo padrão decisório a ser aplicado na repressão aos abusos de direito material e processual, em que o exercício desenfreado, repetitivo e desprovido de fundamentação séria e idônea pode, ainda que em caráter excepcional, configurar abuso do direito de ação¹⁰.

Ou seja, o REsp nº 1817845-MS inovou ao aplicar a teoria da *sham litigation* em uma ação que tem como fundo uma disputa de posse e propriedade, extrapolando as bordas do direito concorrencial ditadas pelas decisões norte-americanas. No caso, os recorridos, ao ajuizarem inúmeras ações, não tinham o objetivo de causar danos empresariais nos negócios dos recorrentes, mas sim postergar ao máximo a restituição das terras a eles, o que nada tem a ver com disputa concorrencial.

Dessa forma, compreende-se que o acórdão, no Superior Tribunal de Justiça, aumentou o âmbito de aplicação do segundo requisito supracitado, estabelecido pela Suprema Corte norte-americana, para configuração da *sham litigation* no Brasil. Isso porque, segundo o acórdão, resta configurado o assédio processual quando o conjunto de ações danosas e sem fundamento tem o flagrante objetivo de causar prejuízos a aquele que está no polo passivo, independentemente de o requerido estar inserido em um contexto de disputa empresarial. Assim, o acórdão condenou os recorridos ao pagamento de indenização de natureza material e moral, uma vez que todo aquele conjunto de ações frívolas, com o fito de impedir que os

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.



recorrentes acessem suas terras, configurou abuso de direito, com base no artigo 187 do Código Civil¹¹.

Ou seja, a doutrina da *sham litigation*, no REsp nº 1817845-MS, não foi aplicada de forma idêntica à maneira norte-americana, mas foi alargada, adentrando em relações processuais gerais. Para isso, a Sra. Ministra Nancy Andrighi entendeu que os artigos do CPC não são suficientes, baseando sua fundamentação no artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito de forma genérica, afinal, nem “todas as descomposturas, chicanas e tramoias processuais”¹² podem ser taxativamente elencadas antecipadamente pelo legislador processual civil.

2. SHAM LITIGATION COMO ABUSO DE DIREITO E A INSUFICIÊNCIA DOS ARTIGOS 77 A 81 DO CPC/2015

O contexto por trás do acórdão publicado no Recurso Especial nº 1817845 – MS, nos termos do voto-vista vencedor da Sra. Ministra Nancy Andrighi, trouxe a seguinte questão: os artigos 77 a 81 do CPC/2015, que tratam Dos Deveres e Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual, seriam suficientes para coibir o abuso processual na modalidade *sham litigation*?

O próprio voto vencedor já responde tal indagação, deixando claro que os artigos 77 a 81 do CPC/2015 são insuficientes para coibir a *sham litigation*, ainda mais com a amplitude com a qual a doutrina foi aplicada pela Sra. Ministra, conforme explicitado no Capítulo 1. Diante de tal vácuo que a legislação processual deixou, foi no Direito Civil que o acórdão buscou o instituto que seria uma alternativa para coibir uma desvirtuação tão forte do direito de acesso universal à Justiça. Assim, o voto vencedor utilizou o artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito de forma geral, para fundamentar a condenação dos recorridos ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O artigo 187 do Código Civil de 2002 foi umas das novidades no ordenamento jurídico mais comemoradas pela doutrina, uma vez que equipara o abuso de direito a um ato ilícito essencialmente¹³. Veja-se a redação do mencionado dispositivo, “Art. 187. Também comete ato

¹¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406/compilada.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2015, p. 340.



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.”¹⁴.

Conforme lições do jurista San Tiago Dantas¹⁵, bem antes da promulgação do Código Civil de 2002, apesar de encontrar fundamentos no Direito Romano, o abuso de direito tem sua principal causa no Direito Medieval, tendo em vista que foi na vida medieval que o ambiente para a emulação era fértil. Segundo o doutrinador, emulação é o exercício de um direito com a finalidade de prejudicar outrem, ou seja, o autor do ato não visa obter benefício para si, mas apenas causar prejuízo a outrem. Como tal, era constante sua visualização no ambiente medieval, tendo em vista que tal época sofreu toda forma de alteração que uma sociedade poderia conhecer, tendo a rixa, a briga e o atrito como sua substância.

O autor Flávio Tartuce¹⁶, considerando o histórico do instituto e os princípios que impregnam o Código Civil de 2002, chega à seguinte conclusão:

[...] o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Desse conceito, conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como puro reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências.

Diante de tal lição, vê-se que a Sra. Ministra Nancy Andrighi, ao redigir o voto vencedor, em sede do REsp nº 1817845-MS¹⁷, aplicou o conceito de abuso de direito perfeitamente ao avaliar o abuso processual, mais especificamente no caso de ajuizamento sucessivo malicioso de ações judiciais. Isso porque, obviamente, ajuizar ações judiciais é um ato lícito pelo conteúdo: a princípio, o Judiciário está à disposição de maneira universal. No entanto, trata-se de um ato ilícito pelas consequências, afinal, ajuizar sucessivas ações frívolas, sem qualquer fundamento, causa imensos prejuízos morais e materiais a aquele que é requerido. Ou seja, a ilicitude decorre não do exercício do direito em sua forma essencial – o acesso universal à Justiça -, mas sim de sua forma de execução: sem fundamento, sucessivamente e buscando apenas o prejuízo e perturbação alheia.

De fato, o abuso do direito trata-se de um instituto bastante versátil no ordenamento jurídico, tendo em vista que separa a licitude do conteúdo da ilicitude da consequência, sendo que esta contamina todo o ato, tornando o abuso de direito um ato ilícito quando analisado em

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁵ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 369.

¹⁶ TARTUCE, op. cit., p. 343.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.



seu todo. Diante de tal versatilidade, o instituto do abuso de direito encaixou como uma luva como forma de coibir a *sham litigation* no acórdão do REsp nº 1817845-MS, diante da incompletude dos institutos processuais, que já não deram mais conta, punitiva e pedagogicamente, de reprimir o ajuizamento malicioso sucessivo de ações.

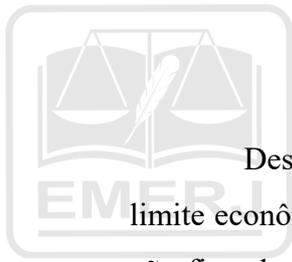
Sobre isso, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, reformado pelo voto vencedor no REsp nº 1817845-MS, consignou, ao contrário do que foi defendido pela Sra. Ministra Nancy Andrichi e por esse artigo, que o abuso processual, a má-fé ou o dolo deveriam ser individualmente verificados em cada uma das sucessivas ações ajuizadas, ou seja, a responsabilização por dano processual se verificaria apenas dentro do próprio processo, ou seja, utilizando-se os artigos 77 a 81 do CPC/2015. Para o TJMS, não deveria haver indenização material ou moral de forma autônoma, uma vez que se trataria de ações cujo abuso dos atos deveria ser avaliado apenas de maneira endoprocessual¹⁸.

No entanto, conforme bem ressalta a Sra. Ministra Nancy Andrichi, o universo de ações maliciosas sucessivas é um caso à parte do abuso processual consubstanciado nos artigos 77 a 81 do CPC/2015, devendo ser analisado de maneira bastante distinta. Isso porque o abuso do direito fundamental de acesso à Justiça não se concretizou em cada um dos atos processuais individualmente considerados, mas em uma série de atos harmonizados entre si, em sucessivas pretensões sem qualquer fundamentação e em quase uma dezena de demandas levianas e temerárias. Nesse sentido, é o conjunto desta obra mal-acabada que configura o dever de indenizar e não cada ato considerado de maneira individual¹⁹.

Ademais, não há de se falar que só se poderia punir como abuso de direito tal espécie de violação processual caso estivesse elencada na parte Dos Deveres e Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual, nos artigos 77 a 81 do CPC/2015. De fato, por causa das origens romano-germânicas e de *civil law* do Direito Brasileiro, parece ser sempre essencial que a lei positive, prévia, expressa e especificamente, a ilicitude do ato abusivo e a possibilidade de puni-lo para que se pense em examiná-lo nos conflitos que são submetidos ao Poder Judiciário. No entanto, os deveres de boa-fé, ética e probidade estão presentes no tecido social e, portando, são intrínsecos ao próprio direito. Nesse sentido, o ajuizamento sucessivo temerário de ações judiciais é adequadamente coibido como forma de abuso de direito, conceito aberto e dinâmico, ainda que não previsto de maneira pontual e estrita nos artigos 77 a 81 do CPC/2015.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁹ Ibid.



Desse modo, fica claro que, havendo excesso, ao se exercer o direito, que ultrapasse o limite econômico ou social, da boa-fé ou dos costumes está configurado o abuso do direito²⁰, não ficando o ambiente processual incólume a esse conceito. Isso porque o direito é um só, sendo falsa a sensação de que os institutos processuais devem ser analisados e verificados de maneira estanque aos institutos do direito material. Assim, com a certeza de que o Código Civil de 2002 aumentou ainda mais o leque de alternativas para que o aplicador do direito obste condutas que são nocivas ao tecido social, o presente entendimento quanto ao abuso do direito na seara processual estará cada vez mais presente em sede de decisões judiciais²¹, sendo idôneo que a *sham litigation* deva ser reprimida por todos que valorizam o direito universal de acesso à Justiça.

3. A EXCEPCIONALIDADE DO ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO, DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Reprimir a *sham litigation*, como ajuizamento malicioso sucessivo de ações, em uma análise superficial, pode parecer como um risco ao direito universal de acesso à Justiça. De fato, o direito de acesso universal à Justiça é um direito fundamental expressamente positivado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e, logo, deve-se ter cuidado em se admitir que certas concretizações desse direito são abusivas e, assim, puníveis a título do artigo 187 do Código Civil.

Primeiro, deve-se destacar que já é mais do que claro, para a doutrina neoconstitucionalista, que direitos não são absolutos, mesmo os mais caros, e, assim, em situações de conflito, devem ser objeto de ponderação. Dessa forma, em cada caso concreto, diante da oposição entre o direito do acesso universal à Justiça e os direitos da personalidade violados com a *sham litigation*, o aplicador do direito deve organizar os argumentos jurídicos para se construir uma decisão justa, tendo-se em mente que, muitas vezes, um direito vai ceder em prol do outro.

No mais, conceber o direito de acesso à Justiça como absoluto, inibindo a punição de seu uso abusivo, é prejudicial para a própria concepção de tal direito. Isso porque aquele que pratica a *sham litigation* age alegadamente sob o prisma de princípios caros, como o acesso à Justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, mas usa tais garantias para cometer e ocultar

²⁰ TARTUCE, op. cit., p. 356.

²¹ Ibid., p. 355.



suas ilicitudes. Assim, dar guarita para tal prática de modo ilimitado coloca um direito constitucional tão importante para um Estado Democrático de Direito como instrumento para pessoas praticarem suas vilezas²².

É por isso que a Sra. Ministra Nancy Andrighi, em seu voto²³, destacou que o processo deve ser analisado à luz dos mais basilares cânones do direito, não para impedir o exercício regular dos direitos fundamentais por litigantes sérios e probos, mas para conter litigantes que abusam dos direitos fundamentais por capricho, por razões emulativas, por dolo ou que, em ações ou incidentes levianos, propaguem pretensões ou defesas irresponsáveis, capazes de tornar o processo um simulacro de processo. Nesse sentido, o abuso de direito para punir a *sham litigation*, aplicado de forma excepcional e ponderada, pode ser um mecanismo muito eficaz para o combate dessa conduta nociva, sempre tendo-se em perspectiva as prerrogativas individuais.

Nessa toada, é importante ressaltar que o reconhecimento de eventual abuso do direito de acesso à Justiça deve ser uma exceção, pois nunca se pode deixar de ter em mente que se trata de um direito fundamental basilar do Estado Democrático de Direito, de grande espectro. Desse modo, é natural uma relutância em se reconhecer o abuso do direito de ação, tendo em vista a tensão e a tenuidade com o exercício regular de tal direito fundamental²⁴, sendo sensato condenar o litigante de maneira excepcional, quando ficar escandaloso o dolo malicioso no ajuizamento sucessivo de ações e incidentes.

Nesse sentido, quando a *sham litigation* estiver claramente configurada, deve ser reprimida com força coerente à relevância que o direito de acesso à Justiça possui no ordenamento jurídico brasileiro, exigindo-se do julgador ainda mais prudência na declaração de que o abuso do direito de ação ocorreu além de qualquer dúvida razoável. Assim, é preciso certos parâmetros para se reconhecer a *sham litigation*, para que condenações nesse sentido não sejam utilizadas de forma a ferir o núcleo essencial do direito de acesso à Justiça²⁵.

Para reforçar tal argumentação, a Sra. Ministra Nancy Andrighi cita o processualista Michele Taruffo²⁶, que afastou veementemente a noção de que haveria contradição no reconhecimento do abuso de um direito processual fundamental. O jurista começa citando os argumentos daqueles que seriam contra o reconhecimento do abuso do direito processual. Ele

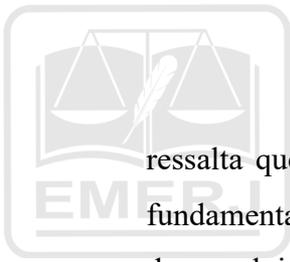
²² BRASIL, op. cit., nota 2.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, v. 34, nº 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 164-166.



ressalta que alguns juristas poderiam dizer que, quando a questão refere-se a uma garantia fundamental, não haveria espaço para o abuso do direito processual, pois os contemporâneos desenvolvimentos das garantias constitucionais são no sentido de alargar o seu espectro, excluindo-se a possibilidade do abuso do direito processual em muitas áreas do processo civil.

Ainda indicando os argumentos daqueles que são contrários ao reconhecimento do abuso do direito processual, Michele Taruffo²⁷ indica que tais juristas poderiam ressaltar que a própria ideia de abuso de direitos processuais é contraditória por si, afinal, quando se fala de direitos processuais, na concepção de direitos processuais garantidos, não há espaço para abuso. O jurista ainda traz a preocupação sobre a possibilidade de conflitos entre a concretização de direitos fundamentais e o problema do abuso de direito processual, pois, em muitos ordenamentos jurídicos, a realização das garantias fundamentais ainda está em desenvolvimento. Dessa forma, alguns aplicadores do direito poderiam recear que tal conceito de abuso seja utilizado como uma forma de limitar ou prevenir a completa concretização de tais garantias. Ou seja, deve-se estar atento para que não se impeça ou desacelere o desenvolvimento de garantias processuais, destacando-se em excesso a hipótese de serem objeto de ilicitudes.

Michele Taruffo²⁸ reconhece que essas preocupações supracitadas são importantes e merecem zelo. No entanto, o jurista acerta ao assentar que elas não podem impedir o reconhecimento de que o abuso do direito processual é problema sério, apenas pelo receio perante um rótulo de direito fundamental processual. Nesse sentido, o autor enfatiza que não há contradição alguma em se falar de abuso de direito processual. Isso porque, segundo ele, um direito pode ser exercido em muitos modos diversos e com diferentes finalidades. Dessa forma, há a possibilidade de se diferenciar condutas processuais justas e corretas daqueles injustas e abusivas. Ou seja, não é porque uma pessoa possui o direito fundamental de acesso à Justiça que ela estará autorizada a propor qualquer ação sem nenhum interesse minimamente legítimo, apenas com o foco de infernizar outra pessoa. Em tal caso, está claro o abuso do direito de acesso à Justiça.

Nessa perspectiva, chega-se à conclusão de que, de fato, não há contradição entre concretização de garantias processuais e o reconhecimento da *sham litigation*, como ajuizamento sucessivo malicioso de ações. Conforme ressalta Michele Taruffo²⁹, direitos, mesmo aqueles fundamentais e garantidos, podem ser utilizados de maneira incorreta e com propósitos espúrios, sendo, logo, objetos de abusos. Ao mesmo tempo, garantias processuais

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.



não possuem o intuito de legitimar práticas abusivas, injustas e nocivas. Assim, a questão sobre aplicação de direitos constitucionais e a tese do abuso de direito processual pertencem a diferentes conjunturas e, pelo menos na teoria, não devem se sobrepor nem divergir um do outro. Afinal, quando o abuso começa, a garantia deve terminar.

Dentro desse contexto, como forma de parâmetro, o primeiro indicador de configuração da *sham litigation* é o surgimento de um padrão de processos infundados e repetitivos. Uma segunda característica seria a aptidão de tais processos sucessivos produzir resultados ilegais, não albergados pelo direito de acesso à Justiça³⁰. Esses dois sinais podem conduzir, em caráter sempre excepcional, à punição do litigante por prática de *sham litigation*.

Tal excepcionalidade deve ser sempre buscada pelo aplicador do direito, de forma que a punição à título da *sham litigation* não viole o núcleo essencial do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³¹. Isso é fundamental para a própria afirmação de tal dispositivo constitucional, uma vez que abusos devem ser rechaçados justamente para própria efetivação legítima do direito universal de acesso à Justiça³². Afinal, um direito ser universal significa que todos o possuem, mas isso não quer dizer que seu exercício possa se dar de qualquer forma, ficando sua realização ilícita fora do espectro de tal universalidade.

CONCLUSÃO

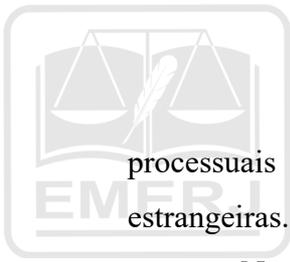
Este artigo coloca como problemática essencial, com o REsp nº 1817845-MS como ponto de partida, a questão da *sham litigation* sendo punida como abuso de direito e as eventuais implicações disso no sistema jurídico pátrio. A discussão principal concretiza-se no confronto aparente entre a punição da *sham litigation* e o direito de acesso universal à Justiça.

Para dar fundação ao embate, demonstrou-se, no primeiro capítulo, como o voto-vista vencedor da Sra. Ministra Nancy Andriighi aplicou a doutrina da *sham litigation* no acórdão vencedor do REsp nº 1817845-MS. Para isso, foi preciso trazer como a *sham litigation* vem sendo utilizada nos Estados Unidos, quase que exclusivamente no Direito Econômico; e, depois, dissecou-se como a teoria foi apresentada pelo E. STJ. Ficou claro, assim, que o E. STJ, de maneira inovadora, aplicou o instituto de maneira diferente do que foi aplicado em sua origem, ou seja, ampliou-se seu espectro de observância, embrenhando-se em relações

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³² TARUFFO, op. cit., nota 26.



processuais gerais e extrapolando as bordas do direito concorrencial ditadas por decisões estrangeiras.

No segundo capítulo, explanou-se como a Sra. Ministra Nancy Andrighi encontrou uma saída no artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito, diante do vácuo na legislação processual, não corrigido pelos artigos 77 a 81 do CPC/2015. Diante da abrangência da *sham litigation* preliminarmente estabelecida, conforme salientado no primeiro capítulo, a Sra. Ministra percebeu, de forma acertada, que seria necessário um instituto alternativo para punir uma desvirtuação tão forte ao direito de acesso universal à Justiça.

Dessa forma, demonstrou-se como o abuso de direito é um instituto versátil no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se separa a licitude do conteúdo da ilicitude da consequência de um ato. Diante de tal versatilidade, ficou claro que o abuso de direito encaixou perfeitamente como método para se coibir a *sham litigation* no acórdão do REsp nº 1817845-MS. Salientou-se que a necessidade de recorrer ao artigo 187 do Código Civil vem da incompletude dos próprios institutos processuais, que não dão terreno fértil para repressão do ajuizamento malicioso sucessivo de ações.

Foi necessário, ainda, separar de forma contundente as condutas que dão ensejo ao abuso do direito fundamental de acesso à Justiça daquelas que se subsumam aos artigos 77 a 81 do CPC/2015. Sustentou-se, portanto, que o abuso do direito fundamental de acesso à Justiça não se configura em cada um dos atos processuais isoladamente, mas em uma sucessão de atos combinados entre si, em sucessivas pretensões sem qualquer fundamentação. Ou seja, é o conjunto da obra que gera o dever de indenizar com base no artigo 187 do Código Civil e não cada ato processual ilícito individual.

Assim, restou cristalino que não há por que separar de forma estanque os institutos processuais dos materiais, aumentando-se ainda mais o leque de possibilidades para que o aplicador do direito impeça atos que são nocivos à sociedade. Nesse sentido, o entendimento defendido por esse artigo estará cada vez mais presente em decisões judiciais, sendo isso algo positivo, uma vez que a *sham litigation* deve ser reprimida por todos que exaltam o direito universal de acesso à Justiça.

Este artigo pretende sustentar, por conseguinte, que punir a *sham litigation* como abuso de direito, de forma excepcional, não viola o direito universal de acesso à Justiça. De fato, ao longo de toda exposição, tomou-se cuidado em ressaltar que se deve ter parcimônia em encaixar a *sham litigation*, como ajuizamento sucesso malicioso de ações, no artigo 187 do Código Civil, tendo em vista que o direito universal de acesso à Justiça é um direito fundamental basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro.



A excepcionalidade na punição da *sham litigation*, conforme demonstrado, não pode impedir, no entanto, o reconhecimento de que o abuso de direito processual é uma questão séria. Diante disso, defendeu-se que não existe contradição na expressão “abuso de direito processual”, afinal, um direito pode ser exercido de diversas maneiras e com diferentes fins. Assim, o ordenamento jurídico deve privilegiar condutas processuais justas e corretas em detrimento daquelas injustas e abusivas.

Ficou claro, nesse sentido, que a proposta deste artigo consiste na tese de que, na realidade, punir a *sham litigation* como abuso de direito não viola o núcleo essencial do direito de acesso à Justiça, quando observados certos parâmetros, mas sim o exalta. De fato, um direito ser utilizado para produzir resultados ilegais traz para tal instituto um caráter negativo perante o ordenamento jurídico e a sociedade. Dessa forma, com o fim de efetivar e afirmar legitimamente o direito universal à Justiça, abusos devem ser rechaçados, pois, conforme defendido, a universalidade de um direito não implica o seu exercício de qualquer forma, ainda que todas as pessoas o possuam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Superior Tribuna de Justiça. *REsp. n° 1.817.845/MS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relatoria para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1817845&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> . Acesso em: 01 set. 2020

_____. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CORRÊA, Rogério. *Você sabe o que é Sham Litigation?* Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=13665&n=voc%C3%AA-sabe-o-que-%C3%A9-sham-litigation?. Acesso em: 01 set. 2020.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1977.



MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Processo administrativo sancionador federal como instrumento de proteção de direitos individuais e difusos*: Breves reflexões sobre o garantismo e interesse público na efetivação da pretensão punitiva estatal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/processo-administrativo-sancionador-federal-como-instrumento-de-protecao-de-direitos-individuais-e-difusos-breves-reflexoes-sobre-garantismo-e-interesse-publico-na-efetivacao-da-pretensao-punitiva-est/>. Acesso em: 25 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, v. 34, nº 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO POR MEIO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA *INAUDITA ALTERA PARTE*

Gabriela Souto Silveira

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – o objetivo deste trabalho é abordar a temática atinente à decretação liminar do divórcio, analisando os fundamentos jurídicos da decisão de concessão da tutela de evidência antes da oitiva da parte contrária e enfrentando os argumentos trazidos por aqueles que se opõem a tal possibilidade. Sem a pretensão de esgotar o tema ou de trazer solução final à controvérsia, o que o presente trabalho propõe é a discussão acerca do instituto do divórcio e da possibilidade de utilização do mecanismo processual da tutela de evidência *inaudita altera parte* como meio de efetivação do direito fundamental da pessoa casada de divorciar-se, que decorre da autonomia privada e do direito à liberdade.

Palavras-chave – Direito de Família. Direito Processual Civil. Divórcio litigioso. Concessão de liminar.

Sumário – Introdução. 1. Divórcio como direito potestativo. 2. Possibilidade de concessão do divórcio judicial em sede de tutela de evidência. 3. Decretação do divórcio judicial *inaudita altera parte*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir a possibilidade de concessão do divórcio requerido judicialmente, de forma unilateral, em sede de tutela de evidência, antes da oitiva da parte contrária. Trata-se de uma questão controvertida extremamente atual, para cuja solução exige-se diálogo entre matérias de índole constitucional, civil e processual civil. O que se objetiva é debater a extensão do exercício do contraditório por parte do réu na ação de divórcio, bem como provocar a discussão acerca das consequências processuais da natureza do divórcio de direito potestativo.

O Direito de Família é um dos ramos do direito que mais sofre alterações à medida que correm os séculos e é particularmente sensível às mudanças sociais. Eis que se ocupa, fundamentalmente, da resolução dos conflitos que surgem a partir das relações interpessoais em âmbito familiar. Muito embora haja extensa regulamentação legal, os entendimentos jurisprudenciais estão em constante evolução, pois precisam acompanhar as alterações fáticas estruturais e organizacionais das relações familiares.

Há grande influência religiosa, ética e moral no Direito de Família em razão de os responsáveis pela elaboração e pela aplicação das normas jurídicas serem indivíduos que vivem em sociedade e compõem entidades familiares, o que os impede de uma análise isenta das



questões de família. Embora se reconheça esta influência, deve-se limitar este influxo tanto quanto seja possível. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito no qual se consagram diversos direitos fundamentais e dentre eles, a proteção da instituição familiar da forma mais ampla possível, de modo a englobar suas mais diversas conformações e eventuais disfuncionalidades.

O Direito de Família precisa acompanhar a dinamicidade das relações humanas, fornecendo soluções inovadoras a controvérsias de cunho material e processual. A proposta deste artigo é analisar uma dessas controvérsias, qual seja possibilidade de decretação judicial do divórcio sem necessidade da prévia oitiva do réu, aproximando o rito processual aplicável da realidade material vivenciada pelo indivíduo que pretende divorciar-se. A temática será abordada voltando-se os esforços a consequência processual da natureza jurídica do direito objeto da lide, a partir de uma perspectiva prática das eventuais consequências para o rito processual de considerar-se o divórcio como direito potestativo.

O primeiro capítulo concentra-se em questões de direito material, apresentando a evolução histórica do divórcio litigioso no Brasil, que culminou em sua elevação à direito potestativo, por força da Emenda Constitucional nº 66/2010, e provocando a reflexão acerca dos possíveis efeitos da natureza jurídica do divórcio.

O segundo capítulo, por sua vez, trata de forma aprofundada das questões processuais referidas no primeiro capítulo, analisando detalhadamente a possibilidade, já consagrada na jurisprudência pátria, de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência.

No terceiro capítulo, discute-se a inutilidade do exercício do contraditório prévio para análise do pedido de divórcio, principalmente diante da necessidade de celeridade processual, sugerindo a prolação de decisão de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, antes da oitiva da parte ré – como meio eficaz de concretização do direito de divorciar-se.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, uma vez que diante de uma série de proposições hipotéticas se transcorre sobre a temática, examinando as possíveis respostas para cada questionamento e, dentre elas, elegendo a que é mais adequada a conceder ao jurisdicionado o melhor provimento judicial dentro do menor prazo possível. Para tanto, a abordagem desta pesquisa jurídica é qualitativa.

1. DIVÓRCIO COMO DIREITO POTESTATIVO

Para que se possa analisar a proposta deste artigo de decretação do divórcio litigioso em sede de tutela provisória antes da citação da parte contrária, é necessário estabelecer

algumas premissas de índole material. Nesse sentido, faz-se necessária uma brevíssima abordagem histórica, isto porque a melhor compreensão dos vieses contemporâneos do divórcio exige que se perpassasse os antecedentes que levaram à atual regulamentação.

Como já bem dito, as questões atinentes ao Direito de Família são influenciadas por padrões éticos, religiosos, morais e culturais e o divórcio não foge a esta regra. No Brasil, até o ano de 1999, os casamentos não podiam ser voluntariamente dissolvidos. Significa dizer que o casamento válido só se extinguia com o perecimento de um dos nubentes. A única hipótese de terminação voluntária da sociedade conjugal era o desquite que, por sua vez, não dava fim ao vínculo matrimonial – ou seja, o desquitado não podia casar-se novamente.

Com a edição da Lei nº 6515/77, passou-se a admitir o divórcio, com a necessidade de prévia separação judicial. Em 1988, com o advento da Constituição Federal, aboliu-se a restrição de cada pessoa só podia divorciar-se apenas uma vez, mas foi mantida a exigência de prévia separação judicial como requisito do divórcio, a não ser que o casal já estivesse separado de fato há pelo menos dois anos.

No ano de 2010 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226 §6 da Constituição Federal¹, simplificando seu texto ao afirmar que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Quando da reforma do texto constitucional, questionou-se em doutrina se a nova redação era meramente afirmativa de que a disciplina do divórcio teria sido retirada da Lei Maior. Isto porque a alteração no Texto Maior não veio acompanhada da modificação ou da revogação de dispositivos do Código Civil e de leis específicas. Foi preciso que a doutrina interpretasse o dispositivo constitucional e firmasse entendimento acerca da matéria, no sentido da mera desconstitucionalização, sem superação ou revogação das normas infraconstitucionais que tratam do tema, ou entendendo pela inviabilidade da separação de direito no contexto pós-Emenda.

Zeno Veloso², ao tratar do tema afirmou que “numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226 §6º, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi abolida em nosso direito”. Nesse mesmo sentido, tem-se as palavras de Flávio Tartuce³, para quem “a Emenda

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2021.

² VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: < <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2328305/artigo-o-novo-divorcio-e-o-que-restou-do-passado-por-zeno-veloso>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 315.



Constitucional nº 66/2010, conhecida como Emenda do Divórcio, representa uma verdadeira revolução para o Direito de Família brasileiro”.

A doutrina majoritária, representada não apenas pelos dois juristas cujas ideias reproduziu-se acima, mas também por Cristiano Chaves de Farias⁴, Pablo Stolze Gagliano⁵ e Maria Berenice Dias⁶, interpretou a reforma constitucional entendendo que a partir dela, perderam força jurídica as regras legais sobre separação judicial, que passa a ter utilidade apenas para aqueles que já se encontravam separados ao tempo de sua vigência. Ademais, desaparece o requisito temporal para o divórcio, que passa a ser exclusivamente direto.

A Emenda do Divórcio busca afastar o Estado da intimidade do casal e reconhece a autonomia dos cônjuges para extinguir, por sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de cumprimento de qualquer requisito temporal.

Cristiano Chaves de Farias⁷ entende que o princípio constitucional norteador da matéria, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, passou a ser o da facilitação da obtenção da dissolução do casamento, submetendo-a a apenas um requisito, qual seja, a vontade da pessoa casada.

Nesse mesmo sentido, tem-se o entendimento de Maria Berenice Dias⁸, para quem “a Emenda Constitucional nº 66/2010, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias”, não apenas porque determinou a dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de qualquer prazo, mas também porque eliminou a possibilidade de identificação de culpados.

Com relação à possibilidade de determinação de culpa pela ruptura da conjugalidade, cabe referir o posicionamento de Flávio Tartuce⁹ que, muito embora entenda que a culpa não pode obstar a decretação do divórcio, permite a sua discussão para outros fins, compensatórios ou de fixação de pensão alimentícia. Para ele, é possível aferir culpa no fim do vínculo matrimonial, em casos graves e excepcionais, em razão de o casamento ser um contrato que estabelece direitos e deveres aos contratantes. Apesar desse entendimento, Tartuce não nega a ideia de mitigação da culpa, em casos de culpa recíproca dos cônjuges, de difícil investigação da culpa ou até mesmo em casos de deterioração factual do casamento.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 350.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 641.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 120.

⁷ FARIAS, op. cit., p. 417.

⁸ DIAS, op. cit., p. 355.

⁹ TARTUCE, op. cit., p. 1913.



Nesse mesmo sentido, cabe mencionar o entendimento de Guilherme Couto de Castro¹⁰, para quem o fato de ser dispensável a causa culposa para decretação do divórcio, não afasta a possibilidade que os termos do divórcio serem discutidos cogitando-se de culpa. Para este autor, a culpa no fim do relacionamento tem uma imensa gama de efeitos, como por exemplo, possível responsabilidade civil de um dos cônjuges, mas só deve ser suscitada quando na ação judicial forem discutidas questões atinentes a tais efeitos.

A posição doutrinária ora referida é relevante para fins de fixação de determinados efeitos colaterais decorrentes do casamento, mas em nada impacta a conclusão de que o divórcio é um direito potestativo. Pablo Stolze Gagliano¹¹, ao tratar do tema afirma que para fins de dissolução da sociedade conjugal, não cabe ao juiz buscar as razões que levaram ao fim do matrimônio, bastando o fim do afeto.

O que se tem, portanto, é o banimento da culpa para fins de decretação de divórcio, uma vez que a busca por um culpado pelo fracasso da relação conjugal afronta os princípios constitucionais da privacidade, da intimidade, da liberdade e da afetivamente, culminando por atingir o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Pós Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio passou a ser concebido como um direito incondicionado e extintivo. Essa alteração reflete os novos valores da sociedade brasileira, que está preocupada não em impedir o rompimento de um vínculo fadado ao fracasso, mas sim em proteger os integrantes da família, individualmente, e assegurar que eles, em condições de igualdade, possam requerer o divórcio, caso não queiram mais disfrutar da vida em comum.

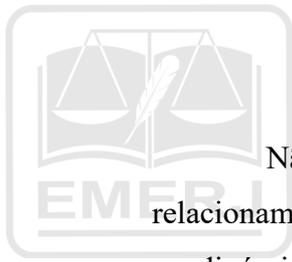
Ao contrário de um direito subjetivo, em que o indivíduo se vale de uma faculdade incorporada à sua esfera jurídica em razão de uma previsão legal de um direito objetivo, o direito potestativo é aquele incontroverso, ao qual a parte contrária nada pode opor. Aquele contra quem um direito potestativo é alegado, não pode contestá-lo, devendo a ele sujeitar-se.

Tratar o divórcio como um direito potestativo é contemplá-lo como fruto da autonomia privada e da liberdade. Para Cristiano Chaves Farias¹², o divórcio é um direito potestativo extintivo que tem como fundamento único o desamor. Essa é uma visão garantista e que privilegia a perspectiva constitucional de que o fim do projeto de comunhão plena de vida não se submete a qualquer requisito que não o fim da afetividade.

¹⁰ CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil – Lições*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011 p. 344.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 690.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 389, [e-book].



Não sendo possível discutir na ação de divórcio qual dos cônjuges deu culpa ao fim do relacionamento, ainda que se admita a relevância da culpa para resolução de questões acessórias ao divórcio, o direito de divorciar-se é potestativo, sendo incabível qualquer oposição à pretensão do autor, vez que simplesmente fundada em sua liberdade de não permanecer casado. Essa interpretação representa uma evolução do ponto de vista jurídico-normativo, pois elimina o estigma que havia em um contexto pré Emenda Constitucional nº 66/2010 sobre aquele a quem a culpa era atribuída, sobretudo se fosse o cônjuge mulher.

Nas palavras de Gustavo Tepedino¹³ “a identificação de um culpado pelo fracasso do casamento revelava a intenção do legislador em manter a união a todo custo, como se o rompimento do vínculo conjugal representasse o esfacelamento da própria família”.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴ vai além e defende que a análise de culpa é incompatível com a concepção da família-instrumento, posta em vigor pela Constituição Federal¹⁵ e que volta a família, como instituto, à realização pessoal de seus membros, individualmente considerados.

Arnaldo Rizzardo¹⁶, em igual sentido, é categórico ao afirmar que “basta a mera disposição de divorciar-se”, fazendo menção à Emenda Constitucional nº 66/2010 como representativa de um reforço ao caráter laico da República Federativa do Brasil. Isto porque, ao mesmo tempo em que extinguiu a separação que burocratizava o desiderato daqueles que simplesmente querem dar fim ao casamento, dispensou qualquer lapso temporal impeditivo do divórcio e eliminou a possibilidade de aferição de culpa ou má conduta de um dos cônjuges para fins da dissolução do vínculo conjugal.

Estabelecida a importante premissa de que o direito de se divorciar é potestativo, analisar-se-á, no próximo capítulo, a possibilidade de concessão do divórcio judicial em sede de tutela provisória de evidência.

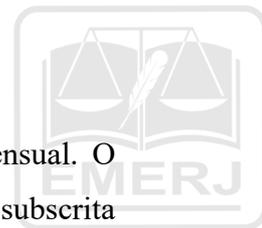
2. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO DIVÓRCIO JUDICIAL EM SEDE DE TUTELA DE EVIDÊNCIA

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista02/revista02_32.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A tutela do nome da pessoa humana*. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/175/401>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 01.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 335.



Nos termos da legislação vigente, o divórcio pode ser litigioso ou consensual. O divórcio consensual poderá ser feito por meio de escritura lavrada em tabelionato, subscrita por advogado e pelos cônjuges, se não houver filhos incapazes e, neste caso, será levada ao Registro Civil competente para averbação. Havendo interesse de incapazes, o procedimento deverá ser judicial.

O divórcio litigioso, por sua vez, terá como via única a judicial. Ressalte-se que, em razão do entendimento exposto no capítulo anterior, de que o divórcio é um direito potestativo e, portanto, não condicionado a culpa, a litigiosidade não diz respeito ao pedido de divórcio em si, mas sim a pedidos conexos à decretação da dissolução do casamento.

A ação de divórcio litigioso, na vasta maioria dos casos, apresenta pedidos cumulados ao divórcio, vez que, como já foi dito, o réu não pode se opor ao pedido de divórcio em si, razão pela qual o conflito normalmente repousa sobre cláusulas relativas à matéria subjacente, como a partilha dos bens do ex-casal, a guarda ou o regime de visitação dos filhos, a fixação de alimentos em favor de um dos ex-cônjuges.

A demanda seguirá o procedimento especial previsto para as ações de família nos arts. 693 a 699 do Código de Processo Civil¹⁷. Recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação pessoal do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, após tomadas as providências referentes à tutela provisória, nos termos do art. 695.

Após a entrada em vigor do referido diploma legal e da alteração da Constituição trazida pela Emenda nº 66/2010, discute-se a possibilidade de decretação do divórcio em sede de tutela provisória, em momento anterior ao da análise dos pedidos conexos ao divórcio.

O Código de Processo Civil¹⁸ prevê, em seu art. 294, duas espécies de tutela provisória, qual sejam a tutela de urgência e a tutela de evidência. Esta última presta-se à concessão de decisão antecipatória do mérito, em hipóteses em que o direito trazido pelo autor na exordial é evidente, mesmo que não seja por ele relatada uma situação de urgência.

A tutela de evidência apresentada no ora referido art. 294 do Código de Processo Civil¹⁹ é objeto de regulamentação específica pelo art. 311 do mesmo diploma legal²⁰, sendo previstas quatro hipóteses para sua concessão (incisos I a IV). Nenhum desses incisos faz

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 17.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.



menção expressa à decisão de decretação do divórcio, mas será que o rol de hipóteses previstos nos incisos I a IV do art. 311²¹ é taxativo?

Segundo Cássio Scarpinella Bueno²², a evidência não deve ser interpretada literalmente, ela deve ser entendida como a situação em que o requerente tem direito mais provável que o de seu adversário, razão pela qual impõe-se a proteção jurisdicional imediata, independente de urgência. Por essa razão, o ora mencionado autor defende a existência outras hipóteses assimiláveis à tutela de evidência além das previstas no art. 311 do Código de Processo Civil²³, citando como exemplo a tutela das ações possessórias, a tutela de fruição de bens pelos herdeiros ao longo do inventário e a tutela de resguardo de bens para o nascituro em nome do inventariante.

Nesse mesmo sentido, tem-se o entendimento de Fredie Didier Jr.²⁴, para quem “a evidência é um fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas”. Este autor defende que a evidência é uma técnica processual que exige a presença de dois pressupostos: prova das alegações e probabilidade de acolhimento da pretensão. A tutela seria possível, portanto, sempre que o direito fosse evidenciado por provas.

Em suas palavras²⁵, “o art. 311 do Código de Processo Civil²⁶ traz hipóteses de evidência que justificam a tutela provisória, mas pode haver outras, espalhadas pela legislação”. Limitar a tutela de evidência às hipóteses dos incisos do art. 311 seria ignorar que possam existir situações outras em que o direito alegado seja evidente, tornando estática norma que se pretende dinâmica. Comprovados os requisitos que tornam o direito evidente, perfeitamente possível se afigura a concessão da tutela.

Nesse mesmo sentido, cabe mencionar os enunciados nº 422²⁷ e nº 423²⁸ do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que defendem que as hipóteses do art. 311 do Código de

²¹ Ibid.

²² BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 494.

²³ Ibid.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 697.

²⁵ Ibid., p. 698.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Enunciado 422 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais. Disponível em: < <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em 09 jun. 2021.

²⁸ BRASIL. Enunciado 423 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: Cabe tutela de evidência recursal. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>. Acesso em: 09 jun. 2021



Processo Civil²⁹ não são exaustivas e que a tutela de evidência é plenamente compatível com os procedimentos especial e com a fase recursal.

O direito de divorciar-se é evidente vez que se funda exclusivamente na vontade do autor de não mais permanecer casado, não sendo possível a parte ré a ele opor-se. Em outras palavras, é possível concluir de plano pela plausibilidade do direito do autor de dissolução do casamento.

Há na jurisprudência³⁰, decisões esparsas pelo indeferimento do divórcio em sede de tutela provisória, apesar do caráter evidente do divórcio. O argumento utilizado para tanto é justamente já refutada necessidade de previsão expressa da hipótese no art. 311 do Código de Processo Civil³¹, bem como o perigo de irreversibilidade da decisão. Essa posição é defendida em doutrina por Denise Damo Comel³², para quem a potestividade do direito de divorciar-se é um estado de poder comum dos cônjuges, razão pela qual não se autorizaria o seu exercício unilateral e de forma isolada.

A posição que predomina em doutrina³³ e em jurisprudência³⁴ hoje é, em sentido diverso, pela possibilidade de decretação do divórcio em sede de tutela provisória de evidência, partindo-se da *ratio* ora explicitada de que o rol do art. 311 do Código de Processo Civil³⁵ é exemplificativo.

Mais do que isso, na lógica processual vigente, a concessão do divórcio em sede de tutela provisória de evidência é não apenas viável, mas também recomendável. Os rumos da família devem ser definidos por seus membros, como forma de privilegiar-se à autonomia da vontade, não cabendo ao Estado imiscuir-se nas decisões da família, projetando sobre os cidadãos uma visão idealidade de entidade familiar, totalmente dissociada da realidade fática.

A postergação da decisão de divórcio, na maioria das vezes, leva ao aumento da animosidade do casal, gerando reflexos negativos não apenas para os futuros ex-cônjuges, mas também para os outros membros da família, por exemplo, filhos em comum. As relações

²⁹ Ibid.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0013270-57.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Ricardo Alberto Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.17203>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

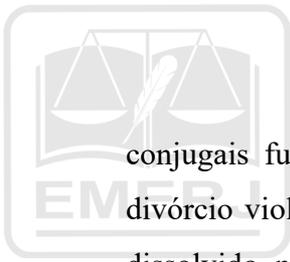
³¹ Ibid.

³² COMEL, Denise Damo. *Divórcio Liminar: Reflexões*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38217/divorcio-liminar-reflexoes>>. Acesso em 29 abr. 2021.

³³ TARTUCE, Fernanda. *Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009145-46.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Werson Franco Pereira Rêgo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12412>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁵ Ibid.



conjugais fundamentam-se na liberdade e na igualdade e a morosidade na decretação do divórcio viola a autonomia da vontade do autor que, enquanto não tiver o vínculo conjugal dissolvido, não pode contrair novas núpcias.

Conforme já explicitado no primeiro capítulo deste artigo, a tutela constitucional da família é voltada à proteção de seus membros, assegurando-se, em tempo razoável, a dissolução de um vínculo que não mais pretendam manter, para que possam buscar a constituição de uma nova família. Nesse sentido, a decretação do divórcio em tutela de evidência contribui para a efetivação do princípio da busca da felicidade.

A ora mencionada busca pela felicidade, erigida a princípio por força do julgamento emblemático, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo³⁶, funda-se na noção de que na convivência familiar, baseada no afeto, deve valorizar, particularmente, o bem estar, o respeito, o desenvolvimento pessoal dos integrantes da família e o direito do homem de ir em busca de sua mais alta aspiração que é, essencialmente, a felicidade.

A bem da verdade é que exigir que a parte autora aguarde o curso da instrução processual para que haja a decretação do divórcio é ignorar o princípio da celeridade processual trazido pelo art. 4º do Código de Processo Civil³⁷, fazendo prevalecer o exercício de um contraditório inútil. A pretensão autoral de dissolução do casamento não permite prova em sentido contrário, ou seja, não poderá o réu, no curso da instrução processual, produzir prova capaz de obstar a procedência do pedido autoral de divorciar-se.

Ademais, é incabível prolongar a agonia de um processo judicial diante da expressa possibilidade prevista no Código de Processo Civil³⁸ de cisão do mérito da demanda. Seu art. 356 prevê que o juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados mostrar-se incontroverso (inciso II) ou estiver em condições de imediato julgamento (inciso II).

A decisão que decreta o divórcio de um casal em sede de tutela provisória de evidência é uma decisão parcial de mérito. Inclusive, no que tange aos efeitos dessa tutela, existem algumas particularidades interessantes.

Como regra, a tutela de evidência é satisfativa, mas precisa ser confirmada por sentença. No entanto, a decretação do divórcio em tutela de evidência foge a essa regra. Isto porque, ao mesmo tempo em que o direito de se divorciar, por ser de natureza potestativa, é

³⁶ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.



evidente, o pedido de divórcio, desde o momento do ajuizamento da ação, está em condições de imediato julgamento, amoldando-se à hipótese do art. 356, II do Código de Processo Civil³⁹.

É sabido que a decisão parcial de mérito, transitando em julgado, produz os mesmos efeitos que uma sentença. Portanto, a decisão que decreta o divórcio em sede de tutela de evidência dispensa ratificação por sentença, pois a ela equivale, devendo qualquer das partes averbá-la no cartório competente após o seu trânsito em julgado.

Essa definitividade da decisão que concede o divórcio em sede de tutela provisória deriva da natureza do direito objeto da lide que, por ser potestativo, enquadra-se nos requisitos necessários à concessão da tutela de evidência e ao mesmo tempo, permite a cisão do mérito, em razão da existência de condições para a imediata resolução do divórcio.

Portanto, conclui-se pela possibilidade concessão do divórcio em sede de tutela provisória, como preceituado por Maria Berenice Dias⁴⁰, já que ação de divórcio não dispõe de causa de pedir, não havendo defesa cabível. Nas palavras da autora⁴¹, “culpas, responsabilidades, eventuais descumprimentos dos deveres do casamento não integram a demanda”, sendo recomendável a concessão da tutela para a redução do grau de litigiosidade da ação, pacificando-se ao menos um dos conflitos ali existentes.

3. DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO *INAUDITA ALTERA PARTE*

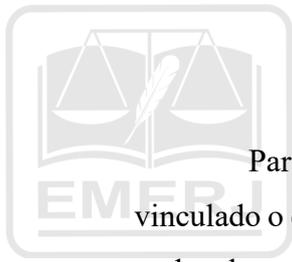
O divórcio é um instrumento que proporciona a extinção da relação conjugal, sem causa específica, a partir da simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges e que gera como consequência a extinção dos deveres conjugais. A ação de divórcio tem eficácia desconstitutiva ou constitutiva negativa e com o trânsito em julgado da sentença os cônjuges adquirem a condição de divorciados.

O divórcio incondicionado alinha-se com os princípios constitucionais da autonomia e da liberdade sob uma perspectiva de intervenção mínima do direito de família na vida privada do casal. A família constitui-se com base no afeto e o divórcio é, portanto, uma ruptura afetiva, apesar de quase sempre estar vinculado a questões acessórias de natureza financeira.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ DIAS, op. cit., p. 380.

⁴¹ Ibid., p. 379.



Para Pablo Stolze⁴², o processo serve à vida, não havendo razão para manter-se vinculado o casal, se inexistente o afeto, vez que os efeitos paralelos ou colaterais do casamento podem levar meses ou, até mesmo anos, para serem solucionados. Essa é a razão para, conforme explicitado no capítulo anterior, admitir-se a decretação do divórcio em sede de tutela de evidência.

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que é possível a decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, cabe analisar se a dissolução do vínculo conjugal exige a angularização da relação processual para que se delibere acerca da pretendida tutela de evidência ou se é possível a decretação do divórcio liminarmente.

Liminar, etimologicamente, do latim, *liminares*, diz respeito ao momento inicial, ao primeiro estágio de algo. É por isso que no universo jurídico, liminar é toda decisão tomada no início do litígio, na fronteira da disputa (*in limine litis*). A decisão liminar é, portanto, aquela que antecede a oitiva da parte contrária, ou seja, é aquela proferida *inaudita altera parte*, concedida pelo juiz no início do processo, antes da oitiva da parte adversa.

O questionamento acerca da possibilidade de concessão do divórcio liminarmente em tutela de evidência surge, a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, em razão de o direito de divorciar-se passar-se a ser potestativo.

O repositório jurisprudencial pátrio, ao enfrentar o tema, pode ser dividido em três posições distintas: aqueles que entendem não ser possível a decretação do divórcio em sede de tutela provisória, aqueles que entendem ser possível a decretação do divórcio em sede de tutela provisória de evidência, desde que dada oportunidade de manifestação prévia da parte contrária e aqueles que defendem a possibilidade de concessão de divórcio liminar.

Como a controvérsia acerca da possibilidade da concessão do divórcio antes da sentença já foi explorada no capítulo anterior, explicitando-se que prevalece o entendimento daqueles que defendem a possibilidade de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, passe-se a análise da possibilidade de concessão do divórcio antes da oitiva da parte contrária.

Quem nega esta possibilidade o faz com base na gravidade e na irreversibilidade da medida, uma vez que a decisão em sede de tutela provisória decretaria o fim da sociedade conjugal sem a observância de prévio contraditório. Há também julgados⁴³ que negam a

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze. *Divórcio liminar*. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/118306362/divorcio-liminar-artigo-do-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Agravo de instrumento nº 10188856720208110000*. Relator: Desembargador João Ferreira Filho. Disponível em: < <https://tj->



decretação liminar do divórcio antes da citação da parte contrária por ausência de previsão legal da hipótese no art. 311 § único do Código de Processo Civil⁴⁴, razão pela qual a tutela de evidência de decretação do divórcio dependeria da previa citação do réu.

Por outro lado, há quem defenda⁴⁵ a decretação do divórcio independe de qualquer prova ou condição em razão da dispensabilidade de formação do contraditório. Isto porque, se não há materialmente nada que possa ser alegado pelo réu para impedir a decretação do divórcio, não há necessidade de ouvi-lo antes da decretação do fim do casamento, desde que, evidenciada a realidade fática de desfazimento da relação conjugal anteriormente havida.

Nesse sentido, estar-se-ia diante de hipótese de contraditório inútil, uma vez que fornecendo o autor, na exordial, provas suficientes da dissolução do vínculo, não há que se obstar a concessão do divórcio sob o argumento de que o réu precisa necessariamente manifestar-se. Efetivamente, não há qualquer argumento que possa obstar a decretação do divórcio pleiteado. A oitiva do réu e a produção de outras provas em nada alterariam a manifestação de vontade da parte autora pelo divórcio e, conseqüentemente, a necessidade de alteração do estado civil das partes.

A decretação do divórcio concretiza o direito individual à felicidade afetiva, devendo o requerente tê-lo concedido no menor prazo possível. A citação quanto ao pedido puramente de divórcio tem por finalidade única cientificar a parte ré da modificação do seu estado civil. Se a parte autora já manifestou sua vontade de dissolver a união matrimonial, caberá ao outro cônjuge sujeitar-se a essa vontade – o pedido é, portanto, incontroverso, dispensando a produção de provas e o consentimento da parte ré.

Nesse sentido, surgiram, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015⁴⁶, na jurisprudência pátria, decisões esparsas⁴⁷ permitindo a decretação do divórcio liminarmente, fundamentando-o na natureza do divórcio de direito potestativo, o que

mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1134895272/10188856720208110000-mt>. Acesso em: 29 abr. 2021. e BRASIL, Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009137-69.2021.8.9.0000*. Relator: Wilson do Nascimento Reis. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12405>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Como, por exemplo, Maria Berenice Dias em DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 380, [e-book].

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Com diversos julgados ao redor do país permitindo a concessão em sede liminar, como por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de instrumento nº 04520953020208090000*. Relator: Desembargador Maurício Porfírio Rosa. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172231952/agravo-de-instrumento-cpc-ai-4520953020208090000-goiania>>. Acesso em: 29 abr. 2021.



dispensaria a formação do contraditório, vez que o único elemento necessário à decretação do divórcio seria a manifestação de vontade de um dos cônjuges, no caso, do autor.

Permitir o divórcio liminar é firmar a necessidade de celeridade processual e consagrar o princípio da autonomia da vontade, dando à norma constitucional que impôs o divórcio incondicionado, aplicação prática, autorizando que as partes tenham o seu direito à busca pela felicidade afetiva privilegiado.

O tema tem sido intensamente discutido em doutrina e corroborando com a possibilidade, tem-se os ensinamentos de Pablo Stolze⁴⁸, que já defendia a possibilidade de decretação por meio de decisão interlocutória sem urgência antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil⁴⁹, e de Fernanda Tartuce⁵⁰, para quem a possibilidade de dissolução do divórcio liminar representa uma importante mudança de paradigma valorizadora da autonomia do indivíduo.

Em verdade, após o aumento do debate no âmbito doutrinário, firmaram-se, nos últimos 2 (dois) anos, decisões contundentes e robustas, proferidas ou confirmadas pelos Tribunais de Justiça e não apenas por juízes singulares. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, muito embora não se possa dizer que haja entendimento pacífico nesse sentido, há inúmeras decisões⁵¹, todas muito recentes, autorizando a decretação do divórcio liminarmente, dispensando-se a formação do contraditório para a concessão do divórcio, em razão de se tratar de direito potestativo incondicionado.

Não há qualquer prejuízo às partes na decretação do divórcio liminar. Apesar desta tese ainda sofrer alguma resistência – fundada na possibilidade de prejuízo na ausência de citação, a tendência é que a decretação do divórcio em tutela de evidência *inaudita altera parte* incorpore-se verdadeiramente ao procedimento, passando a ser deste modo concedida, em razão da previsão constitucional de que o divórcio é direito potestativo incondicionado e também em virtude dos princípios constitucionais da liberdade e da autonomia da vontade.

CONCLUSÃO

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Divórcio liminar*. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/118306362/divorcio-liminar-artigo-do-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ TARTUCE, Fernanda. Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁵¹ É o caso, por exemplo, das tutelas concedidas nos julgamentos dos agravos de instrumento de nº 009145-46.2021.8.19.0000, 0009085-73.2021.8.19.0000, 0071972-30.2020.8.19.0000 e 0085157-38.2020.8.19.0000, todas proferidas por Câmaras Cíveis do TJRJ no ano de 2021.



A concessão do divórcio em sede de tutela de evidência de forma liminar é uma criação jurisprudencial baseada nos ensinamentos doutrinários acerca do instituto do divórcio e que pretende conceder prevalência ao direito da dignidade humana daquele que pretende divorciar-se em detrimento de um contraditório inservível.

O fim do casamento não é o ponto final da vida em família e não deve gerar a estigmatização de nenhum dos ex-cônjuges, muito embora haja quem defenda que a culpa continua sendo passível de discussão para fins de responsabilidade civil e fixação de alimentos. O ponto chave do cabimento do divórcio em tutela provisória antes da oitiva da parte ré é a impossibilidade de êxito na contestação do pedido, ou seja, a inutilidade da defesa no que diz respeito ao pedido de divórcio em si.

A controvérsia é de fundo constitucional uma vez que a natureza jurídica do divórcio é prevista na Carta Magna e não por acaso o direito de divorciar-se foi alçado a essa esfera. Trata-se de expressão importante da individualidade e da liberdade do indivíduo e em 2010, mais de 20 (vinte) anos depois da promulgação da Constituição Cidadã, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 66/2010, que submete o divórcio a apenas um requisito, qual seja a vontade da pessoa casada de divorciar-se.

Demonstrada a existência da relação matrimonial por meio de documento hábil e havendo pedido expresso de tutela provisória de divórcio, é viável a sua imediata decretação, sendo desnecessário aguardar pela angularização processual.

Não há que se argumentar o risco de irreversibilidade da medida, visto que se trata de decisão personalíssima, tomada por cônjuge capaz, pautada na livre vontade de pôr fim à relação matrimonial. Permitir o divórcio liminar é efetivar o direito do cônjuge requerente de buscar por sua felicidade e constituir nova família após cessado faticamente o vínculo matrimonial anterior. Não se pode, a pretexto de conceder à parte ré o direito ao contraditório, ignorar que a natureza do direito pleiteado pela parte autora não admite qualquer defesa, seja material ou processual, excluindo-se, é claro, questões acessórias ligadas, por exemplo, à partilha de bens do ex-casal e a fixação de alimentos.

O que se espera é que, com o passar dos anos, o divórcio liminar deixe de ser uma inovação e passe a fazer parte da praxe jurídica aplicável às ações de divórcio litigioso. Isto se, inovações legislativas não tomarem a frente na evolução da lógica procedimental, passando a permitir o divórcio unilateral extrajudicial a ser realizado diretamente junto ao Cartório de Registro das Pessoas Naturais. Nesse sentido, já existem inúmeros projetos de lei em diversos estados da federação.



A Emenda Constitucional nº 66/2010 foi aprovada com a finalidade de libertar o casal do calvário de permanecer casado quando a sociedade conjugal já sucumbiu. O divórcio liminar instrumentaliza esta finalidade simplificando o procedimento, privilegiando a economia processual e preservando a carga axiológica do princípio da liberdade na busca do amor e da felicidade garantido constitucionalmente, além de descolar o casamento de noções éticas, morais e religiosas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. *Lei nº 10406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Agravo de instrumento nº 10188856720208110000*. Rel. João Ferreira Filho. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1134895272/10188856720208110000-mt>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009137-69.2021.8.9.0000*. Rel. Wilson do Nascimento Reis. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12405>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0013270-57.2021.8.19.0000*. Rel. Ricardo Alberto Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.17203>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009145-46.2021.8.19.0000*. Rel. Werson Franco Pereira Rêgo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12412>>. Acesso em: 29 abr. 2021.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento n° 0013273-12.2021.8.19.0000*. Rel. Marcos André Chut. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.17232>>. Acesso em: 29 de abr. 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil – Lições*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

COMEL, Denise Damo. *Divórcio Liminar: Reflexões*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38217/divorcio-liminar-reflexoes>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Jus Podium, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Divórcio liminar*. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/118306362/divorcio-liminar-artigo-do-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A tutela do nome da pessoa humana*. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/175/401>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Manual de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista02/revista02_32.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2328305/artigo-o-novo-divorcio-e-o-que-restou-do-passado-por-zeno-veloso>>. Acesso em: 29 abr. 2021.



RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: OS IMPACTOS DO RE Nº 636.886 NAS AÇÕES PROPOSTAS COM BASE EM DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Glauber de Oliveira Lima

Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo – o ressarcimento ao erário por intermédio das ações oriundas dos julgados do Tribunal de Contas da União é o principal meio do Estado em reaver para os cofres públicos valores utilizados por administrados que causem perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao patrimônio público. Nessa seara, princípios constitucionais devem ser observados no desenvolvimento dos processos que ensejam as respectivas ações, na pesquisa em questão, o instituto da prescrição previsto no ordenamento jurídico pátrio ganha maior relevância com o firmamento da tese de repercussão geral pelo STF no julgado do RE nº 636.886. Dessa forma, a essência do trabalho é analisar os impactos da decisão da Suprema Corte sobre as ações de ressarcimento ao erário, os efeitos no ordenamento jurídico, e o seu alcance no âmbito da jurisdição do Tribunal de Contas da União.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Ressarcimento ao erário. Prescrição. Tribunal de Contas da União. Supremo Tribunal Federal.

Sumário – Introdução. 1. Relevância do instituto da pretensão ressarcitória do dano ao erário como instrumento de proteção ao bem público tutelado. 2. Os efeitos da decisão do RE nº 636.886 no ordenamento jurídico. 3. O posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre o alcance da decisão do Tema 899 no RE nº 636.886 no âmbito de sua jurisdição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a regra da (im)prescritibilidade no direito brasileiro no tocante às ações de ressarcimento ao erário propostas com base nas decisões do Tribunal de Contas da União. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, § 5º dispõe acerca da regra de prescritibilidade das demandas que tenham como objeto a prática de ilícitos, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Consoante o disposto na Constituição Federal quanto ao alcance jurisdicional sobre os atos de improbidade administrativa, o ressarcimento ao erário é o meio eficaz do Estado reaver o dano patrimonial causado aos cofres público em atos de gestão de qualquer agente, servidor ou não, que: arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária; que dê causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; tenha o dever de prestar contas ou cujos atos estejam legalmente sujeitos à sua



fiscalização; responda pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal ou a município.

Nessa esteira, a partir do julgamento realizado pelo STF (RE nº 636.886), sobre os limites de atuação do Tribunal de Contas da União, surgiram questões controversas e duvidosas no âmbito da academia jurídica e no próprio Tribunal de Contas, sobre os limites de interpretação e aplicabilidade da respectiva decisão. E, por conseguinte, demandará especial atenção em virtude do impacto que o instituto da prescritibilidade terá nas ações de ressarcimento ao erário. Considerando, que as ações de ressarcimento ao erário resultantes da execução de títulos condenatórios do Tribunal de Contas da União visam a proteção do patrimônio público, tendo por base no art. 37, §5º da Constituição Federal, no tocante à sua imprescritibilidade.

Dessa forma, o primeiro capítulo do trabalho busca explorar, o contexto histórico e os conceitos construídos pela jurisprudência e pela doutrina do instituto da pretensão ressarcitória do dano ao erário como instrumento de proteção ao bem público tutelado, a probidade administrativa, mostrando-se relevante diante da possibilidade de, uma vez reconhecida a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, que determinados atos fiquem impunes e o tesouro público seja lesado.

Dito isso, no segundo capítulo, procura-se analisar os efeitos da decisão no âmbito do RE nº 636.886 da aplicação da prescritibilidade da pretensão ressarcitória, e suas consequências jurídicas decorrentes do novo entendimento firmado pela Suprema Corte, cujos processos de cobranças de ressarcimento ao erário poderão ser atingidos, com declaração de prescrição imediata sobre procedimentos em andamento no Tribunal de Contas da União, com elevado risco do reconhecimento gerar prejuízos ao erário público.

No terceiro capítulo, há uma avaliação do posicionamento adotado pela corte de contas sobre o alcance da decisão do Superior Tribunal Federal no âmbito de sua atuação jurisdicional, em evitar a ocorrência da prescrição, num esforço processual temporal pautado nos princípios constitucionais da duração razoável do processo, da garantia ao direito e contraditório, sem ferir tais institutos, sob pena de improcedência e anulação de suas ações.

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.



Diante disso, o intento dessa pesquisa jurídica é necessariamente de natureza qualitativa, visto que o pesquisador pretende se utilizar de bibliografia referente ao tema em análise – apreciada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – com objetivo de fundamentar e sustentar sua tese.

1. RELEVÂNCIA DO INSTITUTO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DO DANO AO ERÁRIO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO BEM PÚBLICO TUTELADO

A prescrição é regra no Direito brasileiro, atua como corolário para os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, como destacado por Luís Roberto Barroso (2001), que "num Estado democrático de direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça".¹

Com base no disposto no art. 35, §5º da Constituição Federal de 1988² a ação de reparação de danos ao erário seria imprescritível, ao dispor que: “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

De acordo com a interpretação dada ao dispositivo constitucional, em casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, desde 2008 com o julgamento do Mandado de Segurança nº 26.210-9³, quanto ao instituto da prescrição, a Corte Superior entendia ser imprescritível as ações com vistas ao ressarcimento ao erário.

A decisão do Supremo Tribunal Federal estava alinhada com os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988⁴, em específico da moralidade, derivado do subprincípio da probidade. Cujas transgressões resultariam em ato de improbidade administrativa, com implicações aos responsáveis, conforme mencionado por Juliano Vítório Bernardo do Nascimento⁵:

¹BARROSO, Luís Roberto. *A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99*. Disponível em: <<https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/administrativa-brasileiro-depois-lei-59632297>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

³URYN, André; ARAÚJO, Torres et all. *Evolução da jurisprudência do STF a respeito da prescrição do ressarcimento de danos ao Poder Público*. Disponível em: <<https://www.bocater.com.br/publicacao/evolucao-da-jurisprudencia-do-stf-a-respeito-da-prescricao-do-ressarcimento-de-danos-ao-poder-publico/387>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵NASCIMENTO, Juliano Vítório Bernardo. *A dicotomia relacionada à (im)prescritibilidade da ação para ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/tomos/tomoII/versoa-digital/index.html>. Acesso em: 05 mar. 2021.



[...] Dessa forma, com o escopo de aperfeiçoar instrumentos para combater tal vício, o legislador constituinte originário formulou a possibilidade de se responsabilizar e aplicar graves sanções àqueles que cometerem atos de improbidade administrativa, conforme preleciona o artigo 37, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em uma evolução de entendimentos, consubstanciada no volume de novos julgados, ao longo dos anos o STF em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069 no ano de 2016⁶, instado a se manifestar a respeito da prescrição do ressarcimento de dano ao Poder Público num caso de um acidente de automóvel que resultou em dano ao erário, considerou prescritível o ressarcimento fundado em ilícitos civis não relacionados aos atos de improbidade administrativa. Firmando a seguinte tese: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

O plenário do Supremo no caso em específico, enfrentou o recurso contra decisão do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que manteve o conteúdo da sentença de primeiro grau, julgada com fundamentação nos seguintes termos⁷:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. CAUSAS DIVERSAS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. O entendimento jurisprudencial assente nesta Corte é no sentido de que os requisitos que legitimam a ação de improbidade administrativa, imprescritível nos termos do permissivo constitucional inscrito no § 4º do artigo 37, não se confundem com aqueles decorrentes da ação de ressarcimento dos prejuízos ao patrimônio público opor causa diversa, no caso, acidente automobilístico, que deve observar, dentre outros, a prescrição quinquenal.
2. Proposta a ação, como bem o disse a autoridade judiciária de primeiro grau, em 21 de novembro de 2008, embora ocorrido o dano origem da lide ainda em 20 de outubro de 1997, manifesta a ocorrência da prescrição quinquenal, certo não se tratar de ação de ressarcimento de ato ilícito, assim improbidade administrativa.
3. Recurso de apelação não provido.

Do referido julgado, cuja decisão fora mantida pela Suprema Corte, fica afastada a controvérsia jurídica a respeito do alcance do disposto na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988⁸, no entendimento consignado pelo Relator, o Senhor Ministro Teori Zavascki.

Em nova ocasião, a Suprema Corte, em apreciação ao Recurso Extraordinário nº 852.475⁹, sobre a questão da prescrição do ressarcimento de danos ao erário oriundos de atos de improbidade, com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes que defendeu a

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 669069/MG*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4189164>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁷Ibid.

⁸BRASIL, op. cit., nota 2.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 852475/SP*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>>. Acesso em: 05 mar. 2021.



prescritibilidade, prevaleceu o entendimento da maioria dos pares, com fixação da tese construída pelo Ministro Luís Roberto Barroso, contrário ao posicionamento de Moraes. Tendo o pleno fixado no julgamento de mérito com repercussão geral que: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Essa decisão afasta a prescrição da sanção de ressarcimento das ações por improbidade administrativa, fundadas com base em atos dolosos, diante de uma interpretação sistemática, do parágrafo quinto, do art. 37 da Constituição Federal de 1988¹⁰, excetuados os casos de conduta culposa. O que não se aplica para os casos de ressarcimento pautados em atos ilícitos civis causadores de dano ao erário, perquiridos via ações de ressarcimento, onde a Corte por maioria dos votos decidiu pela prescritibilidade quinquenal.

Nessa construção, o Supremo define os critérios de hipóteses excepcionais de imprescritibilidade conforme se verifica no Acórdão, exigindo-se dois requisitos: O primeiro quando da prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado na Lei nº 8.429/92¹¹. E, o segundo: quando da presença do elemento subjetivo do tipo doloso, anotado por Alessandro Prazeres Macedo¹². Desta forma, inaugura-se o caminho para o futuro julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886¹³, onde um dos principais interessados no tema da prescritibilidade das ações ressarcitórias por dano ao erário entraria em ação.

Assim, o Tribunal de Contas da União ingressando como *amicus curie* terá participação ativa no julgamento da tese de repercussão geral fixada no Tema 899, sobre a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas, cuja análise de seu alcance e efeitos, se dará no desenvolvimento dos capítulos seguintes.

2. OS EFEITOS DA DECISÃO DO RE Nº 636.886 NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ao Supremo Tribunal Federal cabe o julgamento dos recursos extraordinários, em que se deve demonstrar a repercussão geral, com força do estabelecido pela Emenda

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹²MACEDO, Alessandro Prazeres. Tema 899 – STF – Dúvidas, incertezas e certezas na aplicação da “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas” (RE 636.886). Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55022/tema-899-stf-dvidas-incertezas-e-certezas-na-aplicao-da-prescritibilidade-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-errio-fundada-em-deciso-de-tribunal-de-contas-re-636-886>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 636886/AL. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531>>. Acesso em: 04 abr. 2021

Constitucional nº 45/04, ao acrescentar o §3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988¹⁴, segundo o qual:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Essa possibilidade de julgamento recursal pela Excelso Ihe é conferida no exercício do controle de constitucionalidade difuso, por meio da aplicação da chamada Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, o Supremo vem conferindo efeito vinculante para alguns recursos extraordinários, como destacado por Flávia Mac Cord Rodrigues da Silva¹⁵. O caput do art. 322 do RISTF¹⁶ prescreve que o Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral.

Dessa forma, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 636.886¹⁷ em sede de repercussão geral (Tema 899), da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, alcança de forma efetiva os ditames até então aplicados no ordenamento jurídico, afastando em primeiro plano, certa dúvida quanto ao instituo da prescritibilidade nas ações ressarcitórias. Questão enfrentada no mérito, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal prolatou o seguinte Acórdão¹⁸:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal (...)
2. Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵SILVA, Flávia Mac Cord Rodrigues da. *Análise da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário*. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/flaviasilva.pdf. Acesso em: 05 mar. 2021, p. 11.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁸Ibid.



(...) 5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

No entanto, de acordo com alguns doutrinadores, a Corte não teria tratado de questões específicas que giram em torno da prescrição, por exemplo: sobre o prazo prescricional ou termo inicial de contagem, das hipóteses de aplicação da prescrição da pretensão punitiva (prescrição originária e da prescrição intercorrente), das hipóteses de suspensão e interrupção prescricionais, como bem observado por Alessandro Prazeres Macedo.¹⁹

Em análise crítica ao decidido pelo Supremo, nessa mesma toada das dúvidas suscitadas no âmbito da aplicabilidade prática dos efeitos da decisão, apresenta algumas questões como pontos obscuros, conforme citado por Francisco Eduardo Carrilho Chaves²⁰:

- 1) A prescrição aplica-se ao processo no próprio TC ou somente às ações de execução judiciais propostas com base em acórdãos do órgão?
- 2) Qual prazo prescricional deve ser utilizado, definido em qual lei?
- 3) Qual seria o termo inicial do prazo prescricional?
- 4) Quais seriam as cláusulas de interrupção e de suspensão do prazo prescricional?

Segundo Chaves, a leitura isolada do tema 899, indicaria que a prescrição alcançaria qualquer pretensão de ressarcimento fundada em decisão de Tribunal de Contas, inclusive as iniciativas constantes de processos ainda em trâmite nessas cortes²¹.

Verifica-se, em sede de aplicação jurisdicional, no âmbito da Justiça Federal em primeiro grau, não parece haver dúvidas da aplicabilidade direta do comando estabelecido pela Suprema Corte, conforme termos da sentença prolatada em Mandado de Segurança²² contra ato praticado pelo diretor da Agência Nacional do Cinema - Ancine, objetivando que seja anulada, a decisão daquela autarquia:

(...) a Deliberação de Diretoria Colegiada nº 599-E, seja pelo decurso do prazo prescricional para a atuação da Ancine e/ou pela prescrição intercorrente no âmbito do Processo Administrativo nº 01580.008091/2007-95 ou, ainda, pela impossibilidade de aplicação retroativa de norma administrativa. Requer, por fim, “o arquivamento do Processo Administrativo nº 01580.008091/2007-95, pela iliquidade das contas em razão do tempo decorrido

¹⁹MACEDO, op. cit., nota 12.

²⁰CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunais de contas: uma análise crítica*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/578914>>. Acesso em: 16 mar. 2021, p. 2.

²¹Ibid.

²²BRASIL. Justiça Federal. MS nº 5071513-70.2020.4.02.5101/RJ. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/consultas-e-servicos/consulta-processual/consulta-no-sistema-e-proc>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

desde a realização das despesas até o julgamento da Prestação de Contas Final do projeto pela Ancine.

Dessa forma, com base nos efeitos da repercussão geral do Tema 899 do RE nº 636.886²³, assim se manifesta o juízo ao julgar procedente o pedido autoral e conceder a segurança requerida, em que vale o destaque de partes de sua fundamentação:

Todavia, diversamente do que pretende fazer crer a autoridade impetrada, não há que se falar em imprescritibilidade da ação de prestação de contas, sendo, no entender deste Juízo, aplicável ao caso dos autos, de forma analógica, o entendimento esposado pelo STF ao julgar os temas 899 e 666 da repercussão geral. (...)

Ocorre que, *in casu*, não obstante desconsidere a ocorrência de prescrição do fundo de direito, haja vista que a prestação de contas foi devidamente iniciada pelo impetrante e, embora configurada demora excessiva na sua conclusão por parte da autoridade impetrada, fato é que o procedimento foi finalizado, sendo eventual paralisação do processo passível de aplicação do instituto da prescrição intercorrente, a qual restou prevista no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 9.873/99 [...]

[...] O instituto da prescrição está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, servindo como instrumento de estabilização das relações sociais jurídicas. E isso se torna possível, na medida em que ela influencia a criação e a extinção de direitos para os indivíduos, nos mais diversos ramos do Direito Pátrio, tratando-se de uma garantia da preservação de relações harmoniosas.

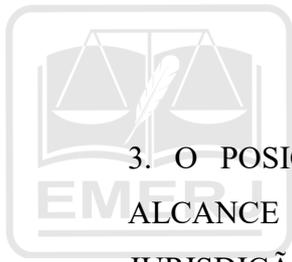
Não obstante, diante do Tema 899, e verificada sua aplicabilidade em sede de jurisdição, o Tribunal de Contas da União vem reafirmando em recentes Acórdãos a imprescritibilidade do ressarcimento de dano ao erário em sua jurisprudência, em um “*voosolo*”, cuja análise será melhor abordada na próxima sessão.²⁴

Em retomada ao *locus* da questão, uma vez o Tribunal inaugurado sua marcha processual para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis, previamente, questões de mérito prescricional deverão ser enfrentadas. Agora em especial, com observância aos preceitos trazidos no julgamento do Tema 899 de repercussão geral do RE nº 636.886²⁵, cuja verificação da aceitabilidade e aplicabilidade pelo TCU será aqui demonstrada, na análise de seus julgados mais recentes.

²³BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁴VICARI, Ana Paula. *TCU reafirma imprescritibilidade do ressarcimento de dano ao erário*. Disponível em: <<https://www.aloisiozimmer.adv.br/noticias/tcu-reafirma-imprescritibilidade-do-ressarcimento-de-dano-ao-erario.html>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 13.



3. O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE O ALCANCE DA DECISÃO DO TEMA 899 NO RE Nº 636.886 NO ÂMBITO DE SUA JURISDIÇÃO

Nos termos da Constituição Federal de 1988²⁶, consoante o disposto no seu. Art. 70, o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União Tribunal de Contas da União, ao qual compete, dentre outras atribuições previstas no art. 71, as seguintes:

[...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

Partindo das suas competências constitucionais, no exercício de suas atribuições regulamentadas pela Lei nº 8.443/92²⁷, o principal processo desenvolvido no âmbito do TCU contra seus jurisdicionados é o de Tomadas de Contas Especial, na forma do art. 8º caput, de sua lei orgânica.

Ressalva-se que as decisões condenatórias do TCU, por carecerem de legitimidade e interesse imediato e concreto na ação executória, não podem ser propostas pelo próprio tribunal de contas (ausência de capacidade postulatória) por violação ao princípio da simetria (art. 75 da Constituição Federal de 1988²⁸, conforme julgado pelo STF no RE nº 223037/SE²⁹). Dessa forma, serão propostas pelo ente público beneficiário da condenação, por intermédio de seus procuradores.

Considerando os termos do art. 131 da Constituição Federal de 1988³⁰, compete à AGU representar a União judicial e extrajudicialmente e, de acordo com o art. 132 do texto constitucional³¹, a representação judicial dos Estados e do Distrito Federal compete aos respectivos Procuradores.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

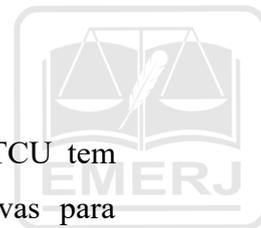
²⁷BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 223037/SE. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1694543>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

³¹Ibid.



Segundo anotado por José Sérgio da Silva e Eliza Maria da Silva³², o TCU tem indicado certa resistência ao entendimento, aparentemente procurando alternativas para "driblar" a tese firmada, desde quando publicado o julgamento de mérito do Tema 899 (em 24 de junho de 2020). Tal afirmativa, baseia-se na verificação de alguns Acórdãos do Tribunal, mesmo antes da posição final do TSE, como no caso do julgado Acórdão nº 1282/2019-Plenário no Processo nº 008.213/2002-2³³, quando dos efeitos da suspensão de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional afetadas pelo Tema 899, no qual o TCU assentou que:

10. Acerca do Tema 899 do STF, no sentido de que possuiria repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, em que foi determinada “a suspensão de processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas exclusivamente aquelas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas”, tal suspensão alcança tão somente a fase judicial de cobrança do título executivo extrajudicial exarado com a decisão da Corte de Contas, não atingindo diretamente os processos de contas em trâmite neste Tribunal.

O entendimento fora consignado pelo Tribunal em enunciado publicado no seu Boletim de Jurisprudência nº 315/2020, Acórdão nº 6589/2020 Segunda Câmara³⁴, nos seguintes termos:

O entendimento proferido pelo STF no RE 636.886 (Tema 899 da Repercussão Geral), a respeito da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas, alcança tão somente a fase judicial de execução do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite no TCU.

Dessa forma, mesmo após o julgamento do STF, o TCU mantém seu posicionamento, com interpretações favoráveis ao tema da imprescritibilidade para ações de ressarcimento pautadas em suas decisões, como verificado nos Acórdãos nºs 1.482/2020, 7.687/2020 e 8498/2020. Fato também observado por Ana Paula Mella Vicari³⁵, com a seguinte anotação:

³²CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SILVA, Eliza Maria. *'Pode isso, Arnaldo?': O TCU e a tentativa de 'drible da vaca' no Tema 899 do STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-03/opinioao-tcu-tenta-aplicar-drible-tema-899-stf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

³³BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1282/2019 – Plenário*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/821320022.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520>>. Acesso em 04 abr. 2021.

³⁴BRASIL. Tribunal de Contas da União. Boletim de Jurisprudência 315/2020. *Acórdão nº 6589/2020-TCU-Segunda Câmara*. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

³⁵VICARI, op. cit., nota 24.



A Primeira Câmara da Corte de Contas, após análise de recursos em processo de Tomada de Contas Especial, acabou por manter a sua jurisprudência, com base na Súmula 282 TCU, para entender imprescritível a pretensão de ressarcimento de débito decorrente de condenação da Corte, quando verificado ato doloso da improbidade.

Extrai-se dos julgados mencionados, de acordo com a interpretação dada por José Sérgio da Silva e Eliza Maria da Silva³⁶, uma crítica de que o TCU verificou “indicativos” de ato doloso de improbidade administrativa, o que em tese, revestiria a pretensão ressarcitória de imprescritibilidade. Com ressalva do próprio Tribunal, no julgado do Acórdão nº 8498/2020 – Segunda Câmara³⁷:

26. Ressalvamos, ainda, a hipótese em que, a despeito do decurso do prazo prescricional, verificam-se indicativos de ato doloso de improbidade administrativa tipificado na Lei 8.429/1992 como causa de dano ao erário, o que, em tese, revestiria a pretensão ressarcitória de imprescritibilidade. Ainda que não caiba ao TCU a capitulação formal da conduta sob tal categoria jurídica, o que lhe obsta o exercício da pretensão de ressarcimento, não há impedimento a que o tribunal prossiga no desempenho de sua atividade fiscalizatória, se assim justificarem a materialidade e a relevância do fato, valendo-se de sua expertise na apuração do dano, inclusive de modo a subsidiar eventual atuação em juízo.

No entanto, segundo os referidos autores, a definição de atos de improbidade administrativa perpassa por uma análise dos elementos da Lei nº 8.429/92³⁸, o que não pode ser confundido com o procedimento administrativo de controle de contas, que não seria dotado das garantias fundamentais para aferição da improbidade, estando o TCU agindo em desacordo com o julgado pelo STF. Em entendimento diverso, há quem justifique e defenda o posicionamento do Tribunal de Contas da União, pois a definição do tema de repercussão geral no RE nº 636.886³⁹ não se discutiu a validade da decisão do TCU que fundamentava a execução judicial. Opinião trazida por Francisco Eduardo Carrilho Chaves⁴⁰:

No recurso, protestou-se contra a ratificação por parte do tribunal *a quo* (TRF-5) da incidência dos efeitos do tempo sobre a pretensão de cobrança com base no título executivo, que havia sido reconhecida na primeira instância. Em tempo algum, a decisão do TCU foi objeto de deliberação. Não se decidiu nada acerca da atuação do órgão ao constituir o título. O próprio voto balizador do julgado no RE, do min. Alexandre de Moraes, cuida apenas das execuções judiciais arrimadas nos acórdãos exarados por TCs.

³⁶CRISTÓVAM; SILVA, op. cit., nota 32.

³⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 8498/2020 – Segunda Câmara*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/8498%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 11.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 13.

⁴⁰CHAVES, op. cit., nota 20.



Nessa esteira, os julgados pelo TCU estariam alinhados com seus objetivos constitucionais, proferindo julgamento de mérito em contas na forma do art. 16 da Lei nº 8.443/92⁴¹ e não em comando da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa⁴², cuja reprovação de contas ocorre por violação ao dever constitucional insculpido no art. 70, p. u., da Constituição Federal de 1988⁴³, defende o doutrinador.

Em uma conduta paliativa como medida aclaratória dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o Tema 899 de repercussão geral, aos demais pares do Tribunal, no julgado do Acórdão nº 2769/2020-Plenário⁴⁴, o ministro Bruno Dantas em seu voto na sessão de 14/10/2020, ponderou algumas questões, para direcionamento do comportamento do TCU, das quais destaca-se:

11. Entendo que esse recente julgado do STF deve ensejar a revisão da jurisprudência deste Tribunal. [Grifos do original.]

12. No entanto, reconheço que, nos moldes em que foi fixada a tese da Suprema Corte, existem muitas dúvidas e lacunas a serem sanadas, que tornam extremamente difícil a sua imediata aplicação, de forma genérica e abrangente, aos processos que tramitam neste Tribunal. Dada a ausência de lei específica, não há prazo prescricional estabelecido - em lei ou mesmo pela Suprema Corte - para a atuação do TCU no que diz respeito à apuração de dano ao erário, bem como sobre como se daria o início da contagem e as interrupções desse prazo.

(...)

14. Até que sobrevenham todos esses esclarecimentos e definições, embora desejável, não é possível a imediata aplicação, com a devida segurança, da tese fixada pelo STF no âmbito do TCU. Por outro lado, não se pode deixar de dar encaminhamento aos incontáveis processos que tangenciam essa discussão neste Tribunal.

15. Dessa forma, por questões de coerência e em nome da segurança jurídica e da estabilidade das decisões, tenho me curvado à compreensão dos meus pares pela manutenção, por ora, do entendimento que há anos vem sendo adotado pelo TCU e pelo próprio STF, no sentido de considerar imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário.

Nos mais recentes julgados, no decorrer de 2021, o Tribunal vem reafirmando seu posicionamento no sentido de fazer valer seus atos jurisdicionais, numa sequência de Acórdãos em que enfrenta alegações de prescrição das cobranças quando avocado pelos jurisdicionados a aplicabilidade do julgado do Tema 899 pelo STF. Como no caso do Acórdão nº 728/2021 – Plenário⁴⁵, cuja alegação de prescrição fora afastada.

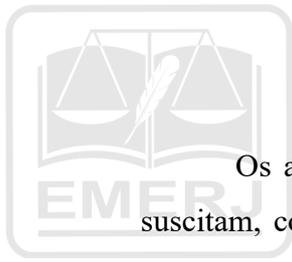
⁴¹BRASIL, op. cit., nota 27.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴⁴BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2769/2020 – Plenário*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2769%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁴⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 728/2021 – Plenário*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao->



Os argumentos trazidos no voto do Acórdão em referência, quando os responsáveis suscitam, como argumento de defesa, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF no Recurso Extraordinário - RE nº 636.886⁴⁶, bem como sugerem a aplicação do Lei nº 9.873/99⁴⁷ como marco para a apuração da prescrição, é no sentido de que a decisão do STF ainda não transitou em julgado, carecendo ainda de apreciação de embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União, como afirmou o relator Ministro Jorge Oliveira⁴⁸:

31. Lembro, entretanto, que a decisão do STF ainda não transitou em julgado e encontra-se na fase de apreciação de embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União. Isso significa que, além da necessidade de modular adequadamente os efeitos daquela decisão, existem pontos a serem aclarados antes de poder ser aplicada a tese fixada no RE, tais como, entre outros: (i) a aplicação prospectiva ou não do novo entendimento, (ii) o marco legal a ser empregado para discussão da matéria e o prazo prescricional a ser considerado, (iii) o termo inicial para contagem do prazo a ser adotado e (iv) a existência ou não de marcos interruptivos ou suspensivos e de prescrição intercorrente.

(...)

33. Assim, por não ser possível extrapolar os parâmetros normativos empregados pelo STF para solução do problema enfrentado no RE 636.886, e dada a imprescindibilidade da fixação definitiva de orientações acerca da aplicação do Tema 899, o que só acontecerá com o julgamento dos embargos de declaração opostos naquele Extraordinário, inclino-me, até que isso ocorra, a manter a interpretação adotada pela Corte Suprema no Mandado de Segurança - MS 26.210, oportunidade em que foi fixada tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, e na Súmula TCU 282, cujo conteúdo é no mesmo sentido.

Consoante o exposto, verifica-se uma linha de atuação firme do Tribunal de Contas da União em um posicionamento conservador de suas teses de argumentação quanto aos efeitos concretos do julgado pelo STF no Tema 899 de repercussão geral⁴⁹, no âmbito de sua atuação jurisdicional em atuar na cobrança de ressarcimento de valores por dano ao erário, mantendo-se inflexível na interpretação quanto os prazos prescricionais, adotando sua jurisprudência construída ao longo dos anos para os casos enfrentados.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a insegurança jurídica trazida quanto à aplicabilidade do instituto da prescrição sobre as ações de ressarcimento ao erário

completo/728%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁴⁶BRASIL, op. cit., nota 13.

⁴⁷BRASIL. *Lei nº 9.873*, de 23 de novembro de 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 45.

⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 13.



propostas com base em decisões do Tribunal de Contas da União frente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento de repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 636.886.

A tese firmada pela Suprema Corte da prescrição alcançada na interpretação do parágrafo 5º do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, de que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, não afasta o instituto da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Contudo, tal entendimento não parece ter espancado e afastado uma interpretação por parte do Tribunal de Contas da União do alcance de sua jurisdição constitucional sobre o tema. Que com uma atuação de vanguarda, em defesa de suas prerrogativas, vem adotando uma postura favorável aos seus postulados jurídicos, dando aos seus julgados em Acórdãos um posicionamento pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, considerando que o STF não teria esgotado de forma plena todas as nuances relativas ao tema.

No entanto, deve prevalecer uma interpretação sistemática e dogmática do dispositivo constitucional mencionado, considerando que para os casos de imprescritibilidade, o constituinte originário ressaltou de forma expressa no texto da Carta Maior, especificando quais seriam os casos de sua incidência, como no caso de crimes de racismo, por exemplo.

Dessa forma, a partir da controvérsia apresentada, quanto ao primeiro capítulo, o entendimento deste pesquisador, é no sentido de ser plena e eficaz a tese firmada pela Suprema Corte, com condições de aplicabilidade imediata pelos tribunais de contas em seus julgados, uma vez que o instituto da prescrição está insculpido no princípio da segurança jurídica firmado pelo ordenamento jurídico pátrio, e sua aplicabilidade alcança as ações de ressarcimento ao erário.

Quanto ao segundo capítulo, uma das funções da justiça é de pacificar as relações entre partes, para tal desafio, é necessário que suas decisões vejam a apaziguar e criar um ambiente fértil para harmonização de entendimentos. Para que isso seja possível, muitas das vezes cabem aos receptores do direito darem forma ao entendimento. Assim, no ordenamento jurídico os efeitos da decisão do RE nº 636.886, tem sido objeto de pacificação e firmamento de posições, em especial favorável ao instituto da prescrição.

Por outro lado, alguns doutrinadores, em meio termo, enxergam que para fins de efeitos e efetividade da decisão do STF no Tema 899, alguns pontos em específico precisariam ser melhor lapidados, de forma clara, enfrentados para fins de esclarecimentos de alguns questões práticas que ocorrem no âmbito do desenvolvimento do processo de



ressarcimento ao erário, desde a fase administrativa pelo Tribunal de Contas, como posteriormente na fase de execução judicial do eventual julgado.

Nesse item, conforme anotado por alguns observadores, a efetividade da decisão do STF carece de esclarecimentos necessários para respostas de perguntas como: A prescrição somente às ações de execução judiciais propostas com base em acórdãos do órgão?; Qual prazo prescricional deve ser utilizado, definido em qual lei?; Qual seria o termo inicial do prazo prescricional?; e Quais seriam as cláusulas de interrupção e de suspensão do prazo prescricional?.

Para sanear essas e outras questões, dentro do ordenamento jurídico, o tema estaria ainda pendente de análise de Embargos propostos pela Advocacia Geral da União, o que poderia clarear para os operadores do direito, de como proceder para enfrentamento das dúvidas suscitadas, inclusive os efeitos moduladores da decisão do STF sobre o passivo de ações existentes.

Avançando para o terceiro e último capítulo, sobre uma análise da interpretação do julgado dada pelo principal interessado no deslinde das controvérsias apresentadas, o Tribunal de Contas da União, tem adotado nesse período de maturação da decisão, uma postura conservadora ao reafirmar suas teses quanto ao instituto da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme demonstrado por essa pesquisa.

No que pese o posicionamento do TCU, em defesa da probidade administrativa e do zelo ao erário público, sua atuação estaria adstrita ao ilícitos civis praticados que causem prejuízos ao erário, não devendo adentrar ao locus genérico da verificação da prática ou não de atos dolosos para fins de tipificação de crime previsto na Lei de Improbidade Administrativa, mesmo que de forma subsidiária.

Consideradas assim, todas as divergências postas ao tema, em obediência aos princípios emanados pela Constituição Federal de 1988, em especial da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, o instituto da prescrição referendado pela Suprema Corte, alcança de forma objetiva as ações de ressarcimento ao erário propostas com base nas decisões dos tribunais de contas, sendo incontestável o entendimento da observância do prazo prescricional, ressalvados os casos dolosos tipificados pela Lei de Improbidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99*. Disponível em: <<https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/administrativa-brasileiro-depois-lei-59632297>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. Justiça Federal. *MS nº 5071513-70.2020.4.02.5101/RJ*. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/consultas-e-servicos/consulta-processual/consulta-no-sistema-e-proc>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.443*, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.873*, de 23 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 223037/SE*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1694543>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 636886/AL*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 669069/MG*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4189164>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 852475/SP*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1282/2019 – Plenário*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/821320022.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520>>. Acesso em 04 abr. 2021.



_____. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência n° 315/2020. Acórdão n° 6589/2020-TCU-Segunda Câmara (Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Raimundo Carreiro)*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/integrada>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 8498/2020 – Segunda Câmara*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/8498%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 728/2021 – Plenário*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/728%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunais de contas: uma análise crítica*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/578914>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SILVA, Eliza Maria. *‘Pode isso, Arnaldo?’: O TCU e a tentativa de ‘drible da vaca’ no Tema 899 do STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-03/opiniao-tcu-tenta-aplicar-drible-tema-899-stf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

MACEDO, Alessandro Prazeres. *Tema 899 – STF – Dívidas, incertezas e certezas na aplicação da “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas” (RE 636.886)*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55022/tema-899-stf-dvidas-incertezas-e-certezas-na-aplicao-da-prescritibilidade-da-pretensao-de-ressarcimento-ao-erario-fundada-em-deciso-de-tribunal-de-contas-re-636-886>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

NASCIMENTO, Juliano Vitório Bernardo. *A dicotomia relacionada à (im)prescritibilidade da ação para ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/tomos/tomoII/versao-digital/index.html>. Acesso em: 05 mar. 2021.

SILVA, Flávia Mac Cord Rodrigues da. *Análise da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/flaviasilva.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

URYN, André; ARAÚJO, Torres et all. *Evolução da jurisprudência do STF a respeito da prescrição do ressarcimento de danos ao Poder Público*. Disponível em: <<https://www.bocater.com.br/publicacao/evolucao-da-jurisprudencia-do-stf-a-respeito-da-prescricao-do-ressarcimento-de-danos-ao-poder-publico/387>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

VICARI, Ana Paula. *TCU reafirma imprescritibilidade do ressarcimento de dano ao erário*. Disponível em: <<https://www.aloisiozimmer.adv.br/noticias/tcu-reafirma-imprescritibilidade-do-ressarcimento-de-dano-ao-erario.html>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

A POSSÍVEL ALTERAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO PARA O SISTEMA NEGOCIAL COM O ADVENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Gustavo Armando Nigri

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – O sistema processual penal brasileiro, tradicionalmente caracterizado como acusatório, vem sofrendo alterações na sua estrutura em razão da incorporação de institutos consensuais de solução do conflito penal. Em especial o acordo de não persecução penal, positivado pela Lei nº 13.964/2019, trouxe uma mudança radical na forma como deve se encarar o processo penal e uma releitura do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A essência desse trabalho é demonstrar a possível migração do sistema acusatório para o negocial.

Palavras-Chave - Direito Processual Penal. Acordo de não persecução penal. Tipos de sistemas processuais penais. Princípios da ação penal pública.

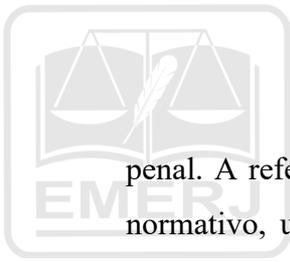
Sumário – Introdução. 1. O histórico dos sistemas processuais penais brasileiros, suas deficiências e a possível solução pelo Pacote Anticrime. 2. Características do Acordo de Não Persecução Penal em confronto com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. Aproximação do sistema processual penal Acusatório brasileiro com o sistema negocial/adversarial americano (*plea bargaining*) em razão da regulamentação do acordo de não persecução penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do acordo de não persecução penal, analisando as características jurídicas que compõem o instituto na atuação dos órgãos de acusação e de defesa para buscar uma resposta penal mais efetiva pelo Estado e a repercussão social no aumento das possibilidades de atuação do réu no processo penal. Somado a isso, exalta-se as consequências sociais favoráveis decorrente do instituto, tal como da diminuição do encarceramento. Almeja o confronto com a dogmática dos sistemas processuais penais, na tentativa de enquadrá-lo em um determinado sistema jurídico.

Objetiva-se analisar a regulamentação legal do acordo de não persecução penal e discutir se ocorreu uma mudança do sistema processual penal acusatório para o sistema processual negocial/adversarial, tendo em vista que as suas características se aproximam deste último. Para isso, abordam-se os posicionamentos doutrinários a respeito do tema.

Com a Resolução nº 181 CNMP, foi normatizado pela primeira vez no Brasil uma forma de negociação entre as partes do processo penal através do acordo de não persecução



penal. A referida resolução foi muito criticada pela forma em que foi inserida no arcabouço normativo, uma vez tratar-se de assunto relacionado ao direito processual penal, o qual a Constituição Federal de 1988 exige lei sentido estrito.

A Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013, que regulamenta as regras penais e processuais penais sobre organização criminosa trata superficialmente do tema em apenas um parágrafo do artigo 3º.

O Código de Processo penal foi alterado para regulamentar genericamente o tema através da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, o que sanou o problema do veículo normativo e também trouxe novidades no conteúdo do acordo.

Diante da nova regulamentação a doutrina intensificou os questionamentos a respeito da manutenção ou alteração do sistema processual penal vigente, tendo em vista as novas características do instituto, pairando a dúvida se o sistema processual penal acusatório, até então majoritariamente adotado no Brasil, foi alterado para o sistema processual negocial/adversarial, típico do direito norte americano (*PleaBargaining*).

Para uma melhor compreensão do tema, busca-se analisar as características do referido instituto, pois este é um fator determinante para a caracterização do tipo de sistema processual adotado por um país. Ademais, verifica-se que, com a Lei nº 13.964/19, foi alterada toda a dinâmica da persecução penal no Brasil, diante da possibilidade do órgão acusador promover verdadeira negociação com acusado, o que aproxima do sistema negocial/adversarial. No entanto isso seria suficiente para caracterizar todo o processual penal brasileiro dessa forma?

Inicia-se o primeiro capítulo com a história e a comparação entre as diferentes características dos sistemas processuais penais, identificando e apontando qual é o sistema majoritariamente adotado no Brasil, segundo a doutrina nacional.

Segue-se analisando o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a sua aplicação. Junto a isso, estuda-se a regulamentação legal do acordo de não persecução penal introduzido pela Lei nº 13.964/19. Verifica-se também as diferenças existentes entre a antiga regulamentação dada pela Resolução nº 181 do CNMP.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de o acordo de não persecução penal ter realizado uma alteração no sistema processual penal brasileiro, passando a adotar o *PleaBargaining*, próprio do Direito Norte americano.

A pesquisa será desenvolvida pelo método comparativo e analítico, uma vez que o pesquisador pretende analisar as mudanças legislativas trazidas pela Lei nº 13.964/19, e analisar uma possível identidade com o ordenamento jurídico de países que adota a escola da



Common Law, buscando argumentar que ocorreu uma modificação na forma de condução do processo penal pelos sujeitos participantes, em especial entre autor e réu.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar sua defesa.

1. O HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS BRASILEIROS, SUAS DEFICIÊNCIAS E A POSSÍVEL SOLUÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME

O ordenamento jurídico brasileiro filiou-se à escola do *Civil Law* e, portanto, diferentemente do *Common Law*, é vigorosamente influenciado pelo princípio da legalidade, o que acarreta diversas consequências no sistema jurídico nacional, dentre elas a tradicional impossibilidade de permitir ao réu do processo penal negociar a sua pena. A pena é uma resposta estatal para a conduta criminosa, e sendo do Estado a titularidade exclusiva de impor sanções, a sua regulamentação se dá por normas imperativas e de caráter público. No entanto, essa premissa sofreu impacto com a positivação do Acordo de não persecução penal pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019¹.

O Acordo de não persecução penal é instituto próprio de um sistema processual penal em que as partes possuem maior liberdade para negociação processual, não sendo recorrentemente analisado pela doutrina pátria, uma vez que sempre fugiu da realidade brasileira. Esse cenário começa a mudar com recentes alterações legislativas. Estudiosos que se debruçavam apenas sobre o sistema inquisitório e acusatório, cuja aplicação se alternou na legislação brasileira durante o último século, passaram a realizar uma análise mais profunda sobre outros sistemas penais.

Segundo Auri Lopes Jr² “na história do Direito se alternaram as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. (...) Os sistemas processuais inquisitivos e acusatórios são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado à época”.

Explica o referido autor³ a predominância do sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em

¹BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 abr. de 2021.

² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. V.1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57.

³Ibid., p. 58.



contrapartida, o sistema inquisitório predomina em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Em uma abordagem histórica, Lopes⁴ afirma que o processo penal canônico contribuiu definitivamente para delinear o modelo inquisitório. A igreja se valeu de um direito divino para realizar perseguições e com isso manter seus dogmas vigentes, ao arrepio de qualquer proteção humanitária.

No entanto, com o passar do tempo, especialmente com o advento dos ideais da Revolução Francesa, o sistema inquisitivo teve abrandado seus traços cruéis. O povo, em especial a burguesia, não tolerava a opressão das Monarquias absolutistas, fazendo surgir as ideias Iluministas que, posteriormente, tiveram seus postulados introduzidos nas ciências jurídicas. O direito natural foi trazido de volta à tona pelos pensadores, a fim de justificar a ilegitimidade das atuações desumanas da Igreja⁵.

Atualmente, o sistema inquisitivo perdura parcialmente e com diferentes funções. Não se vislumbra mais a mesma opressão de outrora, passando a ser usado como uma forma de viabilizar a atuação estatal, em especial na investigação pré-processual, mas sem ferir a dignidade humana. Tem como características a possibilidade do juiz acusar e julgar no mesmo processo, o acusado ser tratado como mero objeto de investigação (não é considerado sujeito processual com direitos e garantias) e a ausência de uma defesa efetiva. Superado na maioria dos ordenamentos jurídicos, apenas alguns resquícios desse sistema permanecem, tal como a possibilidade do juiz buscar provas e realizar prisões de ofício⁶ em determinadas hipóteses.

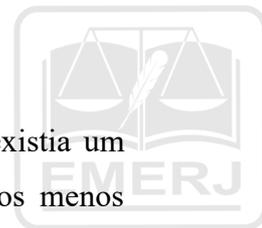
Já a origem do sistema acusatório remonta, ao Direito Grego⁷, quando se desenvolvera referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação. Inicialmente a acusação era feita por particular, e posteriormente poderia ser feita por qualquer um do povo. Suas características, opostamente ao que se verificou no sistema inquisitivo, sempre foram no sentido de tutelar aquele que participa de um processo criminal, impedindo arbitrariedades estatais.

⁴Ibid., p. 64.

⁵LOPES, Marcos Vinícius Pimenta. *As matrizes do processo penal e suas origens*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/as-matrizes-do-processo-penal-e-suas-origens/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁶Ibid., p. 66.

⁷Ibid., p. 58.



No entanto, ainda assim se mostrou ineficaz e injusto, uma vez que não existia um órgão estatal com a função de acusar, e sendo a sociedade dividida em classes, os menos favorecidos não possuíam condições de promover a ação penal⁸.

No âmbito do direito brasileiro, o Art. 129, inciso I da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988⁹ é o fundamento para sustentar a adoção do sistema acusatório, uma vez que atribui ao Ministério Público a função de promover privativamente a ação penal pública. Argumenta-se que a diferenciação entre o órgão incumbido da acusação penal e o órgão que julga é a característica base do sistema acusatório, que o diferencia, essencialmente do sistema inquisitivo. Separam-se as funções de acusar, defender e julgar, por isso fala-se em um processo de partes¹⁰.

Ademais, as leis processuais penais brasileiras evidenciam a adoção do sistema acusatório ao distanciar o juiz da investigação penal, da atuação probatória e de atuar sem provocação das partes.

Frente ao estabelecido na Constituição brasileira e no arcabouço legislativo criminal, a maioria da doutrina afirma a adoção do sistema acusatório no Brasil.¹¹

Auri Lopes Jr¹² é enfático ao dizer que:

o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um objeto para assumir sua posição de parte passiva do processo penal.

Em decorrência dos postulados do sistema acusatório, o juiz deve permanecer inativo, deixando às partes a atuação no processo. Diante da imposta inércia do julgador se verifica um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que estas possuem o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal¹³, o que nem sempre ocorre, sendo comuns processos rasos em matéria probatória, que não fornecem base para um julgamento seguro.

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade probatória incompleta o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética do processo, possibilitando uma maior

⁸Ibid., p 105.

⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁰LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2017, p.05.

¹¹LOPES, op. cit., p. 61.

¹²Ibid.

¹³LOPES, op. cit., p. 61.



aproximação entre as partes, que podem colaborar para uma solução conveniente do processo. Nesse contexto que surgem os institutos da transação penal, suspensão condicional do processo, os acordos de colaboração premiada e posteriormente o acordo de não persecução penal.

O Estado possui um serviço público de acusação, que é o Ministério Público, que atuará como titular da ação penal pública e denunciará o investigado quando presente o suporte probatório mínimo¹⁴. No entanto, nem sempre o processo é a melhor opção de reprimenda penal.

A realidade demonstra uma constante insuficiência probatória nos processos penais, o que dificulta a atuação do juiz. Junto a isso se verifica uma ineficácia das políticas criminais de combate ao crime e uma excessiva população carcerária, tudo isso fez com que o legislador buscasse alternativas mais eficientes para o processo penal brasileiro.

Foi na experiência Norte-Americana que percebeu a existência de um sistema processual adversarial/negocial, paralelo aos já citados. Este é próprio dos países da *Common Law*, e possui traços do sistema acusatório (como a separação na função de acusar e julgar), porém é visto como um conflito entre o Estado e o acusado. O Ministério Público é opositor do acusado, possuindo o compromisso com a condenação, descartando a ideia da *Civil Law* em que o Ministério Público atua como “magistratura”, na visão de Douglas Fischer¹⁵.

No processo penal adversarial existe uma ampla possibilidade de negociação entre o membro do Ministério Público e o réu sobre o resultado do processo, havendo, em regra, a negociação da pena. Isto vem sendo incorporado gradativamente no processo penal brasileiro, uma vez que, com a alta criminalidade e a ineficácia das políticas criminais, uma saída para o problema é implantar uma justiça penal mais pautada no consenso entre as partes. Com isso, não é necessário uma grande produção probatória e seria possível diminuir o número de prisões por crimes menos graves e aumentar as condenações de criminosos de colarinho branco, pois muitas vezes, a única forma disso ocorrer é através de delações de partícipes. Nesse diapasão que se coloca a colaboração premiada, onde o réu oferece provas para a investigação e o Ministério Público oferece benefícios penais em troca.

É nesta linha de pensamento que o presente trabalho objetiva verificar a possibilidade de o Direito brasileiro, aberto a influências cosmopolitas, começar a migrar para um sistema adversarial/negocial. A Lei nº 13.964/19¹⁶, ao instituir o Acordo de Não Persecução Penal,

¹⁴Ibid.

¹⁵ FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2016, p. 51.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

possibilitou ao Ministério Público deixar de denunciar o investigado/réu e acordar com este o cumprimento de condições não prisionais, trata-se de uma atuação consensual entre as partes do processo.

A ineficácia jurídica e social do modelo processual vigente levou o legislador a buscar uma alternativa. O acordo parte da premissa de que é ilusória ambição tradicional de denunciar a todos os infratores, sob pena de inviabilizar todo o sistema processual brasileiro. Está inserido no contexto da descaracterização de crimes menos significantes e na busca pelo afastamento na seletividade da criminalização.

Ademais, não foi este o primeiro instituto brasileiro a trazer a ideia de negociação entre as partes do processo. A transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099/95 já trabalhavam com a discricionariedade regrada do Ministério Público. A Lei nº 12.850 de 2013¹⁷ tipificou a possibilidade do acordo de colaboração premiada para o crime de organização criminosa e para Brasileiro¹⁸, o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.529 de 2011¹⁹ e o parcelamento do débito tributário (Art. 83,§2º, Lei nº 9.430/96)²⁰ também são exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Salta aos olhos que o Acordo de Não Persecução Penal, por ser inserido no Art. 28-B do Código de Processo Penal²¹ não é limitado a determinado tipo penal, ou seja, é instituto de ampla aplicação às infrações penais.

Por outro lado, o conceito de Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, típico do sistema acusatório, está enraizado na doutrina brasileira, o que torna mais penoso a negociação das partes envolvidas no processo penal, visto que vozes se levantam para defender a imperatividade da ação penal, sem oportunidade para exceções.

Ademais, foi diante da ineficácia jurídica e social do modelo processual já em utilização levou o legislador a buscar uma alternativa. O acordo parte da premissa de que é ilusória ambição tradicional de denunciar a todos os infratores, sob pena de inviabilizar todo o sistema processual brasileiro. Está inserido no contexto da descaracterização de crimes menos significantes e na busca pelo afastamento na seletividade da criminalização.

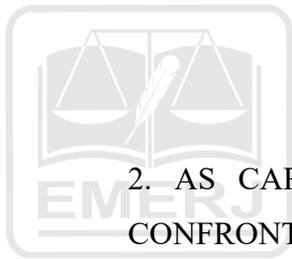
¹⁷ BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁸ LIMA, op. cit., p. 236.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

²¹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.



2. AS CARACTERÍSTICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

O Acordo de não persecução penal tem a sua gênese na Resolução N° 181 de 2017 do CNMP²², que passou a nortear a atuação dos promotores de justiça de atuação na seara criminal. Não obstante a nobre intenção, o acordo não contava com uma regulamentação legislativa formal, o que gerou questionamentos acerca da sua validade e uma baixa aplicação nas varas criminais.

Posteriormente, a Lei n° 12.850 de 02 de agosto de 2013²³ ao tratar da colaboração premiada, forma especial de investigação para o crime de organização criminosa, estabeleceu, no parágrafo 4° do artigo 4°, a possibilidade do Ministério Público não denunciar o investigado/réu. Trata-se do acordo de imunidade ainda em vigor para os crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas.

Percebe-se um avanço na regulamentação da matéria, uma vez que o referido acordo foi veiculado através de lei, afastando-se a crítica realizada na Res. N° 181 do CNMP²⁴.

Entretanto, o acordo de imunidade não foi inserido dentro do Código de Processo Penal, mas sim em legislação especial, sendo limitado às infrações penais cometidas no âmbito de organizações criminosas.

No ano de 2019, seguindo a tendência de concretizar um direito penal menos invasivo para delitos considerados ordinários e mais severos para a criminalidade de escritório, o Governo de Jair Bolsonaro, contando com a participação do ex-juiz Sergio Moro como Ministro da Justiça editou o Pacote Anticrime, que inseriu o acordo de não persecução penal no Art. 28-A do Código de Processo Penal²⁵, possuindo ampla regulamentação e aplicação para qualquer delito que se enquadre nos requisitos legais.

Foram estabelecidos diversos requisitos a serem observados para a obtenção do referido acordo, evidenciando que o objetivo não é a impunidade, mas sim uma diferente forma de reação do Estado diante de uma infração penal.

²² BRASIL. *Resolução nº181*, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em: 10 de jun. 2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 21.



O art. 28-A do Código de Processo Penal²⁶ que estabelece sobre os pressupostos e condições para viabilizar a proposta do acordo de não persecução penal, dispõe da seguinte forma:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...].

O instituto possui natureza jurídica de negócio jurídico extrajudicial²⁷, necessariamente homologado pelo juiz competente e celebrado entre o Ministério Público e o réu assistido por advogado. Ou seja, o Ministério Público propõe o acordo ao invés de deflagrar a ação penal acusatória. Neste ponto se verifica uma aparente contrariedade ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois não há uma discricionariedade do promotor em denunciar ou não.

Percebe-se que o Acordo possui alicerce no princípio da oportunidade da ação penal, uma vez que o Ministério Público deixa de denunciar o indivíduo mesmo havendo indícios do cometimento de um crime. Em contrapartida, são tomadas medidas para a compensação da vítima, para retribuição menos invasiva do autor pelo fato e a ressocialização do indivíduo.

A positivação do Acordo foi uma quebra de paradigma no processo penal, uma vez que se permite a aplicação do princípio da oportunidade para a ação penal pública, que tradicionalmente sempre foi restrito à ação penal privada.

A doutrina²⁸ explica que o Art. 129 da Constituição da República Federativa do Brasil²⁹ instituiu o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e atribuiu a sua titularidade ao Ministério Público. O texto constitucional é escrito no imperativo, de forma que presentes no caso concreto o suporte probatório mínimo, não possui o *parquet* discricionariedade sobre a denúncia.

Para Auri Lopes³⁰, a obrigatoriedade pode ser extraída do caráter imperativo do Artigo 24 do CPP³¹, e encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e conveniência

²⁶ Ibid.

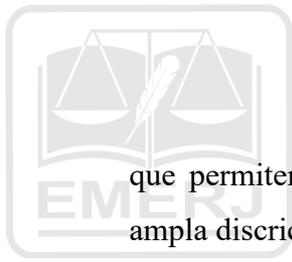
²⁷ LIMA, op. cit., p. 804.

²⁸ Ibid., p. 05.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁰ LOPES, op. cit., p. 369.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 21.



que permitem ao órgão acusador ponderar a partir de critérios de política criminal e com ampla discricionariedade sobre a propositura ou não da ação penal.³²

Portanto, o acordo de não persecução penal é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, legitimamente inserida no ordenamento jurídico através de lei e com a finalidade de continuar uma alteração na política de combate à criminalidade.

Trata-se de uma significativa modificação da atuação estatal, pois o requisito objetivo do acordo possibilita sua maior incidência na prática, visto que se aplica ao crime com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos de prisão, não estando restrito aos crimes de menor potencial ofensivo.

Isso evidencia a intenção do legislador de diminuir o direito penal de enfrentamento, reservando-o apenas para os crimes com altas penas e cometidos com violência.

Desta forma percebe-se que cada vez mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é deixado de lado na ordem jurídica brasileira. A mudança tem base em uma política criminal que permite a aplicação de medidas punitivas não carcerárias em substituição da pena de prisão.

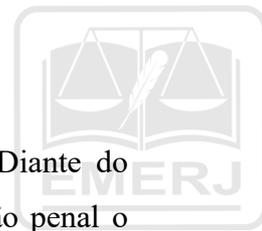
A constatação da falibilidade do sistema baseado no cárcere foi um dos fatores que contribuiu para a busca de uma melhor solução no combater as condutas desviadas. Diante dessa perspectiva, a justiça restaurativa parece orientar as recentes alterações legislativas, sendo voltada, conforme Natacha Alves de Oliveira³³, no sentido de restabelecer o *status quo ante* dos protagonistas do conflito criminal através da composição de interesses entre as partes envolvidas no conflito e a reparação do dano sofrido pela vítima mediante um consenso, sem haver necessariamente a prisão como retribuição.

É certo que os institutos que compõem o ordenamento jurídico contribuem para a classificação do sistema processual penal adotado. O sistema norte-americano adversarial é originariamente composto por normas que possibilitam uma flexibilidade da ação penal para haver uma negociação entre as partes. O direito penal brasileiro foi concebido para o binômio acusatório e inquisitivo, ou seja, o órgão de acusação (ou o julgador em casos excepcionais e durante a fase processual) é obrigado a atuar diante do cometimento de uma infração penal.

No entanto, as características do novo acordo de não persecução penal e sua amplitude acarretam numa aproximação com o sistema processual adversarial/negocial,

³²Art.24.Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.³²

³³ OLIVEIRA, Natacha Alves de. *Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2021, p. 230.



afastando do tradicional sistema acusatório e a sua obrigatoriedade processual. Diante do exposto seria possível afirmar que, com a positivação do acordo de não persecução penal o direito brasileiro adotou o sistema o adversarial?

3. A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO COM O SISTEMA NEGOCIAL/ADVERSARIAL AMERICANO (*PLEA BARGAIN*) EM RAZÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Tardiamente em relação ao direito comparado, na década de 90, percebeu-se o início de uma tendência do legislador pátrio em inserir institutos despenalizadores e descaracterizadores no ordenamento jurídico, caminhando no sentido de um direito penal mínimo.

O fortalecimento dos estudos da criminologia como uma ciência empírica e seus resultados estatísticos são determinantes para direcionar a política criminal de um país no controle da criminalidade. A orientação em vigor durante o início do século XX que optou por um ordenamento jurídico mais rigoroso se mostrou deficiente no combate à criminalidade. O Direito penal da Lei e da Ordem não diminuiu a criminalidade de rua e não inibiu os crimes mais violentos, gerando um inchaço no sistema carcerário e gastos estatais.

Diversos institutos surgiram nesse contexto para mudar os rumos da resposta estatal e iniciar uma justiça penal restaurativa, tal como a transação penal e a composição civil dos danos dispostas na Lei nº 9.099/95³⁴. No entanto, o acordo de não persecução penal, foi além. Não apenas substituiu o encarceramento por medidas alternativas à prisão e buscou o ressarcimento da vítima, mas também permite uma maior liberdade de negociação entre o agente estatal e o particular, o que levantou o questionamento sobre a aproximação do sistema brasileiro com o adversarial norte americano.

A ampliação do espaço de consenso no sistema jurídico é considerada necessária pela doutrina.³⁵ Com o acordo de não persecução penal o Ministério Público e o réu podem dispensar todo o trâmite processual e optar por um procedimento abreviado, visto que sequer haverá denuncia imputando crime pelo órgão de acusação.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁵ LOPES JR, Aury. *Adoção do plea bargaining no “projeto anticrime”: remédio ou veneno*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere-medio-ou-veneno>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



Uma vez cumprido o acordo, ocorre a extinção da punibilidade, não constando qualquer anotação nos antecedentes do suposto autor do fato. Ou seja, a perseguição penal termina sem que seja instaurado formalmente um processo criminal, colocando a figura do magistrado em segundo plano e conferindo protagonismo às partes.

Vale lembrar que o Art. 28-A, do Código de Processo Penal³⁶ determina que o juiz homologue o acordo em audiência especialmente designada, quando analisará os aspectos formais, a voluntariedade e a adequação das medidas impostas ao acusado para a reprovação e prevenção do crime. Isto não judicializa o acordo, apenas permite um controle que evita desvios indesejados.

Da mesma maneira ocorre com o *plea bargain*, que é o instituto norte americano determinante para identificar a adoção do sistema processual penal estadunidense como negocial/adversarial.

Conforme Fontes³⁷, é instituto com origem no citado país, se desenvolveu a partir do século XIX e evidencia um acordo realizado entre as partes, em que a acusação oferece uma proposta de alteração da tipificação criminal, redução da pena ou reduzir os crimes imputados na denúncia. A ideia principal é que o acusado possa receber uma retribuição penal mais branda da que teria caso fosse submetido a um julgamento pelo juiz togado.

Marques³⁸, sobre o *plea bargain*, afirma que:

[...] a sua utilização trás benefícios para ambas as partes, garantindo a condenação, evitando altos gastos estatais com os julgamentos, diminuindo a quantidade de casos nas cortes, possibilitando a concentração dos acusadores em casos mais complexos e ainda faz com que o réu deixe de passar pelo constrangimento de um julgamento, não precisando pagar as despesas do processo, e estabelece uma pena mais leve.

Isso porque se trata de um negócio jurídico extrajudicial entre acusação e acusado que é firmado no cenário privado, sem a participação decisiva do juiz.

Os avanços legislativos brasileiros, seguindo ao desejo de controle social, que é um dos objetos da criminologia como ciência empírica³⁹, chegou a um atual estágio do ordenamento jurídico com grandes semelhanças ao *plea bargain*, o que evidencia a aproximação do processo penal brasileiro com o sistema adversarial.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 21.

³⁷ FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: O que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico pode implementá-lo?*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁸ MARQUES, Murilo. *Os perigos do plea bargain no Brasil*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 17.



Não obstante, não se pode negar que também existem distanciamentos. O acordo de não persecução penal positivado pelo Pacote Anticrime não exige a colaboração do acusado com as investigações, imposição esta que é da essência do *plea bargain*.

No entanto, outras leis nacionais determinam a contribuição do acusado na solução do crime como pressuposto da negociação entre as partes. Tal ocorre com a lei de repressão às organizações criminosas que disciplina a figura do acordo de colaboração premiada e possibilita o não oferecimento da denúncia quando o colaborador não for o líder da organização e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

O acordo de não persecução penal realizou uma alteração substancial no modo pelo qual ocorre a persecução criminal, e, somado às demais leis que já tratavam do tema especificamente para certos crimes, adotou-se uma dinâmica de consenso nunca experimentada no ordenamento brasileiro. A jurisdição de conflito vem sendo substituída por uma jurisdição consensual, assim como ocorre no direito norte americano.

Ao positivar o acordo no bojo do Código de Processo Penal, o Pacote Anticrime ampliou o alcance da justiça negociada para os crimes em geral e desta forma operou uma alteração consonante as exigências dos direitos fundamentais, buscando garantir uma justiça mais eficaz.

Ocorreu uma mudança de paradigma, pois a negociação passou a ser a regra para os crimes com pena mínima inferior a 4 anos, o que representa grande parte das infrações. Essa constatação se mostra primordial para a caracterização do sistema processual penal de um Estado.

Vale ressaltar que essa alteração não deve necessariamente atrair um olhar crítico. A adoção de institutos que negociam a aplicação de sentença criminal não é novidade em países regidos pela *Civil Law*. Segundo Brandalise⁴⁰, o *Absprachen* do direito alemão é utilizado informalmente desde a década de 70 e positivado em 2009, bem como o *Patteggiamento* do direito italiano aplicado desde 1981.

Atualmente, é difícil encontrar um sistema processual penal puro. A ciência jurídica é cosmopolita por natureza, sofrendo influência dos mais diversos ordenamentos jurídicos, o que resulta em uma mistura de leis e costumes. Portanto, é a preponderância de características de determinado instituto o que define a categorização do sistema como inquisitório, acusatório ou negocial/adversarial. Dessa forma, o influxo da justiça consensual ianque inegavelmente gera reflexos no processo penal brasileiro.

⁴⁰ BRANDALISE apud FONTES, op. cit. 2019.



O direito processual penal brasileiro está sofrendo um processo de resignificação, dado a crescente utilização de institutos consensuais, que sempre foram próprios de países que adotam a *Common Law*. Em tempos de globalização, é inegável a influência do direito comparado e a reprodução de práticas bem-sucedidas pelo legislador pátrio. Disto desaguou na adoção de soluções alternativas ao processo, diminuindo a imposição de penas privativas de liberdade como forma de resposta à infração penal.

Os juizados especiais criminais, à época de sua positivação, causaram uma revolução no dia a dia do Poder Judiciário. Foram necessárias mudanças estruturais tal como a implantação de varas especializadas, contratação e capacitação de pessoal e, atualmente, é responsável pela resposta estatal a grande parte dos delitos, utilizando-se da justiça restaurativa, que busca o ressarcimento da vítima através de um consenso entre as partes e o Ministério Público. Alguns anos depois, buscando maior efetividade no combate à criminalidade organizada, outras normas complementaram a nascente justiça negocial brasileira, como a já citada Lei nº 12.850/13.

O tenro acordo de não persecução penal foi pouco empregado na prática forense, justamente pela sua contemporaneidade. Poucas são as jurisprudências firmadas sobre o assunto, apesar da grande teorização doutrinária. Desta forma, a sua futura e reiterada utilização pelos atores processuais vai ajudar na compreensão da dimensão da reforma trazida pelo instituto ao Direito brasileiro.

Nesta perspectiva de sucessão de leis consensuais que o ordenamento processual brasileiro, tradicionalmente direcionado para o conflito entre as partes, ganha contornos característicos de um sistema consensual, passando a permitir um diálogo entre o acusado e o órgão de persecução. No entanto, estas alterações não foram acompanhadas por relativizações de institutos adjacentes a muito aplicados pela doutrina pátria. A ausência desta alteração legal acarreta dúvidas na legitimidade e aplicação das inovações, mas através de um trabalho de interpretação pelos aplicadores do direito é possível superar tais empecilhos, tal como deve ocorrer com a compulsoriedade da ação penal pública.

Não se pode dizer que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública seja um obstáculo intransponível para a afirmação de que o sistema processual penal acusatório, tradicionalmente encampado pela doutrina brasileira, foi substituído pelo sistema consensual/negocial. Isto porque o conceito clássico do referido princípio, no sentido de que



aos órgãos de persecução criminal não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir sobre sua atuação ou não, vem sendo a muito refutado.

Hodiernamente, extrai-se do princípio da obrigatoriedade a impossibilidade do Ministério Público, sem justa causa, abster-se de dar uma resposta às investigações criminais viáveis. Existe o dever de agir, mas a forma de seu exercício não é única. Ao órgão de acusação, frente um suporte probatório mínimo, são dadas opções diferentes para agir, inclusive uma atuação consensual, que pode constituir a resposta mais efetiva e célere ao caso concreto. Agindo desta forma não estará violando o mandamento constitucional da persecução criminal.

Desta forma, frente aos diversos institutos já incorporados no processo penal brasileiro, pode-se afirmar que, em alguma medida, o sistema processual pátrio ostenta características negociais. Esta mudança decorre da opção por uma política criminal despenalizadora, que é gradualmente implantada no Brasil.

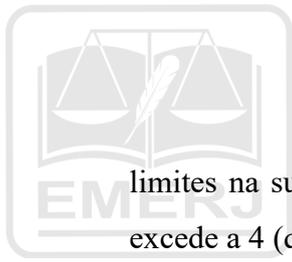
Esta nova opção é uma preferência política legítima e, portanto, o Ministério Público, como principal órgão de acusação penal, deve perceber que sua atuação não é mais unidirecional, ou seja, não se dirige apenas para o conflituoso processo penal.

Ademais, outros aspectos são levados em consideração antes da escolha legislativa. Na política criminal, diferentemente do direito penal, existe uma abrangência macro, de forma a alcançar outros objetivos considerados relevantes pelo Poder Público, tal como a maior concentração na repressão de crimes mais graves, a diminuição da população carcerária e a satisfação da vítima. Diminui-se a política de punir qualquer desvio criminoso.

Desta forma, percebe-se que o acordo de não persecução penal é utilizado para suprir deficiências do sistema acusatório, visto que este não permite qualquer espaço para o diálogo entre as partes e impõe o oferecimento da denúncia com a consequente sujeição do réu a um longo processo judicial.

Ao mesmo tempo, o Pacote Anticrime não extirpou por completo o sistema acusatório. Suas características ainda estão presentes nos casos em que não for possível um consenso, visto que persiste o afastamento do juiz de qualquer atividade persecutória e a obrigatoriedade de uma atuação pelo órgão de acusação, que nem sempre vai se resumir no oferecimento da denúncia.

Logo, a positivação do acordo de não persecução penal, apesar de promover uma alteração na estrutura processual, não adotou de forma plena um sistema negocial/adversarial no Código de Processo Penal, principalmente porque o acordo de não persecução possui



limites na sua aplicação, em especial ser voltado apenas para crimes cuja pena mínima não excede a 4 (quatro) anos.

Portanto, à guisa de conclusão, pode-se afirmar que o sistema processual brasileiro é fruto de uma evolução histórica e gradual, sendo alterado conforme os ditames da política criminal, criminologia e o direito penal da época. Diferentes características foram brotando com o passar do tempo e, atualmente, é um misto de tantos outros sistemas, inclusive sofrendo influência da escola do *Common Law*, cuja gênese é bem diferente da *Civil Law* adotada pela Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. *DECRETO-LEI n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei n° 9.430*, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei n° 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei n° 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico. 2016.

FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: O que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico pode implementá-lo?*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2017.



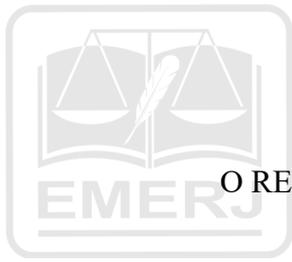
LOPES JR, Aury. *Adoção do plea bargaining no “projeto anticrime”: remédio ou veneno*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Marcos Vinicius Pimenta. *As matrizes do processo penal e suas origens*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/as-matrizes-do-processo-penal-e-suas-origens/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

MARQUES, Murilo. *Os perigos do plea bargain no Brasil*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. *Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2021.



O RECONHECIMENTO POR FOTO EM DELEGACIA POLICIAL, AS FALSAS MEMÓRIAS E O RISCO DE ERROS JUDICIAIS.

Gustavo Garcez de Araujo Souza

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – o reconhecimento de pessoas no âmbito do Processo Penal é delimitado no Art. 226 do Código de Processo Penal, devendo ser realizado de forma solene e presencial, na qual o acusado é colocado entre pessoas que, dentro do possível, ostentem características físicas semelhantes entre si. Na prática, porém, tal procedimento vem sendo negligenciado, sobretudo por meio da modalidade de reconhecimento por fotografias, em sede de delegacia policial, fato que vem levando a inúmeros erros judiciais, provenientes de aspectos como as falsas memórias, explicados pela psicologia forense, e de cunho racial e social, como bem discorre Gunther Jakobs em sua teoria “Direito Penal do Inimigo”. Pretende-se demonstrar no presente artigo como se posicionam Doutrina e Jurisprudência acerca do tema, os malefícios da inobservância do procedimento do Art. 226 do Código de Processo Penal, bem como possíveis soluções que busquem minimizar a possibilidade de erros judiciais, que, como será demonstrado, ocorrem com indesejável frequência.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Reconhecimento de pessoas. Inobservância dos procedimentos previstos em lei. As falsas memórias. Criminalização como instrumento de perseguição. Erros judiciais.

Sumário – Introdução. 1. O reconhecimento de pessoas no Art. 336 do Código Penal e sua aplicação para admissão de reconhecimento por fotografia. 2. As falsas memórias como fator de risco no erro em reconhecimento de pessoas por elementos fotográficos. 3. Prisões ilícitas derivadas da inobservância da regra de reconhecimento do Art. 226 do CPP: análise de casos concretos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a flexibilização do procedimento de reconhecimento de pessoas, insculpido no art. 226 do Código de Processo Penal, para admitir o reconhecimento por fotos, o que já causou inúmeras injustiças materializadas no indiciamento, acusação e até prisão de indivíduos inocentes.

Para tanto, é necessário debater até onde vai a possibilidade de mitigação dos procedimentos processuais penais na busca pela verdade real, fazendo um paralelo das práticas hoje adotadas em boa parte dos casos com o histórico de condenações lastreadas tão somente no reconhecimento por foto, com entendimentos doutrinários acerca do tema e da jurisprudência.

Existem casos de reconhecimento realizado por fotos obtidas em redes sociais. Como o investigador chegou às fotos? Será que se pode admitir, no Brasil, que se perpetue no sistema criminal vestígios de pensamentos lombrosianos?

Sob o viés do fenômeno das falsas memórias, a ciência já comprovou que o indivíduo, ali posto como vítima, pode introduzir em suas recordações fatos e desdobramentos dissociados da realidade, estando aí inseridos traços e características físicas dos possíveis autores do crime contra ele perpetrado.

No Brasil, existem diversos casos de indivíduos que, mesmo inocentes, foram apontados por fotografias e presos em razão disso, sendo alguns até condenados. Via de regra, e aqui necessário se faz abordar o aspecto social do problema, são os injustiçados jovens, negros, pobres e oriundos das periferias.

No presente trabalho, se busca discorrer sobre a gênese do problema, as contradições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema e sugerir possíveis soluções.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando o reconhecimento pessoal em si, na forma do art. 226 do Código de Processo Penal, e como se deu a construção, a partir dele, do reconhecimento por fotos. Busca-se analisar o instituto e tecer comentários técnicos acerca da interpretação extensiva que tem sido, por alguns, realizada na aplicação.

No segundo capítulo, pretende-se discorrer sobre o instituto das falsas memórias e a implicação dele no reconhecimento de acusados por meio fotográfico, em sede de delegacia policial.

O terceiro capítulo é voltado ao estudo de casos concretos nos quais o reconhecimento equivocado ensejou erros judiciais, objetos de matérias jornalísticas, inclusive, aproveitando o ensejo para questionar: quantos erros mais não foram cometidos sem que a verdade tenha sido até o momento revelada? A pesquisa é realizada por meio do método hipotético-dedutivo, considerando que o pesquisador se propõe a apontar fatos que servem para a construção de uma análise crítica.

Para tanto, a abordagem se dará de forma qualitativa, pretendendo o pesquisador se utilizar dos artigos acadêmicos, livros, jurisprudências e reportagens acerca do tema, mencionados na bibliografia da fase exploratória da pesquisa, para alicerçar fatos, dados e ponderações necessárias de sua defesa.



1. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO ART. 226 DO CÓDIGO PENAL E SUA APLICAÇÃO PARA ADMISSÃO DE RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA

O presente trabalho tem inicialmente como escopo o estudo do instituto do reconhecimento de pessoas no Processo Penal, à luz do art. 226¹, e a interpretação que, na prática, tem conferido interpretação extensiva para admitir o apontamento de acusados por elementos fotográficos, principalmente em sede de delegacia policial.

Como se pode perceber, o art. 226 do Código Penal² é taxativo em sua estrutura, que diz:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;(...)

Ocorre que, na prática, tanto em sede de delegacia policial quanto em juízo, se tem observado uma tendência de aceitação da mitigação do texto da norma para admitir o reconhecimento por elementos fotográficos.

Passa-se a ter, portanto, a percepção de que o Direito, no Brasil, tem cada vez mais se afastado do “Direito Penal dos Fatos” e se aproximado do “Direito Penal da Pessoa”, teoria íntima da abominável tese de Gunther Jakobs³ denominada “Direito Penal do Inimigo”, segundo a qual o Direito serviria aos anseios da sociedade na busca por um inimigo comum, a figura do indivíduo delituoso.

Hoje, pode-se dizer que este inimigo comum se materializa, em sua maioria, na figura de jovens, pobres, negros ou pardos e de origem periférica. Não se sabe ao certo se por construção social ou por mero despreparo, essa figura é o objeto central de perseguição pelos órgãos policiais, e neste sentido importante se faz mencionar o caráter mundial do fenômeno, como ficou claro, por exemplo, no caso “George Floyd”⁴, jovem negro e inocente, assassinado em 25 de maio de 2020 pela Polícia de Mineápolis, Estados Unidos, em uma

¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.2.senado.leg.br/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

²Ibid.

³JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 19.

⁴ESTADÃO. *Entenda o caso George Floyd*. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/geral.entenda-o-caso-george-floyd.70003323879>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

abordagem que se tornou rotineira, no que tange às práticas agressivas em detrimento do “inimigo em comum”.

Não é qualquer exagero dizer que a atuação não só da polícia, mas do sistema penal como um todo no Brasil, também tem sido implacável com estes jovens. Hoje, conforme dados da comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados⁵, o país possui população carcerária de mais de 700 mil presos, sendo que destes, 61,7% são negros ou pardos e até 75% tem somente o ensino fundamental completo, no máximo, o que reforça o argumento de que o Brasil tem um sistema cujo rosto é negro, pobre e periférico.

Diante dos fatos, surge a preocupação que é cerne do presente estudo. Como já mencionado, em alguns casos o reconhecimento objeto do Art. 226 do Código de Processo Penal⁶ tem sido interpretado extensivamente para aceitar o reconhecimento por fotos.

Ora, não é necessário esforço muito grande para se imaginar que tipos de fotografias são essas, quais as imagens que são mostradas e de onde surgiram. Qual seria, para a autoridade policial, o indivíduo cujo rosto poderia figurar nos álbuns de possíveis suspeitos? Evidente que a resposta se encontra no catálogo de reincidentes ou investigados naquela delegacia de polícia, de que outro local viriam? Mais claro ainda que são aqueles indivíduos que perfazem 61,7% da população carcerária⁷, conforme já demonstrado. É o inimigo comum, estampado em fotografias diversas, pronto para ser apontado por um novo crime, que muitas vezes não cometeu.

Busca-se a verdade real no Processo Penal, mas como se pode falar de autoria possível, mediante indução? Como se alcançar esta verdade real por meio de uma autoria induzida? E não há qualquer irregularidade em dizer que a determinação da autoria é induzida quando se mostra à vítima, já fragilizada pela prática do crime contra si, fotos que seguem quase que um sistema lombrosiano de investigação.

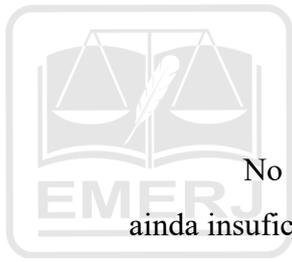
Importante igualmente frisar que em muitos casos a doutrina decepciona com a tolerância a esta prática, como se pode aduzir do entendimento de Nicollit⁸, por exemplo, sobre o reconhecimento por fotografia, quando afirma em sua obra que “embora sua relevância pode ser menor, dentro do sistema do livre convencimento motivado nada impede sua realização e consideração para efeito de julgamento”.

⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸NICOLLIT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 672.



No mesmo sentido, Pacelli⁹ apresenta entendimento levemente divergente, todavia ainda insuficiente, quando diz que

o reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas.

Ainda na análise dos entendimentos doutrinários, se demonstra um alento a posição de Aury¹⁰, quando menciona que

exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I do CPP¹¹, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada.

Como se pode perceber, a doutrina diverge quanto à aplicação do reconhecimento por foto como “prova inominada”. Os entendimentos vão desde a possibilidade de aplicação, com restrições, até a impossibilidade da aplicação solitária da prática, o que se mostra mais acertado.

Não há um consenso construído doutrinariamente no sentido de proteger eventual acusado do reconhecimento fotográfico, cabendo ressaltar que a jurisprudência é igualmente reticente, com leve predominância de que o instituto pode servir como lastro probatório, desde que acompanhado de outros elementos aptos a construir um nexo de autoria e materialidade nos autos, como se percebe no julgamento do *Habeas Corpus* nº 335.956, do STJ¹²:

1. O reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando corroborado por outras provas, colhidas sob o crivo do contraditório. 2. A identificação do acusado por meio de fotografia enviada ao e-mail da vítima foi realizado sem a observância das regras procedimentais do art. 226 do CPP e se constituiu na única prova judicializada que deu lastro à condenação em segundo grau de jurisdição. 3. Ainda que produzida sob o crivo do contraditório, não é possível emprestar credibilidade e força probatória à confirmação, em juízo, de reconhecimento formal eivado de irregularidades. Se extirpado tal elemento informativo, não seria possível nem sequer denunciar o paciente, pois não foi colhido nenhum outro indício de sua participação (...)

⁹PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 352.

¹⁰LOPES JR., Aury Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 490.

¹¹BRASIL, op.cit., nota 1.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 335.956*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861512940/habeas-corpus-hc-335956-sp-2015-0231029-9>>. Acesso em: 18 fev. 2021.



Em que pese o entendimento ora esposado, insta salientar que existem precedentes diversos no próprio Superior Tribunal de Justiça, como é o caso do *Habeas Corpus* nº 46.998/SP¹³, que privilegia uma verdade real por meio do reconhecimento fotográfico, o que, é por si só contraditório, como se pode ver:

1. Almejada a apresentação de fotografias do irmão do acusado para se refutar a autoria delitiva, o indeferimento da produção probatória defensiva restou pautado no desvirtuamento com as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, não obstante o reconhecimento informal realizado em sede inquisitória, a partir da foto do acusado obtida dos arquivos policiais (...) 3. Mostrando-se razoável o requerimento da defesa, possível é a submissão das fotografias às testemunhas, em prol da obtenção da verdade real e da formação do convencimento do julgador.

Finalmente, ao menos com relação à jurisprudência, parece que houve um marco na modificação do entendimento anterior, conferindo mais rigidez ao procedimento de reconhecimento e afastando, em parte, a possibilidade do reconhecimento por fotos e ainda tecendo recomendações para a correta aplicação do art. 226 do Código de Processo Penal¹⁴.

Os fatos ocorreram no âmbito da notável decisão do STJ, em Outubro de 2020, nos autos do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC¹⁵, decisão que merece ter aqui algumas passagens mencionadas, dada a sua importância e inovação. Diz o Ministro Rogério Schietti, relator, que

Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

Na mesma esteira, vai além o Ministro relator¹⁶:

O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 46.998*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863839159/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-46998-sp-2014-0082068-5/inteiro-teor-863839355>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 1.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897212872/habeas-corpus-hc-598886-sc-2020-0179682-3>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁶Ibid.



o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

Ainda no mesmo julgamento, parece que o Ministro¹⁷ resolveu romper com a ausência de uniformização das decisões dos Tribunais Superiores para prestigiar o devido processo legal, como se aduz do seguinte trecho do julgado:

De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças. 6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua insita função de custos legis (...).

Permite-se induzir que o teor do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC¹⁸ vem tentar, de vez, sepultar da prática jurídica o reconhecimento de acusados por foto, no âmbito dos processos criminais, prestigiando a ciência na aplicação do Direito quando reconhece o fenômeno das falsas memórias, o que, todavia, por se tratar de decisão muito recente, ainda não teve o desdobramento necessário na prática.

Há de se reconhecer que Tribunais Estaduais continuam aceitando a prática para prisão e condenação de acusados, dando ensejo às injustiças que o STJ tenta coibir com o novo entendimento, como na decisão que consta nos autos da Apelação nº 0111468-74.2015.8.19.0054¹⁹, datada de 03 de Março de 2021, cujo relator, Des. Luiz Zveiter, se utiliza do seguinte trecho para embasar sua decisão:

Inicialmente, impende salientar que não há que se falar em nulidade do reconhecimento fotográfico, já que tal ato, mormente em fase extrajudicial, não encontra vedação legal, sendo plenamente admitido pela nossa jurisprudência pátria. Ademais, mister consignar que no que toca ao inciso II, do artigo 226, do Código de Processo Penal, nem sempre as peculiaridades fáticas favorecem o seu cumprimento, tanto que consta no referido dispositivo legal a expressão “se possível”, o que, todavia, não macula o decreto condenatório, porquanto baseado no robusto arcabouço de provas ora analisado.

Percebe-se, portanto, que o entendimento mais recente do STJ ainda não vem sendo adotado por alguns magistrados, o que remete ao fato de que na seara processual penal, no

¹⁷Ibid.

¹⁸Ibid.

¹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0111468-74.2015.8.19.0054*. Relator: Desembargador Luiz Zveiter. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/168906240/processo-n0111468-7420158190054-do-tjrj>> . Acesso em: 7 mar. 2021.

âmbito da “práxis jurídica”, os acusados ainda convivem com a possibilidade de figurarem no polo passivo das demandas por mero reconhecimento fotográfico.

2. AS FALSAS MEMÓRIAS COMO FATOR DE RISCO NO ERRO EM RECONHECIMENTO DE PESSOAS POR ELEMENTOS FOTOGRÁFICOS

No presente capítulo, pretende-se ir além da impropriedade referente à interpretação extensiva do Art. 226 do Código Penal²⁰ e debruça-se, portanto, no fenômeno científico intitulado por profissionais da psicologia forense como “instituto das falsas memórias”, demonstra como pode a vítima do crime apontar equivocadamente um indivíduo, ainda que de forma inconsciente, sem dolo de prejudicar, porém criando uma situação jurídica que pode levar a graves injustiças.

Falsas memórias consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa de como lembrado pela vítima/testemunha. A interpretação errada de um acontecimento também pode desencadear esse processo.

Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram²¹. Podem surgir de duas formas: espontaneamente ou através de uma sugestão externa.

Trata-se, portanto, de um processo que se desenvolve na psique do indivíduo e que pode levar ao induzimento de que tenha ocorrido situação de fato que, na prática, jamais ocorreu.

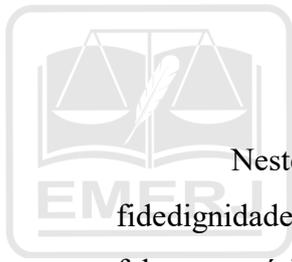
Nas palavras de Aury²², “as falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso.” Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí o porquê é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambos sejam extremamente prejudiciais ao processo.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹BARBOSA, C. *Estudo experimental sobre emoção e falsas memórias*. 2002. 190 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 26.

²²LOPES JR., op. cit., p. 477.



Neste sentido, preocupa-se com alicerces em fundamentos científicos, relativamente à fidedignidade do apontamento de suspeito por meio fotográfico, analisado sob o prisma das falsas memórias.

Giacomolli²³ bem esclarece outra faceta da problemática do reconhecimento por meio de fotografias, quando diz que

[...] a imagem cristalizada na foto representa uma expressão do sujeito que está sendo fotografado e não do que está em movimento, empunhando uma arma, falando, correndo; portanto, bem diversas do ambiente tensional do cometimento de um delito.

De fato, a imagem de um indivíduo recostado a uma parede, em procedimento de reconhecimento criminal, muitas vezes apresentando um sujeito pálido, cansado por uma série de atos como prisão, depoimentos, exame de corpo de delito e lavratura de auto de prisão em flagrante, como é o caso das fotografias que se apresentam em sede de delegacia policial, podem levar à uma distinção frontal da percepção que a vítima tem de seu agressor.

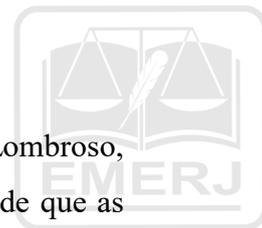
Neste último caso, a vítima se recorda de um indivíduo que possivelmente demonstra traços de inquietude, nervosismo, adrenalina, que se movimenta a todo tempo, gesticula, grita e ameaça, ou seja, pratica atos típicos de condutas delituosas e que em razão de sua dinâmica, podem fazer com que se altere parcialmente a imagem que a vítima guarda do criminoso.

Se pode imaginar, por exemplo, as prisões efetuadas pela operação Lava-Jato. Tinha-se enquanto sociedade a imagem de um político respeitado, sempre bem-vestido, trajando ternos sofisticados e com postura altiva e ostentando serenidade, sobriedade e seriedade, como no caso do ex-governador Sérgio Cabral Filho.

Logo que vazaram²⁴ na imprensa as imagens de sua identificação criminal, a sociedade se viu diante de uma figura cabisbaixa, acanhada, com uma camisa verde de gola esgarçada e olhar que demonstrava ao mesmo tempo vergonha e desespero. A pergunta a se fazer é: caso não se conhecesse bem a figura do político em questão, caso a sociedade tivesse visto apenas uma vez a figura do ex-governador solto, quantos seriam capazes de reconhecê-lo tão somente por meio da fotografia que retrata o momento de sua identificação criminal? A resposta é que muitos não seriam capazes de realizar o reconhecimento com plena certeza.

²³ GIACOMOLLI, N. J. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 164.

²⁴ IMAGEM mostra Sérgio Cabral com uniforme da Seap após prisão no Rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/imagem-mostra-sergio-cabral-com-uniforme-da-seap-apos-prisao-no-rio.html>>. Acesso em: 12 mar. 2021.



Neste momento, lamentavelmente faz-se importante mencionar Cesare Lombroso, que ficou conhecido por suas teorias sobre o “delinquente nato”²⁵, ou seja, a ideia de que as características, sobretudo físicas e fisiológicas, dos indivíduos, seriam aptas a demonstrar se a pessoa era predisposta ao crime ou não. Em síntese, defendia que o criminoso poderia ser “diagnosticado” em razão das condições anatômicas de seus corpos.

Aqui, em que pese a criminologia crítica hoje abominar tal perspectiva, imagina-se que Lombroso ficaria orgulhoso ao folhear um álbum de possíveis suspeitos em sede de qualquer delegacia policial. A semelhança é gritante, evidentemente que em razão de aspectos sociais que empurram indivíduos para a vida delituosa e não em observância à deletéria teoria lombrosiana.

Ainda no que diz respeito à ciência e ao fenômeno das falsas memórias, demonstra-se imperioso trazer à apreciação o estudo e as considerações daquela que talvez seja a maior autoridade no tema, a Professora Elizabeth Loftus²⁶, citada por Aury²⁷ em sua obra e cujos experimentos serão tratados nos parágrafos que se seguem.

Após experimentos psicológicos diversos, a pesquisadora e sua equipe conseguem comprovar que é possível implantar uma falsa memória de um evento que nunca ocorreu. E não se trata de apenas extrair da memória percepções no que tange à alteração de detalhes, mas criar na psique do indivíduo uma memória inteiramente falsa de um fato que jamais ocorreu.

Em suas pesquisas, Loftus²⁸ montou um grupo de 24 pessoas com idades variadas, mas todos entre 18 e 54 anos, para tentarem recordar de eventos da infância, relatados aos pesquisadores por pais, irmãos e parentes mais velhos. Partindo-se daí, foi confeccionada uma brochura pelos pesquisadores, construindo um falso evento sobre um possível passeio ao shopping, que nunca ocorreu, mas no qual o participante teria ficado perdido durante um período prolongado, incluindo choro, ajuda e consolo por uma mulher idosa e finalmente o reencontro com a família. Após lerem o material, foram os indivíduos submetidos a várias entrevistas para verificar o que recordavam.

Inacreditavelmente, dentre os entrevistados, 29% deles lembram-se tanto parcialmente quanto totalmente do falso evento construído para eles e, incrivelmente, após o

²⁵ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2010, p. 43.

²⁶ Professora de Psicologia e Direito na Universidade de Washington, é PhD em Psicologia, com dezenas de trabalhos publicados sobre o tema.

²⁷ LOPES JR., op. cit., p. 479.

²⁸ Ibid, p. 477-481.



transcorrer de mais duas entrevistas em períodos distintos, 25% continuaram afirmando que se recordavam do evento fictício.

Aqui tem-se que, para além da crítica jurídica à interpretação extensiva do Art. 226 do Código Penal²⁹, necessário se faz demonstrar como é frágil o reconhecimento por intermédio de fotografias na seara Processual Penal. Tal fato é corroborado pelos ensinamentos de Tourinho Filho³⁰, que diz que “O reconhecimento é, de todas as provas, a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, as más condições de observação, os erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária.”.

Ultrapassadas as críticas necessárias ao modelo de reconhecimento por meio de fotografias e sua aplicação, é importante passar a ilustrar a tormenta que recai sobre os procedimentos criminais, tanto em sede de delegacia policial quanto em sede de Juízo, agora por meio da análise de casos concretos, versando sobre notórios erros judiciais frutos de reconhecimentos equivocados, como se passa a demonstrar.

3. PRISÕES ILÍCITAS DERIVADAS DA INOBSERVÂNCIA DA REGRA DE RECONHECIMENTO DO ART 226 DO CPP: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Aqui se pretende demonstrar, mediante a análise de casos concretos, que a objeção ao reconhecimento de indivíduos por fotografia em sede de delegacia policial, bem como a correlação com o fenômeno das falsas memórias e a guerra contra o “inimigo comum”, se dá em razão de aspectos muito além das meras discussões doutrinárias.

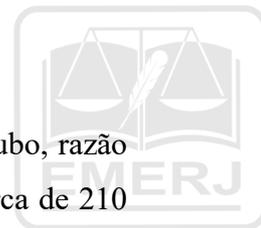
Por meio de casos concretos e notórios, busca-se comprovar, na prática, a ocorrência dos erros judiciais, bem como apontar possíveis correções procedimentais e legislativas a fim de garantir, ao menos na seara aqui abordada, a correção das injustiças perpetradas pelo sistema criminal.

Inicialmente, começa-se abordando o caso do mototaxista Marcos Antônio dos Santos Veiga³¹, homem negro, pobre e morador da periferia, que foi preso injustamente ao se encaminhar à delegacia policial para registrar uma ocorrência.

²⁹BRASIL, op.cit., nota 1.

³⁰TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 625.

³¹SANTOS, Eliane. *Preso que foi reconhecido por foto em roubo em que ladrões estavam mascarados é solto no RJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/20/preso-que-foi-reconhecido-por-foto-em-roubo-em-que-ladros-estavam-mascarados-e-solto-no-rj.ghtml>>. Acesso em: 25 mar. 2021.



Lá chegando, descobriu que havia contra si um mandado de prisão por roubo, razão pela qual foi imediatamente preso e recolhido ao cárcere, onde permaneceu por cerca de 210 (duzentos e dez) dias, tendo sido solto no dia 17 de março de 2021.

Ocorre que da análise do fato se podem perceber alguns elementos procedimentais que, realizados com maior diligência, poderiam ter evitado o transtorno irreparável para a vítima. Aduz-se do registro de ocorrência, por exemplo, que o roubo foi perpetrado por dois indivíduos em uma moto, estando o motorista trajando boné e máscara e o carona capacete e máscara. Ainda assim, a autoridade policial decidiu proceder ao reconhecimento por meio de fotos, tendo sido então, o Sr. Marcos Antônio apontado no álbum como um dos roubadores.

Ora, se já é difícil o reconhecimento do indivíduo que praticou o crime sem qualquer proteção à sua figura, o que dizer do reconhecimento por álbum fotográfico de um indivíduo que ostentava capacete e máscara? Além do mais, como aquela fotografia chegou à seleção de possíveis autores do crime?

O próprio reconhecido, em reportagem do Portal G1³² responde: “Minha foto estava lá porque eu tenho passagem na polícia. Fui pego por tráfico quando tinha 25 anos. Mas cumpri minha pena e saí pela porta da frente da cadeia. Desde então, só faço trabalhar e cuidar dos meus filhos”, afirma Marcos, hoje com 36 anos e pai de Antônia, 3 anos, e Gael, 4.

Indagado na reportagem, a vítima desabafou: “Não tem revolta. Tem o sentimento de injustiça, mas quero seguir em frente. Quero arrumar um emprego, continuar cuidando dos meus filhos e viver a vida. Fui no meu antigo emprego, e disseram para eu ir lá conversar na próxima semana. Torcendo para ter algo para mim. Só não quero mais trabalhar como mototaxista, que é muito visado. Sempre acham que você é bandido”, diz.

Em juízo, na 4ª Vara Criminal de Niterói, mais precisamente nos autos do processo nº 0019975-02.2020.8.19.0002³³, a vítima do roubo não reconheceu o Sr. Marcos, razão pela qual o juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho proferiu, na audiência do dia 15 de Março de 2021, a sentença absolutória, no seguintes termos:

[...] Assim, analisando o acervo dos autos verifico que a prova produzida sob o crivo do contraditório não traz a certeza necessária para lastrear um edito condenatório, restando dúvida fundada acerca da autoria do roubo em tela. Diante disso, deve ser adotada a solução mais benéfica ao acusado com a aplicação do princípio IN DUBIO PRO REO. Ante o exposto JULGO IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PARA ABSOLVER MARCOS ANTONIO DOS SANTOS

³²Ibid.

³³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0019975-02.2020.8.19.0002*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2020.002.019415-3&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

VEIGA da imputação que lhe foi feita, com base no art. 386, VII, CPP. Sem custas. [...].

Os fatos corroboram com o que foi dito nos tópicos anteriores. O reconhecimento por meio de foto na delegacia policial é basicamente realizado por meio de um álbum onde constam indivíduos que em determinado momento da vida tiveram passagens criminais e serve à investigação como forma de induzir o indivíduo ali fragilizado a apontar um culpado, ainda que não exista certeza, tanto é que em juízo o reconhecimento não se repetiu.

Outro caso que merece atenção é o do músico Vando dos Santos Bernardo³⁴, que permaneceu preso por quase 03 (três) anos acusado de cometer um latrocínio, no bairro da Barra da Tijuca, no ano de 2018. Ele foi inicialmente reconhecido por fotografia em sede de delegacia policial, ainda que, comprovadamente, no momento do crime estivesse trabalhando, tocando em um bar no município de Nova Iguaçu, conforme reportagem do Portal G1³⁵.

Pode-se aduzir dos autos do processo nº 0175277-32.2017.8.19.000³⁶ que, após quase 03 (três) anos, estando o então réu preso, o magistrado reconheceu o equívoco ocorrido quando do reconhecimento do Sr. Vando, conforme se percebe em apertada síntese da sentença:

(...) Ora, embora ter afastado a arguição de nulidade do reconhecimento por fotografia em sede policial, assim como do reconhecimento pessoal realizado pela testemunha Rayssa em Juízo, aos 12/11/2018 e, ainda, tenha reconhecido a legalidade do segundo reconhecimento pessoal realizado por Rayssa em Juízo, aos 17/06/2019, não posso ignorar que a forma como foi o realizado o reconhecimento em sede policial, assim como foi realizado o primeiro reconhecimento pessoal em Juízo, fragilizam sobremaneira o valor dessas provas para o juízo de reprovação.(..)

Aponta ainda o magistrado³⁷ contradições no depoimento da testemunha, como se segue:

(...) A primeira contradição é observada no depoimento prestado por Rayssa perante a Autoridade Policial da 41ª DP (fl. 106), no dia seguinte aos fatos, oportunidade em que descreveu o agente como sendo um homem negro, com idade entre 24 e 35 anos, cabelo crespo com corte rente e com um cavanhaque ralo, sendo certo que essa última característica não foi repetida pela testemunha quando prestou declarações cerca de duas semanas depois, perante a Autoridade Policial da Divisão de

³⁴ G1. *Homem é solto no Rio depois de ficar quase três anos preso por engano*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/13/homem-e-solto-no-rio-depois-de-ficar-quase-tres-anos-preso-por-engano.ghtml>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁵Ibid.

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0175277-32.2017.8.19.0001*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosa Filho. Disponível em: <[³⁷Ibid.](http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2017.001.143567-2&acessoIP=internet&tipoUsuario=#>>. Acesso em: 21 mar. 2021.</p></div><div data-bbox=)

Homicídios (fl. 28), tampouco há qualquer fotografia nos autos ou notícia de qualquer natureza de que o réu usou cavanhaque em alguma oportunidade (...)

Tendo, neste sentido, apontado outras duas contradições latentes, não por outra razão foi o então réu absolvido com fundamento no Art. 386, inciso II e VII, do Código de Processo Penal³⁸, fato que não apagou os anos de injusto recolhimento ao cárcere, a mácula à honra e a estigmatização característica do sistema criminal brasileiro.

Mais uma vítima, o mesmo *modus operandis*, tendo, desta vez, a chefia da Polícia Civil se manifestado para a reportagem³⁹, afirmando que:

orienta, desde outubro do ano passado, que os delegados não usem apenas o reconhecimento fotográfico como única prova em inquéritos policiais para pedir a prisão de suspeitos. A nota diz ainda que o reconhecimento por foto, que é aceito pela Justiça, é um instrumento importante para o início de uma investigação, mas deve ser ratificado por outras provas técnicas.

Note-se que a soltura do Sr. Vando se deu apenas na data de 13 de Março de 2021⁴⁰. Logo, pode-se perceber que ambos os casos apresentados se referem a acontecimentos recentes, demonstrando que, em que pese a tímida evolução jurisprudencial nos Tribunais Superiores, na prática o famigerado reconhecimento por meio de fotografias em sede de delegacia policial continua a ser uma realidade.

Percebe-se, por meio da análise de dois dos mais recentes casos concretos, que as prisões injustas em razão da inobservância dos procedimentos previstos no art. 226 do Código⁴¹ continuam se impondo, via de regra, aos indivíduos socialmente hipossuficientes, corroborando a tese de perseguição ao inimigo comum que é esposada no capítulo anterior.

Parece ser, portanto, uma prática cujos destinatários encontram-se bem definidos em um triste conluio, seja omissivo ou comissivo, entre os órgãos policiais e a própria justiça, que, por ironia, acabam por determinar um outro retrato: o do sistema prisional. Como já visto, o que se traz é, não só em razão do procedimento exposto, mas igualmente em função dele, uma imagem negra, pobre e periférica que se presta a definir a população carcerária do Brasil.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁹G1, op.cit., nota 30.

⁴⁰Ibid.

⁴¹BRASIL, op.cit., nota 1.



A presente pesquisa procurou demonstrar os males causados pela inobservância dos procedimentos de reconhecimento de pessoas no Processo Penal, previsto no Art. 226 da codificação. Por muitas vezes, o reconhecimento tem sido realizado por meio de um álbum de fotografias de “potenciais suspeitos do crime”, o que tem causado diversas anomalias jurídicas, ensejando a prisão e até condenação de acusados inocentes.

De um lado, encontram-se autoridades policiais e até promotores de justiça que, no afã da busca pela verdade real, têm mitigado a aplicação dos procedimentos previstos em lei para o reconhecimento de pessoas.

Por outro lado, se percebe a violação ao devido processo legal e ao princípio da presunção de inocência, que vêm sendo mitigados, por vezes, inclusive, com o aval da Doutrina e da Jurisprudência.

Quando a Academia e os Tribunais Superiores fazem vista grossa para procedimentos pré-processuais, praticamente ocorre a outorga de uma “carta em branco” aos responsáveis pela investigação e identificação dos culpados, o que remete ao brocardo de que os fins justificam os meios.

Da mesma forma, quando autoridades policiais confeccionam livros com fotografias de indivíduos que já tiveram algum tipo de passagem criminal □ na maioria jovens, negros, pobres e de origem periférica é como se dissessem que aqueles indivíduos, não importando as circunstâncias de tempo ou sociais, trarão consigo sempre a pecha de “possíveis culpados”.

Ora, chega-se à conclusão de que se o sistema carcerário tem um rosto, este rosto é aquele que começa a se construir na investigação criminal, sem qualquer respaldo na lei.

Para muito além da crítica de mero descumprimento da lei, a pesquisa busca comprovar que a própria prática do reconhecimento por meio de fotos é falha, existindo inclusive tese da psicologia forense, mencionada por alguns importantes autores, que define o fenômeno das falsas memórias. Tal fenômeno demonstra que, por várias razões, pode a vítima do crime ser compelida a descrever fatos realizados no seu íntimo, mas que nunca ocorreram.

Muitos são os casos de prisões e condenações equivocadas de indivíduos inocentes em razão do reconhecimento por fotografia. A pesquisa buscou explorar dois dos mais recentes, para alicerçar a crítica, individualizando os personagens vítimas da injustiça. Pessoas que tiveram um passado criminoso mas que reconstruíram suas vidas, sendo anos após acusados de crimes que não cometeram e permanecendo por longos períodos presos injustamente.



A visualização do problema no caso concreto, com o relato dos injustamente acusados, é importante para sustentar o argumento de que não se trata de mero descumprimento de procedimento processual. Trata-se de uma prática que tem ceifado a liberdade de indivíduos inocentes, trazendo danos irreparáveis a eles e suas famílias.

Entende-se que não há margem para erro no Processo Penal, já que se lida com um dos maiores bens do indivíduo, que é a liberdade, argumento que se demonstra, talvez, como o principal pilar da crítica contida na pesquisa.

Pretende-se aqui sustentar que os erros continuarão ocorrendo enquanto não houver dispositivo concreto na lei que proíba o reconhecimento por foto. Enquanto doutrina e jurisprudência patinam no assunto, seria o momento certo para o legislador inserir o Art. 226-A do Código de Processo Penal, vedando expressamente que o reconhecimento de pessoas seja feito com inobservância dos procedimentos inseridos no dispositivo.

Acredita-se que só assim a famigerada prática do reconhecimento por fotos será extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, afastando as injustiças e ao menos parte dos erros ocasionados por decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 335.956*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861512940/habeas-corpus-hc-335956-sp-2015-0231029-9>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 46.998*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863839159/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-46998-sp-2014-0082068-5/inteiro-teor-863839355>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897212872/habeas-corpus-hc-598886-sc-2020-0179682-3>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0111468-74.2015.8.19.0054*. Relator: Luiz Zveiter. Disponível em: <



<https://www.jusbrasil.com.br/processos/168906240/processo-n0111468-7420158190054-do-tjrj> . Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0019975-02.2020.8.19.0002*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2020.002.019415-3&acessoIP=internet&tipoUsuario=#>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0175277-32.2017.8.19.0001*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosa Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2017.001.143567-2&acessoIP=internet&tipoUsuario=#>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BARBOSA, C. *Estudo experimental sobre emoção e falsas memórias*. 2002. 190 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

ESTADÃO. *Entenda o caso George Floyd*. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-caso-george-floyd,70003323879>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

G1. *Homem é solto no Rio depois de ficar quase três anos preso por engano*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/13/homem-e-solto-no-rio-depois-de-ficar-quase-tres-anos-presos-por-engano.ghtml>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GIACOMOLLI, N. J. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

IMAGEM mostra Sérgio Cabral com uniforme da Seap após prisão no Rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/imagem-mostra-sergio-cabral-com-uniforme-da-seap-apos-prisao-no-rio.html>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 19.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2010.

LOPES JR., Aury Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Eliane. *Preso que foi reconhecido por foto em roubo em que ladrões estavam mascarados é solto no RJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/20/preso-que-foi-reconhecido-por-foto-em-roubo-em-que-ladros-estavam-mascarados-e-solto-no-rj.ghtml>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.



PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DISCIPLINAR PARA DISPENSA DE EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ADMITIDO POR CONCURSO PÚBLICO

Heitor Nascimento Corrêa

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – o presente artigo tem por finalidade analisar a aplicação do regime celetista na Administração Pública Indireta, objetivando a discussão acerca da (im)possibilidade de dispensa imotivada do empregado público celetista e a conseqüente possibilidade de instauração de um procedimento de apuração disciplinar que respeite os princípios constitucionais administrativos. Trata-se de tema extremamente relevante, já que ao empregado público não se aplica o instituto da estabilidade prevista no artigo 41 da CRFB, porém, por estar inserido na classificação de agente público, não se pode admitir a ausência de motivação do ato administrativo demissional. Tal relevância fez com que o STF, nos autos do RE nº 688.267, reconhecesse a repercussão geral do tema, relativo à dispensa imotivada de empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista admitido por concurso público. Assim, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial, busca-se demonstrar a inviabilidade da demissão imotivada do empregado público de empresas estatais, propondo-se ainda a instauração de um procedimento disciplinar capaz dar a efetiva motivação ao ato administrativo demissional.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Empregado Público. Processo Administrativo. Empresas Estatais.

Sumário – Introdução. 1. Agentes públicos, regimes jurídicos funcionais e as peculiaridades do regime celetista na Administração Pública 2. Da necessidade de motivação dos atos administrativos demissionais 3. Da instauração do procedimento administrativo disciplinar para dispensa por justa causa e apuração de irregularidades cometidas por empregado público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco não só o debate quanto à impossibilidade de dispensa imotivada do empregado público de empresas estatais, mas busca estabelecer um modelo de procedimento disciplinar para apuração das irregularidades cometidas por esses agentes, tendo em vista a inaplicabilidade do PAD da Lei nº 9.784/99 aos empregados públicos celetistas.

O STF, nos autos do RE nº 688.267, recentemente reconheceu a repercussão geral do tema. Frisa-se que ao empregado público não se aplica o instituto da estabilidade prevista no artigo 41 da CRFB, entretanto, por estar inserido na categoria de agente público, aos empregados públicos se aproveitam os princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, fato que caracteriza um regime contratual híbrido.



Essa situação somada ao vácuo legislativo sobre a matéria causam uma grande dúvida acerca da necessidade de motivação dos atos da Administração Pública que visem impor sanção de qualquer espécie ao empregado público, especialmente a dispensa.

Dessa maneira, procura-se debater, por meio de uma análise eminentemente doutrinária e jurisprudencial, a necessidade de apuração e o consequente estabelecimento de um procedimento específico para apuração de faltas e irregularidades cometidas pelos empregados públicos de empresas estatais admitidos por concurso público, respeitando-se os princípios constitucionais administrativos e garantindo ao empregado a possibilidade de exercer a ampla defesa e o contraditório.

No primeiro capítulo do trabalho explica-se as diferenças entre os regimes jurídicos funcionais da Administração Pública e debater porque o emprego público, ainda que regido pela CLT, apresenta natureza jurídica híbrida, de direito público e privado.

Adiante, no segundo capítulo, será realizada a análise do atual entendimento do STF quanto à impossibilidade de dispensa imotivada do empregado público. Ademais, esclarecer-se-á o retorno do debate no RE nº 688.267 e o porquê de o tema em questão ter tido o reconhecimento de sua repercussão geral.

Partindo da conclusão quanto à impossibilidade de dispensa imotivada, o terceiro capítulo vai debater e propor um modelo de apuração disciplinar das irregularidades cometidas por empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por concurso público.

O presente estudo usará o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que serão realizadas proposições hipotéticas com origem em problemas existentes, com o fito de adequar tais proposições à problemática apresentada.

Dessa forma, a abordagem escolhida será a qualitativa, por meio da qual o pesquisador recorrerá à doutrina e principalmente à jurisprudência e ao ordenamento jurídico para sustentar sua tese.

1. AGENTES PÚBLICOS, REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS E AS PECULIARIDADES DO REGIME CELETISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os agentes públicos podem ser definidos como o conjunto de pessoas dotadas de função pública que prestam qualquer tipo de serviço ao Estado, atuando como verdadeiros prepostos da Administração Pública.



O conceito legal do termo agente público pode ser retirado do artigo 2º da Lei nº 8.429/1992¹, que mesmo tratando sobre a improbidade administrativa, apresenta uma definição ao termo que se amolda perfeitamente na conceituação doutrinária sobre o tema:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Nesse mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho explica que a expressão tem um sentido extremamente amplo, haja vista que a função exercida pelo agente público pode ser “remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica”². Além disso, conforme se retira do dispositivo legal supra mencionado, pode ser imputado como agente público todas aquelas pessoas físicas que através de seus atos, investidos de função pública, manifestam a vontade do próprio Estado.

O regime celetista, ou trabalhista, é o responsável por reger aqueles agentes públicos que se vinculam à Administração Pública por meio contratual. Trata-se da categoria dos empregados públicos que se submetem à Consolidação das Leis do Trabalho tendo em vista a natureza privada da atividade-meio para a qual exercem suas funções.

São diversas as possibilidades de contratação de agentes sob o regime do emprego público no âmbito da Administração Pública, dentre as quais vale destacar:

a) Os empregados contratados por empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações públicas de direito privado, regidos pela CLT;

b) Os servidores públicos contratados pela União e por suas autarquias e fundações de direito público sob a vigência da Constituição de 1967, que não foram incluídos na previsão do artigo 19 do ADCT e no disposto pelo artigo 243 da Lei nº 8112/1990;

c) Os servidores contratados pela União em sua administração autárquica e fundacional sob o regime de emprego público previsto pelo artigo 2º da Lei nº 9.962/2000, que se tornara possível após a entrada em vigor da EC nº 19 de 1998, que retirou da redação do artigo 39 da CRFB a exigência da instituição do Regime Jurídico Único;

Sendo assim, vale ressaltar que os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista estão submetidos ao regime trabalhista da CLT por força do artigo 173, §1º, II da CRFB, que em sua redação prevê:

¹ BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 611.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos meus)

Da análise do dispositivo, retira-se a necessidade de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica se sujeitem ao regime jurídico de contratação das empresas privadas, incluindo, portanto, as obrigações trabalhistas, pois se fossem as estatais regidas exclusivamente por direito público, com todas as prerrogativas inerentes à categoria, estar-se-ia desrespeitando o princípio da livre concorrência de mercado, colocando tais empresas em grande vantagem frente às empresas privadas.

Sabendo, portanto, em quais cenários é aplicado o regime celetista na Administração Pública, cumpre ressaltar que as características desse regime se diferenciam em diversos aspectos ao regime estatutário.

A primeira dessas diferenças é a unicidade normativa do regime celetista, que significa que todo o conjunto de normas que disciplina o regime se encontra em um único diploma legal, a Consolidação das Leis do Trabalho. No regime estatutário, por sua vez, impera a pluralidade normativa, na qual cada Ente da federação possui autonomia para disciplinar por via de Lei específica, as normas estatutárias que regem seus servidores concernentes. Conforme mandamento do artigo 61, §1º, II, c, da Constituição Federal³, a iniciativa das leis que instituem o estatuto dos servidores públicos é de competência do Chefe do Executivo do respectivo Ente federativo.

A segunda diferença fundamental entre os regimes é o vínculo jurídico entre o Estado e o agente público. No regime celetista o empregado público possui vínculo contratual com a

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;



Administração, no qual Estado e empregado celebram contrato de trabalho, que disciplinará a relação entre eles, sendo imutável por ato unilateral de qualquer das partes.

Já o servidor estatutário, no que lhe concerne, possui vínculo legal com a Administração, submetendo-se às normas legais estatutárias que disciplinam sua relação. Portanto, no momento de seu ingresso, não há celebração de contratado de trabalho, mas sim termo de posse. Dessa forma, diante da natureza estatutária, fica o Estado autorizado a modificar unilateralmente, mediante alteração legislativa, as normas que integram o regime aplicado à relação.

De toda a sorte, em que pese as divergências acima apontadas, há que se ressaltar que a forma de admissão dos empregados celetistas nas empresas estatais também é pela via do concurso público, assim como a dos servidores vinculados ao regime estatutário, tendo em vista a exigência feita pelo artigo 37, II da CRFB⁴:

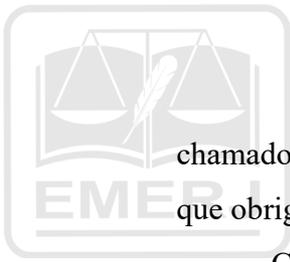
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Por tal motivo, o regime celetista dos agentes públicos se diferencia em alguns aspectos do regime purista da CLT, aplicado aos empregados do setor privado. Essa diferença existe devido a própria condição de agente público que carregam os empregados celetistas da Administração Pública, sendo a eles aplicados todos os princípios inerentes à sua condição de agente público, especialmente os dispostos no artigo 37 da CRFB, o que torna seu regime verdadeiramente híbrido, já que a ele se aplica normas dos direitos público e privado.

2. DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DEMISSIONAIS

Sabe-se que, no regime estatutário, os servidores públicos submetidos à Lei nº 8.112/1990 gozam do direito de realização de prévio processo administrativo disciplinar para análise das faltas cometidas e aplicação de sanções, no qual sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório. Trata-se de um processo complexo em que é possibilitada a defesa técnica do servidor por meio de advogado, bem como uma larga produção probatória. O PAD, como é

⁴Ibidem.



chamado, tem um claro condão de garantia ao instituto da estabilidade dos servidores públicos, que obriga a Administração Pública a comprovar e a motivar todos seus atos sancionatórios.

Como sabido, os empregados públicos das empresas governamentais não são detentores de estabilidade, entretanto isso não permite que o empregador, ao contratar seus agentes sob a égide do regime celetista possa resilir imotivadamente o contrato de trabalho, tendo em vista a incidência dos princípios elencados pelo artigo 37 da CRFB e os demais princípios relativos à Administração. Nesse sentido é o ensinamento de Germana de Oliveira Moraes⁵:

a obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos decorre, na ordem jurídica brasileira, dos princípios constitucionais da Administração Pública, independentemente da exigência de previsão de norma constitucional específica.

Importante lembrar que o ato de dispensa do empregado público se inclui perfeitamente na definição de ato administrativo, levando consigo todo o aparato normativo que dá roupagem a essa espécie de ato jurídico. Esta é a lição de Ney José de Freitas⁶:

Este modo de observar atrai a conclusão de que o ato de despedimento do empregado público é ato administrativo, absorvendo todo o aparato normativo e doutrinário criado para envolver esta espécie de ato jurídico, sob pena de desacato à lógica e, o que é mais grave, não oferecendo ao ato de despedimento uma qualificação jurídica adequada, ou que não se compadece com uma visão sistemática do direito.

Não obstante, ressalta ainda que o regime híbrido, em que se encontram insertos os empregados públicos, sujeita-se a um conjunto de limitações provenientes do direito público, derrogando-se parcialmente as normas do direito privado em favor daquele. Dentre essas limitações, a exigência de ingresso do empregado pela via do concurso público implica que a demissão dele não pode ser discricionária e arbitrária.

É cediço que a imposição do concurso público como forma de admissão dos empregados das estatais tem o condão de assegurar obediência aos princípios da isonomia e da impessoalidade, impedindo que o Administrador pudesse escolher qual empregado contratar com base em sua vontade e critérios subjetivos de afinidade pessoal. Premia-se, portanto, a meritocracia, haja vista que os concorrentes em via de concurso público competem em pé de igualdade, salvo é claro as exceções de cotas e afins.

⁵MORAES apud CHAIB, Liana; MENDONÇA, Maria L. C de A. O Devido Processo Legal e Os Empregados Públicos. *Revista FSA*, Teresina, v. 10, n.1, art.5, p. 97. Jan./Mar. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12819/2013.10.1.5>>. Acesso em: 16 mar.2021.

⁶FREITAS apud Ibidem., p. 98.

Nessa mesma esteira, assevera-se que, por força da teoria do paralelismo de formas, se o empregado adentra às empresas estatais por via de procedimento que resguarda os princípios da impessoalidade, da isonomia e da motivação, só poderá ser demitido por processo que garanta a ele os mesmos princípios impostos no momento de seu ingresso, obrigando a Administração à motivação do respectivo ato. Assim segue o brilhante ensinamento do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello⁷:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

(...)

Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo

É justamente nesse sentido que vem caminhando a jurisprudência nacional. Até o momento, o STF reconhece a necessidade de motivação dos atos resilitórios nas empresas estatais, ainda que possuam natureza jurídica de direito privado. Assim foi a decisão do RE nº 589.998/PI, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski⁸:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 220-221.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 589.998/PI*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



Nota-se que a supracitada decisão do Supremo Tribunal Federal abrange apenas as empresas estatais delegatárias de serviços públicos. Portanto, a posição do STF foi no sentido de não incluir as empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito no referido entendimento, deixando um vácuo jurisprudencial e normativo sobre o tema da necessidade de motivação do ato demissional em empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Exatamente por esse motivo, o STF retornou o debate sobre o tema no Recurso Extraordinário (RE) nº 688.267, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, reconhecendo por unanimidade a repercussão geral do tema nº 1.022. No caso concreto, o recurso foi interposto por empregados demitidos do Banco do Brasil contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que negou conhecimento ao recurso de revista impetrado.

Os recorrentes alegam que após serem admitidos por concurso público e passarem anos exercendo suas funções de maneira regular, foram sumária e discricionariamente demitidos da sociedade de economia mista Banco do Brasil sem qualquer motivação ou justificativa.

Mesmo se tratando de um banco, obviamente exercente de atividade econômica, os empregados recorrentes pugnam pela aplicação do entendimento exaurido pelo STF no RE nº 589.998, que conforme já mencionado, fixou a tese de que as empresas estatais e sociedades de economia mista delegatárias de serviço público devem motivar os atos de dispensa de seus empregados.

Assim, no julgamento marcado para o dia 21 de abril de 2021, o STF novamente se debruçará sobre o tema, decidindo se a dispensa imotivada de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista é ou não constitucional, desta vez, analisando também as empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Particularmente, defende-se que as empresas estatais que compõem a Administração Pública Indireta, independentemente de explorarem atividade econômica ou prestarem serviço público, devem dispensar seus empregados públicos somente mediante ato administrativo devidamente motivado, mesmo na demissão sem justa causa.

Para tanto, tais empresas não devem se valer de uma justificativa apenas *pro forma*, mas sim tornar claros os argumentos que dão suporte à legalidade formal e material do ato. Entende-se também necessário oportunizar ao empregado a ampla defesa e o contraditório, por meio de um procedimento de apuração disciplinar, caso a demissão seja na modalidade com justa causa, em decorrência de alguma falta ou irregularidade cometida por esse empregado.



3. DA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA DISPENSA POR JUSTA CAUSA E APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EMPREGADO PÚBLICO

Conforme asseverado, defende-se que, no momento da rescisão do contrato de trabalho (com ou sem justa causa) do empregado público, o empregador deve motivar o seu ato com argumento legal e justo, respeitando os princípios da impessoalidade e da isonomia.

Assim, para punir o agente público com qualquer que seja a penalidade, (advertência, suspensão ou rescisão), é ideal que a empresa estatal, além de obter comprovação probatória robusta e convincente, forneça ao empregado o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório por via de um procedimento disciplinar definido em seu regimento interno.

Ora, em que pese não haver disposição legal expressa que obrigue as sociedades de economia mista e empresas públicas a realizarem procedimento administrativo de apuração, da análise do atual entendimento da 7ª Turma do TST⁹, seguindo o julgamento do RE nº 589.998/PI pelo STF, não parece lógica a afirmação de que a essas empresas bastaria a mera motivação formal do ato administrativo demissional por justa causa:

RECURSO DE REVISTA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - EMPRESA PÚBLICA - RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA - IMPOSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO DO STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 589.998 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998, ocorrido em 20/3/2013, entendeu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista precisam motivar o ato de rompimento sem justa causa do pacto laboral. Em face dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, o ente da administração pública indireta que explora atividade econômica deve expor as razões do ato demissional praticado e a elas fica vinculado. A motivação do ato de dispensa resguarda o empregado e, indiretamente, toda a sociedade de uma possível quebra do postulado da impessoalidade e moralidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Além disso, a exposição dos motivos viabiliza o exame judicial da legalidade do ato, possibilitando a compreensão e a contestação da demissão pelos interessados. Assim, a falta da exposição dos motivos ou a inexistência/falsidade das razões expostas pela Administração Pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade. Logo, deve ser reputada nula a demissão sem justa causa do reclamante que não apresenta motivação. Diante do moderno entendimento do STF, deixo de aplicar a Orientação Jurisprudencial nº 247, I, do TST. Recurso de revista não conhecido.

⁹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR nº 938-28.2012.5.18.0008*. Recorrente: Cobra Tecnologia S.A. Recorrido: Alexandre Teixeira de Oliveira. Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma. Brasília, 18 de set. de 2013. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24194753/recurso-de-revista-rr-9382820125180008-938-2820125180008-tst>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



Assim, conforme a jurisprudência do TST já colacionada, “a falta da exposição dos motivos ou a inexistência/falsidade das razões expostas pela Administração Pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade”. Da leitura do trecho já se percebe que o Tribunal não só considerou nula a rescisão contratual imotivada, como também aquela em que, apresentadas as razões pela Administração Pública, demonstram-se falsos ou inexistentes os motivos que baseavam o ato de demissão.

Portanto, ainda que não haja obrigação legal de as empresas estatais realizarem processo disciplinar para aplicarem demissão por justa causa e demais punições, não podem os gestores de tais empresas aplicarem penalidades sem provas contundentes da conduta infracional praticada pelo empregado, sob pena de decretação de sua nulidade.

Não obstante, cumpre ressaltar que atualmente só é obrigatória a instauração de um procedimento apuratório disciplinar caso a empresa estatal tenha prevista em seu regulamento interno a necessidade de instauração desse procedimento previamente à punição de seu empregado. Tal disposição fora trazida pela Súmula número 77 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰, “PUNIÇÃO- Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.”

Entretanto, conforme já salientado, o STF exarou no RE nº 589.998/PI¹¹ o entendimento de que as empresas estatais delegatárias de serviço público não têm suas relações trabalhistas reguladas exclusivamente pelo regime de direito privado. Nestas empresas estatais, portanto, predomina a posição jurisprudencial de que é necessária a motivação até mesmo das demissões sem justa causa.

Dessa forma, ainda que o julgado do STF não aborde o desligamento com justa causa, que é punitivo, entende-se que se é necessária a motivação dos atos demissionais, imperiosa também se faz a instauração de um procedimento disciplinar que possa apurar eventuais irregularidades cometidas por empregados, com fins de dar algum lastro probatório à justificativa demissional nas dispensas com justa causa.

Nesse sentido, a Controladoria Geral da União, por meio de seu Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais¹², recomenda às empresas estatais delegatárias de serviço

¹⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 77*. Res. nº 121/2003. DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-77>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 589.998/PI*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹²BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais*. Brasília, 2020. p. 55. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46026>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



público que instituem em seus regulamentos internos procedimento prévio à aplicação de penas disciplinares:

Isso posto, sugere-se às empresas estatais delegatárias de serviços públicos que instituem, em seus regulamentos internos – caso ainda não o tenham feito – um procedimento prévio à aplicação de penas disciplinares como elemento mínimo de caracterização da requerida motivação (com observância da ampla defesa e do contraditório), com fundamento na Lei nº 9.784/1999, sob o risco de incorrerem em consideráveis prejuízos em função de eventuais determinações judiciais que encampem a inteligência já consagrada pelo Supremo e, ainda mais grave, sob o risco de virem a ser instrumentos de descumprimento de direitos constitucionais já reconhecidos pela Corte Suprema.

No que tange às empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito, entende a CGU¹³ que mesmo que o atual entendimento do STF seja no sentido de permitir a demissão por justa causa sem nenhum procedimento prévio, os entendimentos doutrinários sobre o tema caminham em sentido contrário:

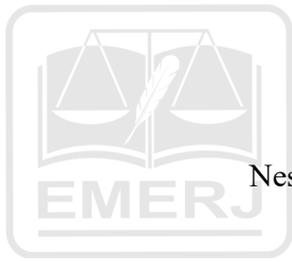
Por oportuno, em que pese as estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito ainda possam demitir seus empregados, por justa causa, sem nenhum procedimento prévio, há entendimentos doutrinários que apontam para a futura necessidade de concessão do contraditório e da ampla defesa também nessas situações, principalmente em razão de que a esfera disciplinar das relações trabalhistas regidas pela CLT revela-se defasada em face do atual estágio de consolidação dos direitos constitucionais, consoante dito anteriormente.

Ressalta-se que com o retorno do debate no RE nº 688.267¹⁴, ainda pendente de julgamento, o STF decidirá se as empresas estatais que exploram atividade econômica podem ou não demitir seus empregados sem justa motivação. Caso a Suprema Corte entenda que a essas empresas deve ser conferido o mesmo tratamento concedido às empresas estatais delegatárias de serviço público (RE nº 589.998/PI), estar-se-á caminhando para uma uniformização do entendimento.

Nessa hipótese, independente da natureza da atividade prestada pela empresa estatal, ela estaria obrigada a motivar seus atos de dispensa com e sem justa causa. É recomendável que, na primeira modalidade, haja a instauração de um procedimento disciplinar, capaz de motivar e dar lastro probatório à demissão punitiva.

¹³Ibidem, p. 55.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 688.267*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4245763&numeroProcesso=688267&classeProcesso=RE&numeroTema=1022#>>. Acesso em: 27 abr.2021.



Nesse sentido, segue o entendimento da CGU¹⁵:

Destarte, da análise do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina, pode-se afirmar que é forte a recomendação de que as estatais instaurem procedimentos apuratórios antes da utilização do poder disciplinar, assegurando ao eventual agente envolvido a possibilidade de se manifestar, independentemente da natureza da atividade que essas empresas exercem.

Nota-se, por fim, uma clara tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de aproximar cada vez mais o regime privado de contratação das empresas estatais às normas de direito público, garantindo a esses empregados admitidos por concurso público os direitos principiológicos constitucionais insculpidos no artigo 37 da CRFB¹⁶.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, defende-se aqui que as empresas estatais e as sociedades de economia mista devem sempre motivar seus atos demissionais, independente da atividade que exerçam, sejam elas delegatárias de serviço público ou exercentes de atividade econômica em sentido estrito.

Inicialmente, constataram-se as diferenças entre o regime jurídico celetista, inerente aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, e o regime jurídico estatutário, que rege os servidores públicos pela Lei nº 8.112/1990.

Foi exposto que mesmo que esses empregados públicos celetistas não gozem do instituto da estabilidade, previsto pelo 41 da CRFB, estão enquadrados na concepção de agentes públicos, incidindo sobre eles as normas e princípios de direito público que acabam por transformar o seu regime celetista, eminentemente privado, em um regime híbrido.

Dessa forma, às empresas estatais, que compõem a Administração Pública Indireta, também é exigível a obediência aos princípios administrativos constitucionais, como a motivação e a isonomia, bem como aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no artigo 37 da CRFB.

Assim, asseverou-se que, por força da teoria do paralelismo de formas, se o ingresso do empregado no quadro funcional das empresas estatais se dá por via do concurso público, procedimento que garante a impessoalidade e a isonomia na admissão, esse empregado só poderá ser demitido por processo que garanta a ele os mesmos princípios impostos no momento de seu

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 12, p. 56.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 4.



ingresso, devendo sempre a Administração apresentar motivação justa, clara e convincente do seu ato demissional.

Tal posição, exarada pelo STF no julgamento do RE nº 589.998/PI, foi também seguida pela jurisprudência trabalhista, que conforme demonstrado, por vezes entendeu que além de motivar o ato de demissão, as empresas estatais delegatárias de serviço público devem também conceder ao empregado o direito de se defender formal e materialmente das acusações a ele atribuídas, por meio de um procedimento apuratório disciplinar que garanta a satisfação da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, com o julgamento do RE nº 688.267, pautado para o dia 21 abril de 2021, o STF terá a oportunidade de decidir se as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito devem ou não motivar seus atos de demissão. Uma eventual decisão no sentido de exigir a motivação do ato demissional nessas empresas, irá compatibilizar o entendimento conferido aos diversos tipos de empresas estatais, garantindo uma maior segurança jurídica ao empregado público.

Por ora, defende-se aqui que as empresas estatais e as sociedades de economia mista devem sempre motivar seus atos demissionais, independente da atividade que exerçam, sejam elas delegatárias de serviço público ou exercentes de atividade econômica em sentido estrito.

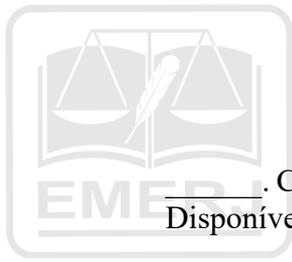
Isso porque, a desnecessidade de motivação dos atos resilitórios dos empregados públicos de empresas estatais que exercem atividade econômica traz uma considerável insegurança jurídica, eis que tais empregados têm mitigadas suas garantias e princípios constitucionais, ficando à mercê da discricionariedade do administrador público.

Não obstante, concluiu-se também que ainda que não haja obrigatoriedade de instauração de um procedimento apuratório disciplinar para a motivação do ato administrativo demissional, é forte a recomendação de que as empresas estatais instaurem em seus regimentos internos tal procedimento, vez que somente com o respeito à ampla defesa e ao contraditório é possível garantir a segurança jurídica de um ato demissional punitivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.



_____. Controladoria-Geral da União. *Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais*. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46026>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Lei n° 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Lei do Regime Jurídico Único*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 589.998/PI*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 688.267*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4245763&numeroProcesso=688267&classeProcesso=RE&numeroTema=1022#>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR: 938-28.2012.5.18.0008*. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24194753/recurso-de-revista-rr-9382820125180008-938-2820125180008-tst>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 77*. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-77>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAIB, Liana; MENDONÇA, Maria L. C de A. O Devido Processo Legal e Os Empregados Públicos. *Revista FSA*. Teresina, v. 10, n.1, art.5, p. 97. Jan./Mar. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12819/2013.10.1.5>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



A SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES JUDICIAIS CRIADA NO JULGAMENTO DE IRDR, A ANÁLISE DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Hellen Karine Martins de Moura

Graduada pelo Centro Universitário da Cidade (UniverCidade). Advogada.

Resumo – o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) traz em seu sistema a criação de precedentes judiciais dotados de eficácia vinculante. Tem como objetivo conferir celeridade, isonomia e segurança jurídica no julgamento de demandas de massa, com a atuação paradigmática dos órgãos jurisdicionais. O presente artigo trata da aplicabilidade dos precedentes judiciais vinculantes criados no julgamento de IRDR e ressalta a importância do IRDR na solução de demandas múltiplas, com objetivo de redução do número de processos em tramitação, atingindo diretamente as questões repetitivas por meio da fixação de uma tese jurídica que uniformizará o entendimento e, que será obrigatoriamente aplicada pelo Tribunal que a fixou, e pelos Magistrados a ele vinculados. A essência desse trabalho é verificar se a aplicação do sistema de precedentes judiciais impacta na fundamentação dos magistrados ao decidir o caso concreto e a possibilidade de modulação de efeitos com os métodos de aplicação e superação dos precedentes, que visam a permitir, então, a evolução do Direito diante de um sistema que valoriza, acima de tudo, a segurança jurídica, a isonomia e a boa-fé objetiva.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Precedentes Judiciais. Fundamentação. Aplicação e superação dos precedentes.

Sumário – Introdução. 1. A sistemática de precedentes judiciais criados no julgamento de IRDR. 2. Da aplicação efetiva da sistemática de precedentes a partir da análise do dever de fundamentação do magistrado. 3. Métodos de aplicação e superação dos precedentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 implementou um microsistema de precedentes obrigatórios, formalizando assim uma nova discussão nacional sobre o papel da segurança jurídica, enquanto garantidor de maior previsibilidade das respostas jurisdicionais. Não sendo mais admissível, do ponto de vista sistemático-racional, que haja respostas desarmônicas a casos relevantemente semelhantes aos quais já foi atribuída tese jurídica satisfatória pelos tribunais.

A presente pesquisa científica aborda o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), e mais precisamente sobre a eficácia vinculante do precedente criado em seu julgamento. O IRDR foi criado como uma política pública judiciária pelo Poder Legislativo, com o objetivo de redução do número de processos em tramitação, atingindo diretamente as questões repetitivas. Isso porque, quando o direito processual civil passou a ser visto como



Essa situação somada ao vácuo legislativo sobre a matéria causam uma grande dúvida acerca da necessidade de motivação dos atos da Administração Pública que visem impor sanção de qualquer espécie ao empregado público, especialmente a dispensa.

Dessa maneira, procura-se debater, por meio de uma análise eminentemente doutrinária e jurisprudencial, a necessidade de apuração e o conseqüente estabelecimento de um procedimento específico para apuração de faltas e irregularidades cometidas pelos empregados públicos de empresas estatais admitidos por concurso público, respeitando-se os princípios constitucionais administrativos e garantindo ao empregado a possibilidade de exercer a ampla defesa e o contraditório.

No primeiro capítulo do trabalho explica-se as diferenças entre os regimes jurídicos funcionais da Administração Pública e debater porque o emprego público, ainda que regido pela CLT, apresenta natureza jurídica híbrida, de direito público e privado.

Adiante, no segundo capítulo, será realizada a análise do atual entendimento do STF quanto à impossibilidade de dispensa imotivada do empregado público. Ademais, esclarecer-se-á o retorno do debate no RE nº 688.267 e o porquê de o tema em questão ter tido o reconhecimento de sua repercussão geral.

Partindo da conclusão quanto à impossibilidade de dispensa imotivada, o terceiro capítulo vai debater e propor um modelo de apuração disciplinar das irregularidades cometidas por empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por concurso público.

O presente estudo usará o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que serão realizadas proposições hipotéticas com origem em problemas existentes, com o fito de adequar tais proposições à problemática apresentada.

Dessa forma, a abordagem escolhida será a qualitativa, por meio da qual o pesquisador recorrerá à doutrina e principalmente à jurisprudência e ao ordenamento jurídico para sustentar sua tese.

1. AGENTES PÚBLICOS, REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS E AS PECULIARIDADES DO REGIME CELETISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os agentes públicos podem ser definidos como o conjunto de pessoas dotadas de função pública que prestam qualquer tipo de serviço ao Estado, atuando como verdadeiros prepostos da Administração Pública.



O conceito legal do termo agente público pode ser retirado do artigo 2º da Lei nº 8.429/1992¹, que mesmo tratando sobre a improbidade administrativa, apresenta uma definição ao termo que se amolda perfeitamente na conceituação doutrinária sobre o tema:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Nesse mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho explica que a expressão tem um sentido extremamente amplo, haja vista que a função exercida pelo agente público pode ser “remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica”². Além disso, conforme se retira do dispositivo legal supra mencionado, pode ser imputado como agente público todas aquelas pessoas físicas que através de seus atos, investidos de função pública, manifestam a vontade do próprio Estado.

O regime celetista, ou trabalhista, é o responsável por reger aqueles agentes públicos que se vinculam à Administração Pública por meio contratual. Trata-se da categoria dos empregados públicos que se submetem à Consolidação das Leis do Trabalho tendo em vista a natureza privada da atividade-meio para a qual exercem suas funções.

São diversas as possibilidades de contratação de agentes sob o regime do emprego público no âmbito da Administração Pública, dentre as quais vale destacar:

a) Os empregados contratados por empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações públicas de direito privado, regidos pela CLT;

b) Os servidores públicos contratados pela União e por suas autarquias e fundações de direito público sob a vigência da Constituição de 1967, que não foram incluídos na previsão do artigo 19 do ADCT e no disposto pelo artigo 243 da Lei nº 8112/1990;

c) Os servidores contratados pela União em sua administração autárquica e fundacional sob o regime de emprego público previsto pelo artigo 2º da Lei nº 9.962/2000, que se tornara possível após a entrada em vigor da EC nº 19 de 1998, que retirou da redação do artigo 39 da CRFB a exigência da instituição do Regime Jurídico Único;

Sendo assim, vale ressaltar que os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista estão submetidos ao regime trabalhista da CLT por força do artigo 173, §1º, II da CRFB, que em sua redação prevê:

¹ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 611.



Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos meus)

Da análise do dispositivo, retira-se a necessidade de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica se sujeitem ao regime jurídico de contratação das empresas privadas, incluindo, portanto, as obrigações trabalhistas, pois se fossem as estatais regidas exclusivamente por direito público, com todas as prerrogativas inerentes à categoria, estar-se-ia desrespeitando o princípio da livre concorrência de mercado, colocando tais empresas em grande vantagem frente às empresas privadas.

Sabendo, portanto, em quais cenários é aplicado o regime celetista na Administração Pública, cumpre ressaltar que as características desse regime se diferenciam em diversos aspectos ao regime estatutário.

A primeira dessas diferenças é a unicidade normativa do regime celetista, que significa que todo o conjunto de normas que disciplina o regime se encontra em um único diploma legal, a Consolidação das Leis do Trabalho. No regime estatutário, por sua vez, impera a pluralidade normativa, na qual cada Ente da federação possui autonomia para disciplinar por via de Lei específica, as normas estatutárias que regem seus servidores concernentes. Conforme mandamento do artigo 61, §1º, II, c, da Constituição Federal³, a iniciativa das leis que instituem o estatuto dos servidores públicos é de competência do Chefe do Executivo do respectivo Ente federativo.

A segunda diferença fundamental entre os regimes é o vínculo jurídico entre o Estado e o agente público. No regime celetista o empregado público possui vínculo contratual com a

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;



Administração, no qual Estado e empregado celebram contrato de trabalho, que disciplinará a relação entre eles, sendo imutável por ato unilateral de qualquer das partes.

Já o servidor estatutário, no que lhe concerne, possui vínculo legal com a Administração, submetendo-se às normas legais estatutárias que disciplinam sua relação. Portanto, no momento de seu ingresso, não há celebração de contrato de trabalho, mas sim termo de posse. Dessa forma, diante da natureza estatutária, fica o Estado autorizado a modificar unilateralmente, mediante alteração legislativa, as normas que integram o regime aplicado à relação.

De toda a sorte, em que pese as divergências acima apontadas, há que se ressaltar que a forma de admissão dos empregados celetistas nas empresas estatais também é pela via do concurso público, assim como a dos servidores vinculados ao regime estatutário, tendo em vista a exigência feita pelo artigo 37, II da CRFB⁴:

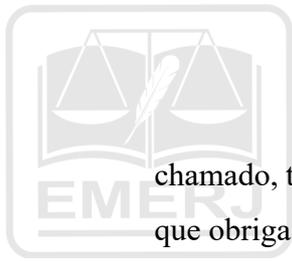
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Por tal motivo, o regime celetista dos agentes públicos se diferencia em alguns aspectos do regime purista da CLT, aplicado aos empregados do setor privado. Essa diferença existe devido a própria condição de agente público que carregam os empregados celetistas da Administração Pública, sendo a eles aplicados todos os princípios inerentes à sua condição de agente público, especialmente os dispostos no artigo 37 da CRFB, o que torna seu regime verdadeiramente híbrido, já que a ele se aplica normas dos direitos público e privado.

2. DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DEMISSIONAIS

Sabe-se que, no regime estatutário, os servidores públicos submetidos à Lei nº 8.112/1990 gozam do direito de realização de prévio processo administrativo disciplinar para análise das faltas cometidas e aplicação de sanções, no qual sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório. Trata-se de um processo complexo em que é possibilitada a defesa técnica do servidor por meio de advogado, bem como uma larga produção probatória. O PAD, como é

⁴Ibidem.



chamado, tem um claro condão de garantia ao instituto da estabilidade dos servidores públicos, que obriga a Administração Pública a comprovar e a motivar todos seus atos sancionatórios.

Como sabido, os empregados públicos das empresas governamentais não são detentores de estabilidade, entretanto isso não permite que o empregador, ao contratar seus agentes sob a égide do regime celetista possa resilir imotivadamente o contrato de trabalho, tendo em vista a incidência dos princípios elencados pelo artigo 37 da CRFB e os demais princípios relativos à Administração. Nesse sentido é o ensinamento de Germana de Oliveira Moraes⁵:

a obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos decorre, na ordem jurídica brasileira, dos princípios constitucionais da Administração Pública, independentemente da exigência de previsão de norma constitucional específica.

Importante lembrar que o ato de dispensa do empregado público se inclui perfeitamente na definição de ato administrativo, levando consigo todo o aparato normativo que dá roupagem a essa espécie de ato jurídico. Esta é a lição de Ney José de Freitas⁶:

Este modo de observar atrai a conclusão de que o ato de despedimento do empregado público é ato administrativo, absorvendo todo o aparato normativo e doutrinário criado para envolver esta espécie de ato jurídico, sob pena de desacato à lógica e, o que é mais grave, não oferecendo ao ato de despedimento uma qualificação jurídica adequada, ou que não se compadece com uma visão sistemática do direito.

Não obstante, ressalta ainda que o regime híbrido, em que se encontram insertos os empregados públicos, sujeita-se a um conjunto de limitações provenientes do direito público, derogando-se parcialmente as normas do direito privado em favor daquele. Dentre essas limitações, a exigência de ingresso do empregado pela via do concurso público implica que a demissão dele não pode ser discricionária e arbitrária.

É cediço que a imposição do concurso público como forma de admissão dos empregados das estatais tem o condão de assegurar obediência aos princípios da isonomia e da impessoalidade, impedindo que o Administrador pudesse escolher qual empregado contratar com base em sua vontade e critérios subjetivos de afinidade pessoal. Premia-se, portanto, a meritocracia, haja vista que os concorrentes em via de concurso público competem em pé de igualdade, salvo é claro as exceções de cotas e afins.

⁵MORAES apud CHAIB, Liana; MENDONÇA, Maria L. C de A. O Devido Processo Legal e Os Empregados Públicos. *Revista FSA*, Teresina, v. 10, n.1, art.5, p. 97. Jan./Mar. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12819/2013.10.1.5>>. Acesso em: 16 mar.2021.

⁶FREITAS apud *Ibidem.*, p. 98.



Nessa mesma esteira, assevera-se que, por força da teoria do paralelismo de formas, se o empregado adentra às empresas estatais por via de procedimento que resguarda os princípios da impessoalidade, da isonomia e da motivação, só poderá ser demitido por processo que garanta a ele os mesmos princípios impostos no momento de seu ingresso, obrigando a Administração à motivação do respectivo ato. Assim segue o brilhante ensinamento do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello⁷:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

(...)

Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo

É justamente nesse sentido que vem caminhando a jurisprudência nacional. Até o momento, o STF reconhece a necessidade de motivação dos atos resilitórios nas empresas estatais, ainda que possuam natureza jurídica de direito privado. Assim foi a decisão do RE n° 589.998/PI, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski⁸:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC n° 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 220-221.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 589.998/PI*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



Nota-se que a supracitada decisão do Supremo Tribunal Federal abrange apenas as empresas estatais delegatárias de serviços públicos. Portanto, a posição do STF foi no sentido de não incluir as empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito no referido entendimento, deixando um vácuo jurisprudencial e normativo sobre o tema da necessidade de motivação do ato demissional em empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Exatamente por esse motivo, o STF retornou o debate sobre o tema no Recurso Extraordinário (RE) nº 688.267, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, reconhecendo por unanimidade a repercussão geral do tema nº 1.022. No caso concreto, o recurso foi interposto por empregados demitidos do Banco do Brasil contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que negou conhecimento ao recurso de revista impetrado.

Os recorrentes alegam que após serem admitidos por concurso público e passarem anos exercendo suas funções de maneira regular, foram sumária e discricionariamente demitidos da sociedade de economia mista Banco do Brasil sem qualquer motivação ou justificativa.

Mesmo se tratando de um banco, obviamente exercente de atividade econômica, os empregados recorrentes pugnam pela aplicação do entendimento exaurido pelo STF no RE nº 589.998, que conforme já mencionado, fixou a tese de que as empresas estatais e sociedades de economia mista delegatárias de serviço público devem motivar os atos de dispensa de seus empregados.

Assim, no julgamento marcado para o dia 21 de abril de 2021, o STF novamente se debruçará sobre o tema, decidindo se a dispensa imotivada de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista é ou não constitucional, desta vez, analisando também as empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Particularmente, defende-se que as empresas estatais que compõem a Administração Pública Indireta, independentemente de explorarem atividade econômica ou prestarem serviço público, devem dispensar seus empregados públicos somente mediante ato administrativo devidamente motivado, mesmo na demissão sem justa causa.

Para tanto, tais empresas não devem se valer de uma justificativa apenas *pro forma*, mas sim tornar claros os argumentos que dão suporte à legalidade formal e material do ato. Entende-se também necessário oportunizar ao empregado a ampla defesa e o contraditório, por meio de um procedimento de apuração disciplinar, caso a demissão seja na modalidade com justa causa, em decorrência de alguma falta ou irregularidade cometida por esse empregado.



3. DA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA DISPENSA POR JUSTA CAUSA E APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EMPREGADO PÚBLICO

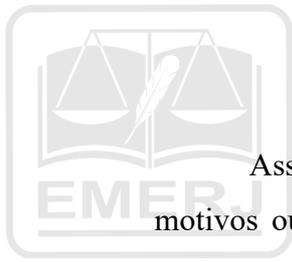
Conforme asseverado, defende-se que, no momento da rescisão do contrato de trabalho (com ou sem justa causa) do empregado público, o empregador deve motivar o seu ato com argumento legal e justo, respeitando os princípios da impessoalidade e da isonomia.

Assim, para punir o agente público com qualquer que seja a penalidade, (advertência, suspensão ou rescisão), é ideal que a empresa estatal, além de obter comprovação probatória robusta e convincente, forneça ao empregado o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório por via de um procedimento disciplinar definido em seu regimento interno.

Ora, em que pese não haver disposição legal expressa que obrigue as sociedades de economia mista e empresas públicas a realizarem procedimento administrativo de apuração, da análise do atual entendimento da 7ª Turma do TST⁹, seguindo o julgamento do RE nº 589.998/PI pelo STF, não parece lógica a afirmação de que a essas empresas bastaria a mera motivação formal do ato administrativo demissional por justa causa:

RECURSO DE REVISTA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - EMPRESA PÚBLICA - RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA - IMPOSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO DO STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 589.998 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998, ocorrido em 20/3/2013, entendeu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista precisam motivar o ato de rompimento sem justa causa do pacto laboral. Em face dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, o ente da administração pública indireta que explora atividade econômica deve expor as razões do ato demissional praticado e a elas fica vinculado. A motivação do ato de dispensa resguarda o empregado e, indiretamente, toda a sociedade de uma possível quebra do postulado da impessoalidade e moralidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Além disso, a exposição dos motivos viabiliza o exame judicial da legalidade do ato, possibilitando a compreensão e a contestação da demissão pelos interessados. Assim, a falta da exposição dos motivos ou a inexistência/falsidade das razões expostas pela Administração Pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade. Logo, deve ser reputada nula a demissão sem justa causa do reclamante que não apresenta motivação. Diante do moderno entendimento do STF, deixo de aplicar a Orientação Jurisprudencial nº 247, I, do TST. Recurso de revista não conhecido.

⁹BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR nº 938-28.2012.5.18.0008*. Recorrente: Cobra Tecnologia S.A. Recorrido: Alexandre Teixeira de Oliveira. Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma. Brasília, 18 de set. de 2013. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24194753/recurso-de-revista-rr-9382820125180008-938-2820125180008-tst>>. Acesso em: 16 mar. 2021.



Assim, conforme a jurisprudência do TST já colacionada, “a falta da exposição dos motivos ou a inexistência/falsidade das razões expostas pela Administração Pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade”. Da leitura do trecho já se percebe que o Tribunal não só considerou nula a rescisão contratual imotivada, como também aquela em que, apresentadas as razões pela Administração Pública, demonstram-se falsos ou inexistentes os motivos que baseavam o ato de demissão.

Portanto, ainda que não haja obrigação legal de as empresas estatais realizarem processo disciplinar para aplicarem demissão por justa causa e demais punições, não podem os gestores de tais empresas aplicarem penalidades sem provas contundentes da conduta infracional praticada pelo empregado, sob pena de decretação de sua nulidade.

Não obstante, cumpre ressaltar que atualmente só é obrigatória a instauração de um procedimento apuratório disciplinar caso a empresa estatal tenha prevista em seu regulamento interno a necessidade de instauração desse procedimento previamente à punição de seu empregado. Tal disposição fora trazida pela Súmula número 77 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰, “PUNIÇÃO- Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.”

Entretanto, conforme já salientado, o STF exarou no RE nº 589.998/PI¹¹ o entendimento de que as empresas estatais delegatárias de serviço público não têm suas relações trabalhistas reguladas exclusivamente pelo regime de direito privado. Nestas empresas estatais, portanto, predomina a posição jurisprudencial de que é necessária a motivação até mesmo das demissões sem justa causa.

Dessa forma, ainda que o julgado do STF não aborde o desligamento com justa causa, que é punitivo, entende-se que se é necessária a motivação dos atos demissionais, imperiosa também se faz a instauração de um procedimento disciplinar que possa apurar eventuais irregularidades cometidas por empregados, com fins de dar algum lastro probatório à justificativa demissional nas dispensas com justa causa.

Nesse sentido, a Controladoria Geral da União, por meio de seu Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais¹², recomenda às empresas estatais delegatárias de serviço

¹⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 77*. Res. nº 121/2003. DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-77>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 589.998/PI*. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 20 de março de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹²BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais*. Brasília, 2020. p. 55. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46026>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

público que instituem em seus regulamentos internos procedimento prévio à aplicação de penas disciplinares:

Isso posto, sugere-se às empresas estatais delegatárias de serviços públicos que instituem, em seus regulamentos internos – caso ainda não o tenham feito – um procedimento prévio à aplicação de penas disciplinares como elemento mínimo de caracterização da requerida motivação (com observância da ampla defesa e do contraditório), com fundamento na Lei nº 9.784/1999, sob o risco de incorrerem em consideráveis prejuízos em função de eventuais determinações judiciais que encampem a inteligência já consagrada pelo Supremo e, ainda mais grave, sob o risco de virem a ser instrumentos de descumprimento de direitos constitucionais já reconhecidos pela Corte Suprema.

No que tange às empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito, entende a CGU¹³ que mesmo que o atual entendimento do STF seja no sentido de permitir a demissão por justa causa sem nenhum procedimento prévio, os entendimentos doutrinários sobre o tema caminham em sentido contrário:

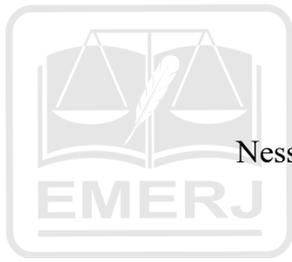
Por oportuno, em que pese as estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito ainda possam demitir seus empregados, por justa causa, sem nenhum procedimento prévio, há entendimentos doutrinários que apontam para a futura necessidade de concessão do contraditório e da ampla defesa também nessas situações, principalmente em razão de que a esfera disciplinar das relações trabalhistas regidas pela CLT revela-se defasada em face do atual estágio de consolidação dos direitos constitucionais, consoante dito anteriormente.

Ressalta-se que com o retorno do debate no RE nº 688.267¹⁴, ainda pendente de julgamento, o STF decidirá se as empresas estatais que exploram atividade econômica podem ou não demitir seus empregados sem justa motivação. Caso a Suprema Corte entenda que a essas empresas deve ser conferido o mesmo tratamento concedido às empresas estatais delegatárias de serviço público (RE nº 589.998/PI), estar-se-á caminhando para uma uniformização do entendimento.

Nessa hipótese, independente da natureza da atividade prestada pela empresa estatal, ela estaria obrigada a motivar seus atos de dispensa com e sem justa causa. É recomendável que, na primeira modalidade, haja a instauração de um procedimento disciplinar, capaz de motivar e dar lastro probatório à demissão punitiva.

¹³Ibidem, p. 55.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 688.267*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4245763&numeroProcesso=688267&classeProcesso=RE&numeroTema=1022#>>. Acesso em: 27 abr.2021.



Nesse sentido, segue o entendimento da CGU¹⁵:

Destarte, da análise do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina, pode-se afirmar que é forte a recomendação de que as estatais instaurem procedimentos apuratórios antes da utilização do poder disciplinar, assegurando ao eventual agente envolvido a possibilidade de se manifestar, independentemente da natureza da atividade que essas empresas exercem.

Nota-se, por fim, uma clara tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de aproximar cada vez mais o regime privado de contratação das empresas estatais às normas de direito público, garantindo a esses empregados admitidos por concurso público os direitos principiológicos constitucionais insculpidos no artigo 37 da CRFB¹⁶.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, defende-se aqui que as empresas estatais e as sociedades de economia mista devem sempre motivar seus atos demissionais, independente da atividade que exerçam, sejam elas delegatárias de serviço público ou exercentes de atividade econômica em sentido estrito.

Inicialmente, constataram-se as diferenças entre o regime jurídico celetista, inerente aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, e o regime jurídico estatutário, que rege os servidores públicos pela Lei n° 8.112/1990.

Foi exposto que mesmo que esses empregados públicos celetistas não gozem do instituto da estabilidade, previsto pelo 41 da CRFB, estão enquadrados na concepção de agentes públicos, incidindo sobre eles as normas e princípios de direito público que acabam por transformar o seu regime celetista, eminentemente privado, em um regime híbrido.

Dessa forma, às empresas estatais, que compõem a Administração Pública Indireta, também é exigível a obediência aos princípios administrativos constitucionais, como a motivação e a isonomia, bem como aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no artigo 37 da CRFB.

Assim, asseverou-se que, por força da teoria do paralelismo de formas, se o ingresso do empregado no quadro funcional das empresas estatais se dá por via do concurso público, procedimento que garante a impessoalidade e a isonomia na admissão, esse empregado só poderá ser demitido por processo que garanta a ele os mesmos princípios impostos no momento de seu

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 12, p. 56.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 4.



ingresso, devendo sempre a Administração apresentar motivação justa, clara e convincente do seu ato demissional.

Tal posição, exarada pelo STF no julgamento do RE n° 589.998/PI, foi também seguida pela jurisprudência trabalhista, que conforme demonstrado, por vezes entendeu que além de motivar o ato de demissão, as empresas estatais delegatárias de serviço público devem também conceder ao empregado o direito de se defender formal e materialmente das acusações a ele atribuídas, por meio de um procedimento apuratório disciplinar que garanta a satisfação da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, com o julgamento do RE n° 688.267, pautado para o dia 21 abril de 2021, o STF terá a oportunidade de decidir se as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito devem ou não motivar seus atos de demissão. Uma eventual decisão no sentido de exigir a motivação do ato demissional nessas empresas, irá compatibilizar o entendimento conferido aos diversos tipos de empresas estatais, garantindo uma maior segurança jurídica ao empregado público.

Por ora, defende-se aqui que as empresas estatais e as sociedades de economia mista devem sempre motivar seus atos demissionais, independente da atividade que exerçam, sejam elas delegatárias de serviço público ou exercentes de atividade econômica em sentido estrito.

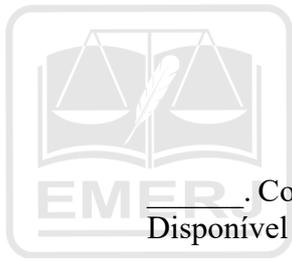
Isso porque, a desnecessidade de motivação dos atos resilitórios dos empregados públicos de empresas estatais que exercem atividade econômica traz uma considerável insegurança jurídica, eis que tais empregados têm mitigadas suas garantias e princípios constitucionais, ficando à mercê da discricionariedade do administrador público.

Não obstante, concluiu-se também que ainda que não haja obrigatoriedade de instauração de um procedimento apuratório disciplinar para a motivação do ato administrativo demissional, é forte a recomendação de que as empresas estatais instaurem em seus regimentos internos tal procedimento, vez que somente com o respeito à ampla defesa e ao contraditório é possível garantir a segurança jurídica de um ato demissional punitivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.



_____. Controladoria-Geral da União. *Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais*. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46026>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Lei n° 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Lei do Regime Jurídico Único*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 589.998/PI*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 688.267*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4245763&numeroProcesso=688267&classeProcesso=RE&numeroTema=1022#>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR: 938-28.2012.5.18.0008*. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24194753/recurso-de-revista-rr-9382820125180008-938-2820125180008-tst>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 77*. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-77>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAIB, Liana; MENDONÇA, Maria L. C de A. O Devido Processo Legal e Os Empregados Públicos. *Revista FSA*. Teresina, v. 10, n.1, art.5, p. 97. Jan./Mar. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12819/2013.10.1.5>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OS EFEITOS CAUSADOS PELO CRESCENTE NÚMERO DE PESSOAS FÍSICAS NO MERCADO FINANCEIRO DIANTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E SUAS REPERCUSSÕES

Hursula Souza Vaz

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela EMERJ.

Resumo – a sociedade vive em constante mudança. Com o passar dos anos, em virtude de novas conjunturas fáticas e, especialmente econômicas, surgem novas relações jurídicas. Com a pandemia do novo Coronavírus, instaurou-se uma conjuntura econômica peculiar, proporcionando aos investidores pessoa física a análise de seus investimentos sob uma nova ótica. Essa nova realidade foi responsável pela entrada de um expressivo número de investidores no mercado financeiro, acelerando um processo que já se encontrava em trâmite. O presente artigo busca analisar a inserção dos investidores pessoa física no mercado financeiro, bem como pontuar os principais desdobramentos das relações jurídicas estabelecidas diante dessa nova realidade.

Palavras-chave – Mercado de capitais. Pessoa Física. Pandemia.

Sumário – Introdução. 1. Os impactos da pandemia do COVID-19 na economia e o consequente aumento da entrada de pessoas físicas para o mercado de capitais. 2. O significativo aumento do número de pedidos de compensação financeira em face das corretoras durante a pandemia. 3. O tratamento dado pelo mercado à pessoa física: erros e acertos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o significativo aumento de pessoas físicas inseridas no mercado financeiro diante do cenário da pandemia do novo coronavírus.

Almeja-se demonstrar que esse crescimento exacerbado trouxe uma série de consequências para as corretoras de investimentos e para os investidores, sendo necessário apreciar quais as medidas cabíveis para solução desses conflitos.

Para tanto, como objeto da pesquisa são discutidos os casos concretos e a jurisprudência inerente ao tema, de maneira a debater se as políticas adotadas pelas corretoras de investimentos estão em consonância com o ordenamento jurídico de forma a fornecer informações claras ao investidor pessoa física.

Diante da vulnerabilidade desse investidor, surge a necessidade de uma melhor abordagem do tema para analisar quais os mecanismos ideais para solução das controvérsias e assegurar os direitos desse novo investidor.



Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a análise da constatação do aumento expressivo de investidores pessoa física no mercado financeiro. Realiza-se a verificação do contexto: as causas, consequências e o momento em que esse fenômeno está inserido. Ademais, aborda-se a ideia de que as corretoras não estavam preparadas para esse aumento expressivo de demanda, o que acarreta falhas expressivas frente ao investidor.

Segue-se no segundo capítulo debatendo os principais conflitos oriundos dessa relação jurídica, bem como se apuram os principais princípios norteadores da relação estabelecida entre as corretoras de investimentos e investidores. Analisa-se, em especial, as principais falhas praticadas pelas corretoras. Dentre elas, destaca-se a falta de suporte ao investidor, caracterizada por uma plataforma falha, onde a demanda não é suportada de forma satisfativa, o que acarreta uma má-prestação de serviço fornecido ao investidor. Neste cenário, examina-se o aumento dos pedidos de compensação financeira frente às corretoras de investimentos.

Posteriormente, no terceiro capítulo aborda-se a necessidade de esclarecimento dos diplomas legais aplicados ao tema exposto. Verifica-se o papel desempenhado pela Comissão de Valores Mobiliários diante de um mercado cada vez mais digital onde o investidor tem sofrido fortes influências de sugestões de investimentos por meio das mídias digitais.

A pesquisa é realizada a partir do método hipotético-dedutivo, uma vez que a almeja-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, por serem pertinentes e adequadas para explorar o objeto da pesquisa, almejando adotá-las ou recusá-las argumentativamente.

Dessa forma, a abordagem do objeto da presente pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, tendo em vista que é utilizada bibliografia pertinente à temática em análise, verificada e fichada em fase exploratória, a fim de sustentação da tese.

1. OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NA ECONOMIA E O CONSEQUENTE AUMENTO DA ENTRADA DE PESSOAS FÍSICAS PARA O MERCADO DE CAPITAIS

Em fevereiro de 2020, a pandemia do COVID-19 chegou ao Brasil, fazendo com que o Ministério da Saúde¹ adotasse medidas para contenção do vírus. O vírus impactou a

¹MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus*. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#fev2020>>. Acesso em: 06 out.2020.

sociedade como um todo, sendo adotadas medidas restritivas e sancionada a Lei de Quarentena².

Nesse cenário, a economia sofreu grande impacto. Diante das notícias de evolução da pandemia, com o surgimento de novos casos, o Ibovespa sofreu fortes quedas conforme observado pelo histórico do Ibovespa disponibilizado pelo *InfoMoney*³, desencadeando o acionamento de *Circuit Breaker*⁴ (só no mês de março, foram seis vezes).

No dia 11 de março de 2020 houve o pronunciamento da Organização Mundial da Saúde (OMS) alertando que passaria a considerar o novo coronavírus como uma pandemia (epidemia de nível global). Nesse dia, o alerta ocasionou impactos econômicos, gerando o acionamento do *Circuit Breaker* na Bovespa.

É certo que esses seis acionamentos ocorridos em março não foram ocasionados única e exclusivamente em virtude dos impactos da pandemia, mas é certo que a pandemia contribuiu para o cenário econômico formado como um todo.

Nesse contexto, Felipe Saturnino⁵ atenta para a marca histórica alcançada em setembro de 2020 pela B3: 3 milhões de investidores pessoa física. O número representa um aumento de quase 80% se comparado ao ano anterior. Desses 3 milhões de investidores, 74,6% (2,3 milhões) são homens, enquanto 25,4% (779,4 mil) são mulheres. Só o estado de São Paulo é responsável por quase 30% do total de investidores (quase 1,2 milhão de pessoas), segundo dados fornecidos pela B3⁶.

O aumento significativo de pessoas físicas na Bolsa de Valores ocorre em um cenário extremamente volátil marcado pela pandemia que revirou todos os mercados globais. Essa volatilidade propiciou a baixa de vários ativos, fazendo com que o mercado se tornasse mais acessível para esses investidores.

Além disso, Fernando da Costa⁷ alerta para a popularização das plataformas de investimentos gerando a facilitação do acesso a esse tipo de operação. No Twitter, surgiu a

²BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

³IBOVESPA, *InfoMoney*. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/cotacoes/ibovespa/historico/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

⁴É um mecanismo de paralisação da Bolsa, evitando que ocorram negociações em momentos de euforia e instabilidade.

⁵SATURNINO, Felipe. B3 atinge 3 milhões de investidores pessoa física, aumento de 80% em relação a 2019. *Seu dinheiro*, out. 2020. Disponível em: <<https://www.seudinheiro.com/2020/bolsa-dolar/b3-atinge-3milhoes-investidores-pessoa-fisica-0210/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

⁶B3. *Histórico pessoas físicas*. Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/ser_vicos-dados/market-data/consultas/mercado-a-vista/historico-pessoas-fisicas/>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁷COSTA, Fernando Nogueira da. *Bolha de ações infladas por pessoas físicas em fuga da renda fixa para renda variável*, jan. 2020. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2020/01/28/bolha-de-acoes-infladas-por-pessoas-fisicas-em-fuga-da-renda-fixa-para-renda-variavel/>>. Acesso em: 06 out. 2020.



“FinTwit”, uma comunidade composta por analistas, “traders” e gestores que vinculam informações diariamente, discutindo sobre os panoramas do mercado financeiro.

Nessa conjuntura, diante das políticas econômicas adotadas, a taxa básica de juros (SELIC) encontra-se fixada em 2%, o que registra um mínimo histórico. Dessa forma, os investimentos de renda fixa tornaram-se desinteressantes, uma vez que alguns estão suportando quedas maiores do que as sofridas pelo Ibovespa.

À vista disso, como bem pontuado por Fernando da Costa⁸ a B3 adotou uma série de medidas visando a facilitar e a atrair ainda mais a participação das pessoas físicas para o mercado financeiro, dentre tais medidas, pode-se destacar: tarifa mensal de manutenção de conta de custódia zerada; isenção de tarifas sobre o valor em custódia e sobre o processamento de proventos financeiros para investidores com valor em custódia abaixo de R\$ 20 mil e; simplificação da cobrança por meio do abatimento das tarifas do fluxo de proventos.

Fica claro que o fomento de investidores pessoa física no mercado secundário é parte de uma estratégia realizada pela B3 para propiciar um cenário mais atrativo ao investidor pessoa física. Embora hoje esse investidor ocupe apenas 12% dos ativos da bolsa, a tendência é que esse percentual aumente cada vez mais.

De acordo com informações fornecidas pelo *The Cap*⁹, o perfil do investidor brasileiro na Bolsa de Valores em 2020 é mais jovem. Hoje, 49% dos CPFs ativos observados no mês de março são de pessoas na faixa de 25 a 39 anos tendo como principal objetivo é a diversificação de seus investimentos, iniciando com aportes mais baixos.

A análise realizada por Fernando Pisa¹⁰ conclui que o valor mediano do primeiro aporte tem sido cada vez menor com o passar dos anos. Em março de 2020, 30% deu entrada para o mercado financeiro com aporte inicial abaixo de R\$500 (quinhentos reais).

Além do mais, a análise de Pisa¹¹ estabelece que esse novo investidor tem como objetivo investimentos voltados para o longo prazo, mantendo suas posições mesmo no ápice da volatilidade do mercado.

Esta nova realidade traz à baila a seguinte indagação: será que a pessoa física tem consciência dos riscos fornecidos pelo mercado financeiro, bem como a possibilidade de estar diante de uma bolha inflacionária?

⁸Ibid.

⁹PISA, Fernando. Perfil do investidor brasileiro na Bolsa de Valores em 2020. *The Cap – Finanças*, ago. 2020. Disponível em: <<https://comoinvestir.thecap.com.br/perfil-do-investidor-brasileiro-bolsa-de-valores-em-2020/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹⁰Ibid.

¹¹Ibid.



Segundo pesquisa realizada pelo Ibope¹², apenas 21% das pessoas tiveram educação financeira até os 12 anos de idade. Esse dado é consequência de todo um processo histórico vivenciado pelo país. O Brasil vivenciou nos anos 80 mudanças de moeda e forte crise inflacionária. Em virtude disso, o valor futuro da moeda sempre está abaixo do valor atual. Dessa forma, o brasileiro vê como melhor opção gastar seus recebimentos imediatamente a esperar a deterioração do poder de compra ao longo dos anos.

Sendo assim, a maior parte da população não se planeja para formar um patrimônio consistente para uma aposentadoria tranquila, gerando, por exemplo, dependência da previdência social.

A falta de educação financeira gera problemas ao longo da vida dos cidadãos, não é à toa que o MEC¹³ tem adotado medidas para melhorar a educação financeira no país. Atualmente está em tramitação na Câmara dos Deputados¹⁴ o projeto de lei 3.145/20, o qual versa sobre a obrigatoriedade de inclusão na grade curricular do ensino infantil, fundamental e médio da disciplina educação financeira.

Conforme pontuado por Gabriela Mosmann¹⁵, o aumento do número de investidores no mercado financeiro é um indicativo de melhora na conscientização financeira dos cidadãos, pois se pode verificar que há uma preocupação em poupar seus montantes, não realizando gastos de imediato.

Os investidores inseridos hoje no mercado, em sua grande maioria não possuem real consciência financeira dos riscos inerentes a essas operações, desconhecendo, por exemplo, a possível existência de bolhas inflacionárias bem como o papel da especulação nesse tipo de transação.

Sem dúvidas, se esses investidores tivessem tido acesso à educação financeira desde o ensino infantil, estariam mais bem preparados para os desdobramentos da relação jurídica estabelecida com o mercado, bem como teriam uma maior consciência das possíveis implicações que podem vir a ocorrer.

¹²APUD, Mateus. Ibope: brasileiros não tiveram educação financeira na infância. *Estadão*, abr. 2020. Disponível em: <<https://investidor.estadao.com.br/educacao-financeira/brasileiros-nao-tiveram-educacao-financeira-na-infancia/>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹³MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/35987-educacao-financeira/>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁴CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta exige educação financeira nos currículos do ensino básico*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/680056-proposta-exige-educacao-financeira-nos-curriculos-do-ensino-basico/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹⁵MOSMANN, Gabriela. Como melhorar a situação da educação financeira no Brasil? *Suno Artigos*, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/educacao-financeira-no-brasil/>>. Acesso em: 07 out. 2020.



2. O SIGNIFICATIVO AUMENTO DO NÚMERO DE PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO FINANCEIRA EM FACE DAS CORRETORAS DURANTE A PANDEMIA

Diante do expressivo aumento de investidores no mercado financeiro, pôde-se observar a existência do aumento nos pedidos de compensação financeira em face das corretoras de investimentos.

Nota-se que as corretoras já possuíam falhas no serviço que prestavam ao consumidor. Diante da pandemia e o grande número negociações realizadas, essas falhas se tornaram cada vez mais evidentes, sendo impossível ignorá-las.

Após o Carnaval de 2020, o Valor Investe¹⁶ realizou uma análise em que ficou demonstrado um aumento expressivo no número de pedidos de compensação financeira por meio do Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos (MRP). Segundo análise realizada pela CNN¹⁷, comparando o número de reclamações no primeiro trimestre de 2019 e no mesmo período em 2020, observa-se um acréscimo de 1.566% de queixas atreladas à realização de operações. Ambas as pesquisas foram realizadas com base em dados da BSM Supervisão de Mercados.

A instabilidade das plataformas de operação utilizadas pelas corretoras de investimentos seria decorrente da alta demanda de operações na retomada pós-feriado de Carnaval, oriundas da volatilidade do mercado — queda abrupta de valor dos ativos —, em razão das notícias a respeito da pandemia do Novo Coronavírus.

O Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos (MRP) é um importante instrumento para solicitação de pedidos de compensação financeira, regulamentado pela CVM, mantido pela B3 e organizado pela BSM Supervisão de Mercados.

O MRP proporciona aos investidores o ressarcimento do montante de até R\$120 mil em razão de prejuízos decorrentes de atos praticados por participantes dos mercados administrados pela B3 — corretoras de investimentos, por exemplo —, seus administradores ou prepostos, no tocante à intermediação das operações de bolsa — compra e venda de ações, por exemplo — com valores mobiliários e serviços de custódia.¹⁸

¹⁶BERTÃO, Naiara. Em meio à pandemia, falhas em corretoras aumentam pedidos de compensação financeira. *Valor Investe*, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/produtos/servicos-financeiros/noticia/2020/03/31/em-meio-a-pandemia-falhas-em-corretoras-aumentam-pedidos-de-compensacao-financeira.ghtml>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹⁷PRADO, Matheus. O que fazer quando o site da corretora trava na hora de realizar operações? *CNN Brasil Business*, São Paulo, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/15/o-que-fazer-quando-o-site-da-corretora-trava-na-hora-de-realizar-operacoes>> Acesso em: 13 mar. 2021

¹⁸BSM SUPERVISÃO DE MERCADOS. *Ressarcimento de prejuízos – Como funciona*. Disponível em: <<https://www.bsmsupervisao.com.br/ressarcimento-de-prejuizos/como-funciona>> Acesso em: 12 mar. 2021.



Dessa forma, destaca-se a importância do MRP, uma vez que proporciona ao investidor a reparação do dano em razão de erro cometido pela corretora pela via administrativa, garantindo maior celeridade — prazo máximo de 120 dias para resolução do MRP contados de sua instauração pela BSM¹⁹ — ao usuário desse serviço e evitando a propositura de demandas judiciais as quais comumente demandam maior tempo para análise e julgamento.

Além do aumento de pedidos de ressarcimento por meio do MRP, em dezembro de 2020 a CVM²⁰ observou um acréscimo no número de reclamações dos clientes em face das intermediárias (corretoras) por meio do Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC) fornecido pela CVM. Dessa forma, as Superintendências de Relações com o Mercado e Intermediários (SMI) e de Proteção e Orientação aos Investidores (SOI) proferiram, juntas, ofício circular com diretrizes para o fornecimento de um tratamento adequado às reclamações dos clientes.

A não solução de uma controvérsia junto ao intermediário pode acarretar riscos ao mercado de valores mobiliários e é papel da CVM garantir a integridade desse segmento, que vem obtendo cada vez mais força. Dessa forma, a autarquia possui o propósito de garantir a normatização e supervisão do mercado, proporcionando condições adequadas e qualidade no atendimento desses investidores na intermediação de suas operações no mercado de valores mobiliários.

É importante analisar qual a essência de uma reclamação enviada à CVM e qual o objetivo do investidor com a formulação daquela reclamação. Toda reclamação enviada por meio do Serviço de Atendimento ao Cidadão (SAC-CVM) deve ter como principal objetivo a busca de apoio para solucionar questões operacionais decorrentes do serviço prestado pela instituição financeira que, via de regra, poderiam ter sido sanadas pelos meios habituais de atendimento ou por meio dos serviços de ouvidoria.

Demonstra-se essencial que os intermediários — corretoras — disponibilizem canais de atendimento em locais de fácil acesso ao cliente em seu site, em seu *home broker* e em aplicativos, assim como em todas as plataformas fornecidas ao cliente. Os canais devem ser claros, além de apontarem os canais de reclamação junto à CVM e ao MRP.

¹⁹BRASIL. *Regulamento do Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos*. Disponível em: <<https://www.bsmsupervisao.com.br/assets/file/leis-normas-regras/BSMRegulamentoMRP.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁰CVM. *Notícias*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-divulga-orientacoes-a-intermediarios-sobre-o-tratamento-de-reclamacoes-dos-clientes-4a5e9aec07cb4615944b8cc808ef533e>> Acesso em: 12 mar. 2021.



Segundo a CVM²¹, as ouvidorias não devem ser restritas à adoção de demanda proposta pelos clientes, mas devem buscar a adoção de medidas corretivas para problemas frequentes, almejando cada vez mais aprimorar os serviços prestados. Dessa forma, em 3/12/2020 foi publicado o Ofício Circular CVM/SMI/SOI 01/2020²², o qual possui como tema o “Tratamento dos problemas e casos de controvérsia entre o intermediário e seus clientes”.

Dentre os pontos abordados no Ofício Circular, destacam-se a possibilidade de aprimoramento dos canais atuais, indo além da solução dos problemas, mas evitando o surgimento de novos de mesma espécie; o aprimoramento na informação prestada ao usuário, sempre esperando do intermediário e de seus agentes condutas que visem ao melhor interesse do cliente e não seus próprios interesses, nos moldes do estabelecido no art. 30 da Instrução CVM nº 505/11²³; fortalecimento dos canais de ouvidoria, propiciando a solução das questões na própria esfera do intermediário, evitando que demandas tomem proporções maiores, chegando até o agente regulador sem necessidade.

Configuram-se acertados os preceitos estabelecidos no Ofício Circular, tendo em vista que exigir das corretoras de investimentos uma conduta preventiva demonstra-se de extrema importância. Um erro cometido junto ao novo investidor pode ser determinante a ponto de afastá-lo de uma vez por todas do mercado financeiro, sendo configurado como um verdadeiro obstáculo perante o movimento de democratização do mercado.²⁴

Deve-se buscar a adoção de linguagem de fácil compreensão pelos clientes de varejo, inclusive no contrato do investidor com a corretora, assim como a prática de transparência ao informar os riscos e as possíveis implicações advindas das transações, prevendo o estabelecimento de uma relação jurídica descomplicada e compreensível.

Por derradeiro, cumpre destacar que além dos mecanismos apresentados — de caráter administrativo — como forma de pleitear prejuízos oriundos de operações junto às corretoras, nada impede que o cliente ingresse com demanda judicial.

Nesse sentido, destaca-se a orientação fixada pelo STJ²⁵, reconhecendo a existência de relação de consumo entre a pessoa natural, que almeja atender necessidades próprias, e as

²¹Ibid.

²²BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Ofício Circular CVM/SMI/SOI 01/2020*. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/smi-soi/oc-smi-soi-0120.html>> Acesso em: 12 mar. 2020.

²³BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM 505*. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst505.html>> Acesso em: 12 mar. 2021.

²⁴O art. 32, parte inicial do inciso I da Instrução CVM nº 505/11 prevê que é dever do intermediário contribuir para o bom funcionamento do mercado.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.599.535/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27.clas.+e+@nu](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27.clas.+e+@nu)

sociedades que prestam o serviço de corretagem de valores e títulos mobiliários de forma habitual e profissional. No caso em análise, houve aplicação da Teoria Finalista, entendendo que a corretagem de valor e títulos mobiliários configura prestação de serviços, uma vez que esse serviço é prestado a um consumidor final.

Dessa forma, fixou-se o juízo de que o alto valor do contrato não é capaz de descaracterizar a relação de consumo, tampouco o alto grau de escolaridade do contratante é capaz de afastar sua condição de consumidor, uma vez que mesmo possuindo conhecimento acima da média da população, o contratante continua sendo configurado como vulnerável diante da corretora de investimentos.²⁶

Sendo assim, demonstra-se de extrema relevância a tese fixada pelo STJ e se espera que ela se perpetue, uma vez que diante do cenário atual, em que há o crescimento exponencial de investidores pessoa física, é possível imaginar que essa tese seja cada vez mais explorada diante das falhas apresentadas na prestação deste tipo de serviço.

3. O TRATAMENTO DADO PELO MERCADO FINANCEIRO À PESSOA FÍSICA: ERROS E ACERTOS

Sem dúvidas, a tecnologia foi e continua sendo um ponto extremamente positivo para o investidor pessoa física. A facilidade de poder realizar operações na comodidade de seu celular, sem necessidade de estar diante de um computador, sem maiores burocracias garante maior conforto e agilidade.

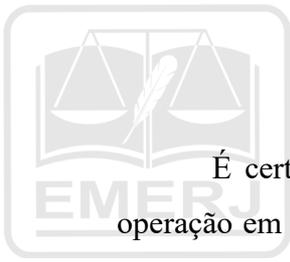
No tocante às operações realizadas via *smartphone*, deve-se analisar tal ato com maior cautela para que tal vantagem não se transforme em um desastre. Aconselha-se observar a condição da internet utilizada, verificando se esta é suficiente a ponto de demonstrar a situação real das transações, uma vez que a ocorrência de *delay* pode gerar danos de grande monta na realização de uma operação.²⁷

m=%271599535%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271599535%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>.
Acesso em: 13 mar. 2021.

²⁶CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Indivíduo que contrata serviço de corretagem de valores e títulos mobiliários é considerado consumidor. *Buscador Dizer o Direito*, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9a3f263a5e5f63006098a05cd7491997>>.

Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁷CAMPOLIN, Ariane. Fazer trade pelo celular: será que é bom para todo mundo? *InfoMoney*, São Paulo, mar. 2021. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/convidados/fazer-trade-pelo-celular-sera-que-e-bom-para-todo-mundo/>>. Acesso em: 02 mar. 2021.



É certo que acompanhar as posições é muito mais fácil e seguro do que operar. A operação em si gera maiores riscos —possibilidade de falha na rede, comando ser executado fora de ordem ou em momento posterior em virtude de falha na conexão.²⁸

Em virtude disso, recomenda-se ao investidor pessoa física recém chegado ao mercado que acompanhe seus ativos via aplicativos, mas não inicie realizando operações de imediato por essa forma. É necessário ter cautela e discernimento para evitar frustrações.

Embora os aplicativos das corretoras tenham facilitado a vida dos clientes, ainda há muito a ser feito, uma vez que diante de um dia de grandes transações são comuns falhas sistêmicas e, infelizmente, no Brasil essa não é uma realidade de inúmeras corretoras.

Sem dúvidas, pode-se observar que diante deste cenário atual o investidor passou a ter uma postura proativa em relação aos seus ativos, passando a lidar diretamente com os acontecimentos cotidianos e suas repercussões no mercado.

Para Gilson Finkelsztain²⁹, presidente da B3, esses investidores surpreenderam ao manterem suas posições em momentos de crise. Sem dúvidas muito se comentou a respeito do limite desses novos investidores; se suportariam a volatilidade do mercado ou se sairiam desse ramo diante da primeira dificuldade. Pode-se dizer que o investidor se manteve firme diante das adversidades.

Uma grande vantagem para os investidores, consequência desse cenário influenciado pela pandemia e pela democratização do mercado, foi o movimento de zeragem de corretagem para operações na bolsa de valores. Em virtude da ampla concorrência vivenciada, diversas corretoras optaram por zerarem suas taxas como forma de atrair investidores.

Sabe-se que as corretoras possuem uma margem de lucro muito baixa com cada cliente pessoa física. Dessa forma, faz-se necessária a existência de trabalho em grande escala para que possuam receitas competitivas com as demais concorrentes.

Neste cenário, tem ocorrido cada vez mais fusões e aquisições, em especial entre corretoras de investimentos e *fintechs*. As *fintechs* têm sido o grande palpite para o futuro no âmbito do mercado financeiro. Por estarem bem capitalizadas, adquirem as corretoras e passam a oferecer todo tipo de produto ao cliente, tornando-se concorrentes dos grandes bancos.³⁰

²⁸Ibid.

²⁹FAST TRADE. Investidor: 'pessoa física deu show este ano', diz presidente da B3. Disponível em: <<https://plataformafasttrade.com.br/noticias/investidor-pessoa-fisica-deu-show-este-ano-diz-presidente-da-b3/>> Acesso em: 03 abr. 2021.

³⁰MOURA, Júlia. Competição cria onda de fusões nas corretoras. *A cidade on*, São Paulo, dez. 2020. Disponível em: <<https://www.acidadeon.com/economia/NOT,0,0,1569147,Competicao-cria-onda-de-fusoes-nas-corretoras.aspx>> Acesso em: 03 abr. 2021.



Sem dúvidas, um ato extremamente positivo no ano de 2020 foi a liberação de negociação de BDRs para investidores comuns. O *Brazilian Depositary Receipt* — BDR —, é um certificado de depósito negociado e emitido no Brasil, o qual representa ações de empresas listadas em bolsas de outros países — na NASDAQ dos EUA, por exemplo.³¹

Esse ativo proporciona ao investidor de forma mais fácil, simples e ágil a realização de investimentos em bolsas internacionais sem a burocracia e necessidade de realizar a abertura de uma conta em corretora de investimentos estrangeira, reduzindo o grau de complexidade que é intrínseco a uma transação internacional.

Inicialmente, esse valor mobiliário era restrito a investidores qualificados — que possuem ao menos 1 milhão de reais em aplicações³². A oferta deste ativo aos investidores pessoa física proporciona a realização de operações de empréstimo de ativos com BDRs de ações e a utilização do valor mobiliário em análise como garantia na B3, propiciando maior flexibilidade em operações em outros segmentos.³³

Sendo assim, além de facilitar a diversificação dos investimentos realizados pelo investidor pessoa física, o acesso ao BDR pelo investidor de varejo não é tributável por IOF e evita gastos atrelados ao envio de dinheiro para o exterior, como a incidência de taxa de câmbio, por exemplo.³⁴

Em uma análise geral, pode-se observar que o ano de 2020 trouxe bons números para a bolsa de valores brasileira. Todavia, o mesmo não ocorreu se observada a participação de pessoas físicas em IPOs³⁵ ocorridos ao longo deste mesmo período.

Sem dúvidas, um fator que pode ter contribuído para a redução desse número é o fato de as empresas que realizaram Oferta Pública — Mitre, Locaweb, Moura Dubeux, Priner,

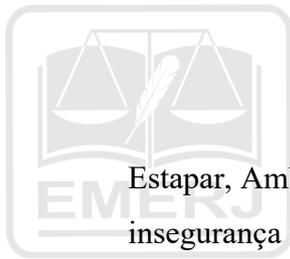
³¹LEITE, Vitor. *BDR: o que é e como funciona esse tipo de investimento?* Disponível em: <<https://blog.nubank.com.br/bdr-o-que-e/>> Acesso em: 4 abr. 2021.

³²BTG PACTUAL DIGITAL. *O que é e quem pode ser um Investidor Qualificado (IQ)?* Disponível em: <https://www.btgpactualdigital.com/blog/investimentos/o-que-e-investidor-qualificado?cmpid=c04:m05:google:1741053563:b:101208307875&utm_medium=spl&utm_source=google&utm_campaign=174053563&utm_content=101208307875&creative=431769149740&adposition=&keyword=&matchtype=b&targetid=dsa-4044_28416182&device=c&feeditemid=&loc_interest_ms=&loc_physical_ms=20102&placement=&s_kwcid=AL!9288!3!431769149740!b!!g!!&gclid=CjwKCAjw6qqDBhB-EiwACBs6x4jW_YXd26Hbv21HNfWN8AYyv2mD_5msE0bsSuOV4l4Vvc0NsSEs19BoCtbUQAvD_BwE> Acesso em: 05 abr. 2021.

³³CUTAIT, Beatriz. *BDRs poderão ser negociados por qualquer investidor pessoa física a partir desta 5ª feira.* *InfoMoney*. São Paulo, out. 2020. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/onde-investir/bdrs-poderao-ser-negociados-por-qualquer-investidor-pessoa-fisica-a-partir-de-5a-feira/>> Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁴B3. *Ações de empresas no exterior poderão ser negociadas a partir de 22/10 pelo investidor pessoa física.* 2020. Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/bdr-8AE490C975244B0D01754B152E4641D1.htm> Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁵ IPO é uma sigla em inglês a qual faz referência à Oferta Pública Inicial de Ações.



Estapar, Ambipar, Grupo Soma e Quero-Quero³⁶ — serem menos populares, o que gera maior insegurança ao investidor no tocante à realização dessa transação.

A introdução do *Lock-up*³⁷ no ano de 2020 também contribuiu para que os investidores de varejo se retraíssem nesse tipo de transação. O *Lock-up* é um mecanismo utilizado em face dos investidores pessoa física que os obriga a permanecerem com os papéis adquiridos por meio do IPO por um período a ser estipulado pela empresa.

Trata-se de uma forma de proteger as empresas da especulação dos investidores. Supõe-se que metade das pessoas físicas que participam de IPOs praticam a venda imediata dos papéis — fenômeno conhecido como flipagem —, o que aumenta a especulação do ativo e pode proporcionar a derrubada da cotação das ações em sua inauguração na bolsa de valores.³⁸

É certo que o *Lock-up* trouxe pontos positivos e negativos. A principal vantagem seria a prioridade na Oferta Pública Inicial, de modo que aqueles que optam por adquirir ações em IPO com *Lock-up* possuem maiores chances de conquistarem maior parte da oferta.

Dentre as desvantagens, destaca-se a implicação de maiores dificuldades ao investidor pessoa física para, respeitado o período de *Lock-up*, negociar o papel. Tal fato pode ocorrer, tendo em vista que podem surgir implicações no mercado, ou a ocorrência de algum fator que cause instabilidade na empresa acarretando a desvalorização de sua ação.

Sendo assim, deve-se considerar que o *Lock-up* foi implementado durante uma pandemia em que se constatou o crescente ingresso de pessoas físicas no mercado financeiro. Fazer com que um recém chegado à bolsa seja obrigado a permanecer com um ativo, gera maior insegurança e maiores riscos à operação, demonstrando-se, assim, uma via menos atrativa.

Diante dos pontos analisados, pode-se observar a preponderância de aspectos positivos sobre os negativos. Sem dúvidas a tecnologia tem sido uma grande aliada a esse novo investidor, que aos poucos vem ganhando cada vez mais espaço e vantagens no mercado financeiro.

Em países como os Estados Unidos, o investidor pessoa física é analisado sob uma ótica distinta à observada no Brasil, não havendo tantas peculiaridades e tratamento diferenciado. Todavia, essa comparação tem como objetivo apenas elucidar a existência de

³⁶LARGHI, Nathália. Participação de pessoas físicas em IPOs neste ano é baixa. *Valor Investe*, São Paulo, set. 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/bolsas-e-indices/noticia/2020/09/18/participacao-de-pessoas-fisicas-em-ipos-neste-ano-e-baixa.ghtml>> Acesso em: 06 abr. 2021.

³⁷VOGLINO, Eduardo. O que é o Período de *Lock-up* no IPO das Ações. *The Cap*. Disponível em: <<https://comoinvestir.thecap.com.br/o-que-lockup-ipo-acoes/>> Acesso em: 06 abr. 2021.

³⁸ Ibid.

outra realidade, visto que Brasil e EUA possuem conjunturas completamente distintas em virtude de inúmeros fatores, dentre eles pode-se destacar o histórico econômico do país e a educação financeira de seus cidadãos.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como principal problemática a forma abrupta na qual ocorreu o crescimento de investidores pessoa física no mercado financeiro. Foi possível efetuar a análise do perfil desses novos investidores, constatando que muitos não possuem real consciência dos possíveis desdobramentos, aos quais as transações no mercado financeiro estão sujeitas. A esse fato, pôde-se atrelar a precariedade da educação financeira vivenciada no Brasil, bem como a forma com que a sociedade brasileira, de modo geral, sofre influência do histórico econômico em que o país se submeteu.

O investidor pessoa física é oriundo de um processo de democratização do mercado o qual está diretamente relacionado à tecnologia e à agilidade na forma de veiculação de informações, sendo resultado do papel desempenhado pela *FinTwit*.

Em decorrência desse cenário, observou-se a necessidade de adoção de medidas com a finalidade de ajustar o mercado financeiro a esse novo investidor. O trabalho em análise aborda a ocorrência da regulamentação e oferta de BDRs — novos valores mobiliários — antes restritos a investidores qualificados, sendo ampliada sua oferta ao varejo com a finalidade de atender as carências desses novos demandantes.

Fato inegável constatado por essa pesquisa é a importância da Comissão de Valores Mobiliários na adoção de medidas que propiciaram e desburocratizaram a inserção desta nova figura no mercado financeiro, impondo diretrizes e medidas a serem observadas pelas corretoras de valores mobiliários de forma a propiciar o acesso à informação de forma clara e acessível almejando evitar o aumento de pedidos de compensação financeira.

Dessa forma, demonstrou-se no curso do presente estudo a capacidade da CVM de dirimir questões que se estabeleçam ao longo dessa relação, podendo estipular a adoção de medidas de forma a antever o surgimento de possíveis conflitos oriundos da relação jurídica investidor-corretoras, como se pôde verificar por meio do instrumento do Ofício Circular a CVM o qual aborda a temática do Serviço de Atendimento ao Cliente, a ser observado pelas corretoras.

Do presente estudo, pode-se concluir que foram analisados os principais fatores positivos e negativos da relação em foco. Dessa forma, pode-se concluir que houve



preponderância de fatores positivos na matéria em análise. Isso porque foram diversos os ganhos adquiridos nesse lapso temporal de um ano no qual a pandemia se instaurou.

Desse modo, embora o trabalho em análise veja de forma positiva a atuação dos agentes do mercado, em especial do principal órgão regulador, concede-se especial atenção ao fato de que os erros praticados perante o investidor pessoa física podem ocasionar danos imensuráveis, uma vez que podem acarretar retração do fenômeno de democratização analisado.

REFERÊNCIAS

APUD, Mateus. Ibope: brasileiros não tiveram educação financeira na infância. *Estadão*, abr. 2020. Disponível em: <<https://investidor.estadao.com.br/educacao-financeira/brasileiros-nao-tiveram-educacao-financeira-na-infancia>>. Acesso em: 05 out. 2020.

B3. *Ações de empresas no exterior poderão ser negociadas a partir de 22/10 pelo investidor pessoa física*. 2020. Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/bdr-8AE490C975244B0D01754B152E4641D1.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Histórico pessoas físicas*. Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/servicos-de-dados/market-data/consultas/mercado-a-vista/historico-pessoas-fisicas/>. Acesso em: 07 out. 2020.

BERTÃO, Naiara. Em meio à pandemia, falhas em corretoras aumentam pedidos de compensação financeira. *Valor Investe*, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/produtos/servicos-financeiros/noticia/2020/03/31/em-meio-a-pandemia-falhas-em-corretoras-aumentam-pedidos-de-compensacao-financeira.ghtml>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução CVM 505*. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst505.html>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. *Ofício Circular CVM/SMI/SOI 01/2020*. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/smi-soi/oc-smi-soi-0120.html>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.599.535/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271599535%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271599535%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271599535%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271599535%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BSM SUPERVISÃO DE MERCADOS. *Ressarcimento de prejuízos: Como funciona*. Disponível em: <<https://www.bsmsupervisao.com.br/ressarcimento-de-prejuizos/como-funciona>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. *Regulamento do Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos*. Disponível em: <<https://www.bsmsupervisao.com.br/assets/file/leis-normas-regras/BSMRegulamentoMRP.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BTG PACTUAL DIGITAL. O QUE É E QUEM PODE SER UM INVESTIDOR QUALIFICADO (IQ)? *Blog BTG Pactual digital*, mar. 2021. Disponível em: <https://www.btgpactualdigital.com/blog/investimentos/o-que-e-investidor-qualificado?cmpid=c04:m05:google:1741053563:b:101208307875&utm_medium=spl&utm_source=google&utm_campaign=174053563&utm_content=101208307875&creative=431769149740&adposition=&keyword=&matchtype=b&targetid=dsa-404428416182&device=c&feeditemid=&loc_interest_ms=&loc_physical_ms=20102&placement=&s_kwcid=AL!9288!3!431769149740!b!!g!!&gclid=CjwKCAjw6qqDBhB-EiwACBs6x4jW_YXd26Hbv21HNfWN8AYyv2mD5msE0bsSuOV414Vvc0NsSEs19BoCtbUQAvd_BwE>. Acesso em: 05 abr. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta exige educação financeira nos currículos do ensino básico*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/680056-proposta-exige-educacao-financieira-nos-curriculos-do-ensino-basico/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CAMPOLIN, Ariane. Fazer trade pelo celular: será que é bom para todo mundo? *InfoMoney*, São Paulo, mar. 2021. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/convidados/fazer-trade-pelo-celular-sera-que-e-bom-para-todo-mundo/>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Indivíduo que contrata serviço de corretagem de valores e títulos mobiliários é considerado consumidor. *Buscador Dizer o Direito*, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9a3f263a5e5f63006098a05cd7491997>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

COSTA, Fernando Nogueira da. *Bolha de ações infladas por pessoas físicas em fuga da renda fixa para renda variável*, jan. 2020. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2020/01/28/bolha-de-acoes-infladas-por-pessoas-fisicas-em-fuga-da-renda-fixa-para-renda-variavel/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

CUTAIT, Beatriz. BDRs poderão ser negociados por qualquer investidor pessoa física a partir desta 5ª feira. *InfoMoney*. São Paulo, out. 2020. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/onde-investir/bdrs-poderao-ser-negociados-por-qualquer-investidor-pessoa-fisica-a-partir-de-5a-feira/>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

CVM. *Notícias*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-divulga-orientacoes-a-intermediarios-sobre-o-tratamento-de-reclamacoes-dos-clientes-4a5e9aec07cb4615944b8cc808ef533e>>. Acesso em: 12 mar. 2021

FAST TRADE. Investidor: ‘pessoa física deu show este ano’, diz presidente da B3. Disponível em: <<https://plataformafasttrade.com.br/noticias/investidor-pessoa-fisica-deu-show-este-ano-diz-presidente-da-b3/>> Acesso em: 03 abr. 2021.

IBOVESPA, *InfoMoney*. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/cotacoes/ibovespa/historico/>>. Acesso em: 06 out. 2020.



LARGHI, Nathália. Participação de pessoas físicas em IPOs neste ano é baixa. *Valor Investe*, São Paulo, set. 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/bolsas-e-indices/noticia/2020/09/18/participacao-de-pessoas-fisicas-em-ipos-neste-ano-e-baixa.ghtml>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LEITE, Vitor. *BDR: o que é e como funciona esse tipo de investimento?* Disponível em: <<https://blog.nubank.com.br/bdr-o-que-e/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/35987-educacao-financeira>>. Acesso em: 05 out. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus*. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#fev2020>>. Acesso em: 06 out.2020.

MOSMANN, Gabriela. Como melhorar a situação da educação financeira no Brasil? *Suno Artigos*, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/educacao-financeira-no-brasil/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

MOURA, Júlia. Competição cria onda de fusões nas corretoras. *A cidade on*, São Paulo, dez. 2020. Disponível em: <<https://www.acidadeon.com/economia/NOT,0,0,1569147,Competicao-cria-onda-de-fusoes-nas-corretoras.aspx>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

PISA, Fernando. Perfil do investidor brasileiro na Bolsa de Valores em 2020. *The Cap – Finanças*. Disponível em: <<https://comoinvestir.thecap.com.br/perfil-do-investidor-brasileiro-bolsa-de-valores-em-2020/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

PRADO, Matheus. O que fazer quando o site da corretora trava na hora de realizar operações? *CNN Brasil Business*, São Paulo, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/15/o-que-fazer-quando-o-site-da-corretora-trava-na-hora-de-realizar-operacoes>> Acesso em: 13 mar. 2021.

SATURNINO, Felipe. B3 atinge 3 milhões de investidores pessoa física, aumento de 80% em relação a 2019. *Seu dinheiro*, out. 2020. Disponível em: <<https://www.seudinheiro.com/2020/bolsa-dolar/b3-atinge-3milhoes-investidores-pessoa-fisica-0210/>>. Acesso em: 06 out. 2020.

VOGLINO, Eduardo. O que é o Período de Lock-up no IPO das Ações. *The Cap*. Disponível em: <<https://comoinvestir.thecap.com.br/o-que-lockup-ipo-aco-es/>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



O ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO SOBRE A DISCREPÂNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUANTO AOS PARÂMETROS TRAÇADOS PELAS CORTES SUPERIORES

Isabela Benevides Monteiro

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – o direito à saúde, embora constitucionalmente esculpido como um direito fundamental de segunda dimensão, se apresenta de forma complexa, abrindo margem para diferentes interpretações quanto à magnitude de sua efetividade. Ainda que o aspecto teológico da legislação pátria seja o de fornecer uma garantia especial à sua concretização, cada vez mais torna-se evidente a incidência de teses orçamentárias que visam mitigar a prestação positiva à saúde por parte da administração pública. A essência do trabalho é abordar os deslindes do direito à saúde, verificar as posições dominantes das Cortes Superiores e a atenção dos Tribunais cariocas aos precedentes vinculados por elas.

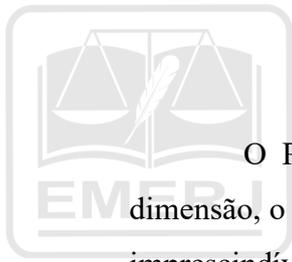
Palavras-Chave – Direito Constitucional. Saúde. Reserva do possível. Sistema Único de Saúde. Medicamentos. Jurisprudência. Cortes Superiores.

Sumário - Introdução. 1. A polarização entre o direito constitucional à saúde e a teoria da reserva do possível como óbice ao fornecimento de medicamentos. 2. A posição das Cortes Superiores quanto às demandas de saúde: como o Poder Judiciário deve agir quando acionado. 3. A insegurança jurídica e a violação ao princípio da isonomia ante as discrepâncias entre decisões judiciais em demandas de saúde no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica, cujo tema norteia o crescente ativismo judicial quanto à materialização do direito à saúde ao hipossuficiente financeiro, busca discutir a discrepância contida nas decisões judiciais de demandas salutaras quando comparadas aos parâmetros traçados pelas Cortes Superiores. Procura-se demonstrar que a inércia do Poder Público contribui para uma judicialização excessiva deste direito social, com o fito de compelir o Estado a fornecer a prestação positiva incumbida a ele, porém, não obstante, encontra óbices em provimentos judiciais conflitantes.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir debater sobre a necessidade de que a primazia pela segurança jurídica e pelo cooperativismo judicial permeie todas as instâncias do Poder Judiciário, com fito de salvaguardar uma igualdade material a todos os seus tutelados, quando necessária a determinação de que o Estado promova adequadamente um direito que é inerente ao indivíduo.



O Poder Constituinte celebra a saúde como um direito fundamental de segunda dimensão, o positivando como um dos atributos indispensáveis à vida digna do cidadão, sendo imprescindível uma gama de ações positivas por parte do Estado (lato sensu) para a sua concretização de forma universal, irrestrita e isonômica a todos os seres humanos, sem discriminação.

No entanto, a latente omissão dos Entes Federados, no tocante à dispensação de medicamentos imperiosos àqueles que não possuem os meios para custeá-los, contribui diretamente para o aumento do ajuizamento de ações judiciais aptas a proporcionar a sua aquisição pelo administrado, com base na inafastabilidade da jurisdição. Em contrapartida, merecem notoriedade as variadas decisões que, consubstanciadas em argumentos orçamentários, limitam a atuação estatal na efetivação de um direito intrinsecamente ligado à vida; ainda que seja outro o posicionamento adotado pelas Cortes de Superposição.

O tema é contravertido tanto na doutrina quanto jurisprudência dos tribunais pátrios, haja vista ser delicada a busca pelo balanceamento entre o direito à saúde e, por conseguinte à vida, em contraposição ao risco de uma oneração excessiva dos cofres públicos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão do direito à saúde em sede constitucional, discutindo-se o conceito doutrinário do que seria a “reserva do possível”, de modo a demonstrar que aquele deve se sopesar sobre este, quando utilizado como argumento para obstar o fornecimento de medicamentos, padronizados ou não, por parte do Estado.

Prossegue-se, no segundo capítulo, explicitando os parâmetros adotados pelas Cortes Superiores, em recentes julgados, quanto à atuação do Poder Judiciário no enfrentamento das excessivas demandas de saúde, cujo enfoque seja a postulação do custeio de medicamentos feita pelo hipossuficiente financeiro. Reafirmando, em sua maior proporção, que a efetivação de um direito fundamental como a saúde não deve ser mitigado em face dos limites orçamentários, mas sim, primordialmente agraciado perante estes.

O terceiro capítulo faz uma análise acerca da consequente insegurança jurídica fomentada por decisões judiciais prolatadas em contrassenso aos critérios perfilhados pelas Cortes Superiores em sede de demandas salutaras, especialmente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Assim, irá se averiguar a ausência de isonomia conferida à diferentes autores de tais ações, pois, em que pese terem preenchidos os requisitos por aquelas estabelecidos, não logram êxito em conseguir a prestação jurisdicional que, muitas vezes, serve como sua última opção.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, a que se pretende eleger hipóteses as quais acredita serem viáveis e adequadas para enfrentar o objeto da pesquisa, com o objetivo de rejeitá-las ou comprová-las.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, tendo em vista que se pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco, qual seja, a legislação correspondente, livros de doutrina, revistas de artigos jurídicos, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

1. A POLARIZAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Após longa maturação histórica, entendem-se como direitos fundamentais as normas jurídicas intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana, correspondentes aos valores básicos e imprescindíveis de proteção normativa privilegiada, haja vista serem necessários para o desenvolvimento do indivíduo e, portanto, inegociáveis no jogo político.

O objeto central deste trabalho de pesquisa estabelece como ponto nodal o segundo grupo integrador do conceito de direitos fundamentais, notoriamente descritos como “direitos sociais”, cuja origem história jaz na crise do Estado Liberal e na consagração do Estado Social de Direito; ocasião em que se deixa de lado a visão abstencionista estatal, priorizando a necessidade de sua intervenção para reduzir as desigualdades socioeconômicas presentes na vida em sociedade.

Nesta paisagem, tem-se o direito à saúde, esculpido como um direito social na ordem constitucional desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, precisamente em seu artigo 10⁰¹, hoje consolidado no artigo 6⁰² e disciplinado pelo artigo 196⁰³, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Encarado como uma norma pragmática, isto é, detentora de baixa efetividade e carente de planos políticos de ação que definam metas e finalidades para a sua concretização, o direito a saúde impõe ao Estado o dever de atuar positivamente na ordem econômica e social,

¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.

³ Ibid.



considerando que a mera consagração no texto constitucional de tal preceito não significa de imediato a sua concretização no mundo real. Neste sentido, Gilmar Mendes⁴ leciona:

Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Bernardo Gonçalves Fernandes⁵, entretanto, entende que a qualificação dos direitos sociais, como a saúde, em normas programáticas por vezes contribui para a sua desproteção diante das omissões estatais, o que não se coaduna com o sistema de direitos fundamentais cuja aplicação seria imediata, segundo o texto constitucional.

Assim, embora imperioso o entendimento acerca de uma responsabilidade Estatal múltipla⁶ na garantia e efetividade deste direito, a necessidade de criação de condições objetivas que visem a sua materialização é facilmente olvidada pelo legislador e pelo poder público; os quais, muitas vezes, emanam a construção doutrinária chamada “cláusula da reserva do possível” como limite para a sua implementação.

Tem-se que o objetivo da referida cláusula seria o de regulamentar a restrição dos recursos disponíveis para o cumprimento dos direitos sociais, haja vista estar-se diante de necessidades impossíveis a serem supridas, pois opostas à disponibilidade financeira dos cofres públicos; cabendo à Administração Pública a conveniência e oportunidade de realizar os atos físicos de administração, dentre eles a efetivação dos direitos de segunda dimensão.

A priori, não se busca aqui a desconsideração da escassez de recursos públicos que assola o cenário socioeconômico brasileiro, tampouco o apelo ilusório à possibilidade de que o Estado forneça e consagre todos os direitos individuais e sociais existentes, considerando que tamanhas prestações positivas são dependentes de recursos limitados à esfera da discricionariedade das políticas públicas e das previsões orçamentárias.

No entanto, é cediço que um dos mais importantes desafios aos modernos sistemas de saúde é a alocação de recursos, pois, na realidade, milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência destes, mas por sua má distribuição.

⁴ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142.

⁵ FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 890.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.178 (Tema 793)*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 10 out. 2020.



Deste modo, não há falta de numerário, mas sim de adoção de uma política que priorize o cumprimento de metas do superávit – o qual contribui para o aumento da dívida social, o sucateio do patrimônio público e a redução drástica dos recursos de programas e serviços essenciais – e o investimento do dinheiro contingenciado do Orçamento da União para o pagamento de juros das dívidas, pois é a população quem sofre diretamente com a falta de recursos em áreas essenciais, como educação, saúde, segurança pública e habitação.

De igual modo, Fernandes⁷ reconhece que a “reserva do possível” nada mais é do que um argumento falacioso, visto que, se os recursos são incontroversamente reconhecidos como insuficientes, deveriam ser retirados de áreas menos importantes do ponto de vista do interesse público, como é o caso de transporte, fomento, entre outros, para aplicá-los em áreas imprescindíveis de atuação estatal, como a saúde, a vida e a integridade física.

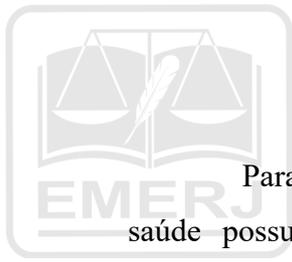
Para tanto, vislumbra-se a oportunidade de se provocar o Estado-Juiz para que este possa, através de uma atuação ativa e destemida, atender efetivamente aos comandos constitucionais – sendo necessário, neste caso, um processo de ponderação a ser instrumentalizado pela proporcionalidade no âmbito do Poder Judiciário, uma vez presente o conflito entre um direito subjetivo *prima facie*, ou seja, à luz do caso concreto, e outro direito, como o da reserva orçamentária. Ressaltando-se, entretanto, que a solução de tal conflito deva ocorrer por meio de uma leitura cuidadosa da sociedade e seu histórico jurídico.

Neste diapasão, Fernandes⁸ explicita a dinâmica de aplicação do direito à luz da integridade pelo uso de uma metáfora, denominada como “romance em cadeia”. Para ele, o magistrado, ao qual é incumbido o papel de resolução dos conflitos, deve assumir o posto de romancista na confecção de um capítulo para uma obra que é coletiva. Ou seja, a decisão judicial proferida deve ter ligação com o passado e, da mesma forma, permitir uma abertura para o futuro, de maneira que a sua leitura dos fatos alcance o mais acertado direito para determinado caso concreto.

Logo, a partir do contexto social em que a saúde se encontra inserida, aproxima-se da ideia de que a Administração Pública deva, sim, dispor de todos os meios necessários para preservar o seu acesso, em razão do mandamento constitucional que versa sobre o fornecimento de assistência integral e universal a todos, detido por uma coletividade que possui a prerrogativa de levar uma vida digna.

⁷ KRELL apud FERNANDES, op. cit., p. 895.

⁸ DWORKIN apud FERNANDES, op. cit., p. 208.



Para melhor entendimento, o Ministro Celso de Mello⁹, ao reconhecer que o direito a saúde possui aplicabilidade imediata à luz constitucional, tornou claro que o caráter programático do direito à saúde possui por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, de maneira que não pode aquele se tornar uma promessa constitucional inconsequente, sob pena da frustração de justas expectativas depositadas pela coletividade quanto ao cumprimento de seu impostergável dever.

2. A POSIÇÃO DAS CORTES SUPERIORES QUANTO ÀS DEMANDAS DE SAÚDE: COMO O PODER JUDICIÁRIO DEVE AGIR QUANDO ACIONADO

A partir da ótica de que discorrer sobre o direito à saúde significa, direta e indiscutivelmente, debater sobre o direito à vida, é notório o nascimento de uma temática que é constantemente condicionada ao entendimento das Cortes Superiores, seja pelo exame de ações civis públicas, incidentes de resolução de demandas repetitivas, teses de repercussão geral, entre outros instrumentos.

Extrai-se, igualmente, das extensas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as mais variadas questões acerca da consagração deste direito social que foram levadas aos seus olhares, como, a título de exemplo, 1) a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos por parte do Estado; 2) a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamentos à pessoa desprovida de recursos financeiros; 3) o fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS; 4) o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de alto custo.

Bernardes¹⁰ suscita que o maior embate em saber se há um direito subjetivo ao recebimento de medicamentos por parte do Estado primeiro se desemboca em meados da década de 1990, visto a quantidade do ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário postulando o recebimento de insumos por parte do poder público, especialmente no caso de pacientes diagnosticados com AIDS, câncer, cirrose, doenças autoimunes, doenças renais, entre outras.

Em tal esteira, é certo que o Supremo Tribunal Federal, desde então, assume um papel favorável em prol do deferimento contextualizado das pretensões medicamentosas, seja por

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 271.286-AgR*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20271.286-AgR,&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁰ FERNANDES, op. cit., p. 920.



evidenciar a responsabilidade solidária dos entes da Federação para com o direito fundamental à saúde (tema 793)¹¹, como por assegurar o bloqueio de verbas públicas necessárias à garantia e consagração deste direito fundamental de segunda dimensão (tema 289)¹², ou ainda, por viabilizar a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, de forma a compeli-lo ao cumprimento da obrigação positiva que é a prestação ao direito à saúde (tema 98)¹³.

Por sua vez, no que tange à responsabilidade estatal quanto a dispensação de medicamentos não disponíveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Superior Tribunal de Justiça dirimiu a controvérsia ao consignar que seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente cunhado para a garantia de direitos fundamentais, pudesse ser utilizado por parte do poder público como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

Em seu tema de n. 106¹⁴, foram definidos três critérios e requisitos necessários para o deferimento de demandas fora do escopo do SUS, a serem respeitadas pelos demais Tribunais brasileiros, com atenção à modulação dos efeitos da decisão para processos distribuídos a partir de 4 de maio de 2018:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e a iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Salienta-se que a redação do item de nº 3 foi alvo de modificação após o provimento de embargos de declaração opostos, providos para conferir a possibilidade excepcional de exigência da disponibilização de medicamento para uso *off-label* pelo paciente. Isto é, o uso fora da indicação pela bula, desde que este tenha sido autorizado pela ANVISA, superando, assim, o antigo entendimento que impossibilitava totalmente a exigência de medicamento para uso *off-label* em face do poder público.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 607.582*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<https://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>>. Acesso em: 12 mar. 2020

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.474.665*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 12 mar. 2020

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.657.156*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 13 mar. 2020



Tremenda iniciativa acabou por desencadear no Supremo Tribunal Federal o julgamento sobre a possibilidade do custeio ou fornecimento de medicamentos que não se encontram registrados pela ANVISA, a serem cobrados dos Entes Federados. Considerando se tratar de agência responsável pela vigilância sanitária de medicamentos, cuja criação se deu pela Lei nº 9.782/99¹⁵, o entendimento proferido regrou a impossibilidade da dispensação de medicamento sem o respectivo registro.

No entanto, tornou possível a sua exigência excepcionalmente em caso de mora irrazoável, qual seja aquela superior a 120 dias em carga prioritária ou 365 dias em carga ordinária¹⁶, por parte da ANVISA na apreciação do registro do medicamento, desde que preenchidos os requisitos cumulativos:

- i) A existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrararas; ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e a iii) inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Por outro lado, igualmente afetado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, julgou-se impossível a exigência do tratamento de alto custo por parte do poder público; ainda em discussão, entretanto, quanto à excepcionalidade em caso da imprescindibilidade de seu uso¹⁷. O Ministro Marco Aurélio, ao citar Roberto Nobbio em seu voto, volta sua atenção ao grande problema de nosso tempo em relação aos direitos humanos, não sendo o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los.

Enfatizou-se o envolvimento de direito implícito, pré-constitucional e pré-estatal, inerente à condição humana digna e fundamentado na realidade, de maneira que a essencialidade de certos medicamentos, quando necessários ao exercício pleno do direito à saúde, deve ser sobreposta às reservas orçamentárias; independentemente do alto custo dos remédios ou da ausência de sua previsão em listas elaboradas no âmbito da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.411*, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566.471*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>. Acesso em: 14 mar. 2020



Já o Ministro Luiz Roberto Barroso, em seu voto, sustenta a clara necessidade do Estado em salvaguardar o direito à saúde, desde que consciente da impossibilidade de se impor à administração pública o custeio de todo e qualquer medicamento ou tratamento.

Vislumbra-se, assim, uma temática sensível, porém, em sua maior parte, dotada de parâmetros vinculantes pré-estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça favoráveis às demandas salutaras, cabendo aos tribunais de piso a sua aplicação, de maneira a evitar decisões conflitantes às Cortes de Superposição; com a consequente análise casuística de casos concretos permeados por relações jurídicas ainda ausentes de precedentes jurídicos sólidos, sob a luz dos preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. A INSEGURANÇA JURÍDICA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ANTE AS DISCREPÂNCIAS ENTRE DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS DE SAÚDE NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Em que pese o direito à saúde ser um corolário do direito à vida e, portanto, repetidamente discutido em sede de formação de parâmetros jurisdicionais pelas Cortes Superiores, vislumbra-se, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, notória discrepância quanto a atuação dos juízos federal e estadual no que tange à aplicação dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em questões salutaras.

Apesar da ampla e solidificada jurisprudência de que a saúde deve ser prestada de forma integral, mesmo que às expensas da Administração Pública e especialmente nos casos em que esta perpetue a se beneficiar da inércia na implementação de políticas públicas eficazes para assegurar o previsto na Carta Maior, a Justiça Federal do Rio de Janeiro possui flagrante descompasso, explicitado pela prolação de decisões monumentalmente contrárias às posições dominantes entre as Cortes.

Conforme exposto em capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal, no debate de Tema nº 106¹⁸, tornou clara a possibilidade de se pleitear do Estado (*lato sensu*) a dispensação de medicamento para uso *off-label*, isto é, fora de previsão específica na bula; de maneira que a ausência de tal previsibilidade não deve ser motivo para negativa de cobertura do tratamento, desde que comprovada a sua imprescindibilidade ao paciente por laudo médico de quem acompanhe o caso clínico, a ineficácia diante dos insumos disponibilizados pelo SUS, a

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.



incapacidade financeira para o custeio do medicamento e o registro do respectivo fármaco na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Não obstante, a 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro indeferiu o pedido de tutela provisória realizado por paciente acometido por doença grave e rara, cujo objeto seria a dispensação de medicamento específico para uso *off-label*, indicado pelo profissional de saúde que o assiste, como forma latente para o controle de enfermidade nova e surpreendente, com notas de sucesso em estudos clínicos pediátricos fora do Brasil.

A decisão¹⁹, apesar de mencionar o paradigma vinculante traçado pelo Supremo Tribunal Federal, o afasta deliberadamente, sob o argumento de que o uso do medicamento pelo paciente não seria indicado pela bula – acabando por desconsiderar, de forma descompensada, o próprio significado de uso *off-label*.

Tal provimento judicial²⁰ foi, eventualmente, revertido em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mediante o provimento recursal da tutela provisória requerida pelo paciente. No entanto, o pleito, em sua análise de mérito final, fora julgado improcedente pelos mesmos fundamentos da decisão que negou a concessão de tutela provisória, restando o paciente, novamente, sem acesso ao medicamento que necessita.

Em outro julgado²¹, realizado pelo 01º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro, tem-se a insurgência do mesmo vício, uma vez não só ausente a aplicação do entendimento das Cortes Superiores, como distante o emprego dos preceitos constitucionais no escopo social, mediante o indeferimento de tutela provisória em demanda de saúde sob justificativa genérica de suposta “impossibilidade de obrigar pessoas públicas ou privadas a agir quando a lei não as compele a isto”.

Tamanha falha judiciária fora produzida em um processo cuja intenção seria o custeio de medicamentos para paciente portadora de Esclerose Concêntrica de Baló – ECB, em que a falta do fármaco, consoante laudo médico, acarretaria défices neurológicos progressivos, ultimando em convulsões e, possivelmente, a morte da demandante. Nota-se, entretanto, que o objeto da ação de medicamentos não detinha deslindamentos sensíveis como aqueles narrados no capítulo anterior; mas tão somente a ausência de sua disponibilização pelo SUS, que poderia ser revertida pelo custeio direto por qualquer um dos Entes Federativos.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum n° 505055 0-12.2018.4.02.5101/RJ*. Juiz Fernando Caldas Bivar Neto. Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica>. Acesso em: 2 abr. 2021.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 01º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum n° 0181001-31.2016.4.02.5151*. Juíza Priscilla Mendonça Wagner. Disponível em: <https://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 2 abr. 2021.

Desta feita, as decisões colecionadas acima conseguem exprimir uma certa morosidade dos juízos federais na prolação de decisões cognitivas, tanto sumárias quanto exaurientes, cujo pretexto jaz no não reconhecimento de laudos clínicos por médicos que acompanham o paciente-demandante, até mesmo quando o profissional se encontra vinculado ao Sistema Único de Saúde, como documentos hábeis ao deferimento de pleito medicamentoso; acabando por retardar significativa parcela de processos com a exigência de perícia médica²², que muitas vezes é feita por médico de especialidade divergente àquela do caso concreto, não obstante a presença de instrução documental completa da lide.

Em outro modo de atuação, encontra-se a Justiça Estadual do Rio de Janeiro que, desde o ano de 2015²³, busca implementar estrutura própria para o atendimento dos casos de saúde que ingressam no Poder Judiciário, seja em virtude da exponencial judicialização de tais demandas, assim como em razão da sensibilidade temporal que uma ação de obrigação de fazer ou dar envolvendo a dispensação de fármacos ou tratamento médico possui; haja vista a alta probabilidade de óbito das partes caso a resposta não seja fornecida em tempo ágil.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou, em agosto de 2017, o aviso conjunto de nº 12/2017²⁴, com a finalidade de comunicar a adoção de enunciados aprovados em reunião presidida pelos juízes de direito da Turma Recursal Fazendária, de forma a consolidá-los como a jurisprudência predominante acerca de diversos temas, com enfoque em matéria de saúde pública.

Considera-se um marco a ser celebrado, ante a organização do procedimento a ser adotado pelos respectivos juízos que abarcam o Tribunal assim que uma demanda de saúde é ajuizada na esfera estadual, cuja aplicabilidade imediata não só se faz presente, como dirimiu de modo significativo a tardança dos processos judiciais que versam sobre o direito à saúde.

Em seus enunciados de nº 2 e nº 3²⁵, a disposição é contundente ao estabelecer que em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo, padronizado ou não pelo Sistema Único de Saúde, mediante laudo que ateste à sua necessidade e a ineficiência daqueles padronizados, pode o juiz deferir de plano a tutela antecipada fundada na urgência em face de qualquer ente público, já que solidários.

²² CARVALHO, Ana Maria Coelho. *Perícia médica nos juizados especiais federais: análise crítica e novas proposições*. Disponível em: <[http:// https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federais-analise-critica-e-novas-proposicoes/](http://https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federais-analise-critica-e-novas-proposicoes/)>. Acesso em: 3 abr. 2021.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça*. Disponível em: <[http:// www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/ 5111210/ 5179723](http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5179723)>. Acesso em: 3 abr. 2021.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Aviso Conjunto TJ/COES n. 12/2017*. Disponível em: <http://tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-12-2017.pdf>. > Acesso em: 3 abr. 2021.

²⁵ Ibid.



Com efeito, extrai-se constante harmonia entre a atividade do Poder Judiciário estadual carioca e o entendimento jurisprudencial dominante entre as Cortes Superiores, eis que evidente o fornecimento de uma atuação real do que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça debateram e traçaram parâmetros a serem adotados. Dificilmente encontrando-se, portanto, espaço para a utilização de obstáculos superficiais, reveladores de manipulações indevidas da atividade financeira e político-administrativa, sob pena de exonerar o Estado (*lato sensu*) da prática de imediata efetivação dos comandos sedimentados pelo texto constitucional.

Observa-se, com isso, a inexistência da cooperação judiciária esculpida pelo artigo 67^{o26} do Código de Processo Civil, em virtude da falta de uniformização do juízo federal perante entendimento dominante e, por conseguinte, da latente ausência de segurança jurídica e de formalização do princípio da isonomia material, visto a prolação de decisões conflitantes em respeito à matéria de saúde pública; permitindo-se, assim, que o sucesso do hipossuficiente sofredor de mazelas esteja atrelado a qual Tribunal carioca ele ajuizará sua ação.

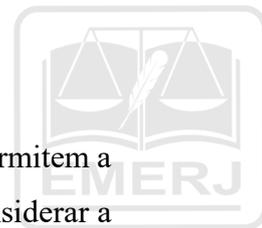
CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática principal, a primordial necessidade de se garantir o direito à saúde, espeque aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, por meio de políticas públicas ou, na ausência destas, mediante atuação inafastável do Poder Judiciário, especialmente àqueles que não possuem os meios básicos ao seu custeio, conforme assevera o entendimento consolidado pelas Cortes de Superposição.

Consignou-se que a efetivação do direito social debatido deve ser realizada de forma integral, compreendendo medicamentos que não estejam incluídos na lista de dispensação pelo Sistema Único de Saúde, como também aqueles indicados para uso *off-label*, ou até mesmo medicamentos de alto custo, desde que comprovada a sua imprescindibilidade.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, chegou-se à conclusão de que, apesar da vinculação almejada pelo sistema de precedentes adotado pela legislação pátria, reiteradas decisões judiciais prolatadas pelo juízo federal carioca teimam em desacompanhar a jurisprudência dominante sobre demandas salutaras; ensejando na falta de tratamento isonômico perante aqueles que ajuízam ações em sua competência, quando comparados àqueles que se debruçam no juízo estadual fluminense.

²⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.



Na prática, grande parte das decisões produzidas dentro do escopo federal permitem a manutenção de teses orçamentárias vazias, desprovidas de técnica científica, sem considerar a natureza sensível do direito sopesado pelo outro lado da relação, chocando-se com a visão teológica da lei no que tange à proteção máxima dada aos direitos fundamentais.

A legislação é igualmente clara ao sedimentar que a atuação do Poder Judiciário deve ocorrer de forma uníssona, capaz de atender à exigência de um cooperativismo judicial que pretende afastar a procedência de decisões conflituosas, eivadas de disparidade entre diferentes partes sobre um mesmo direito, sob pena de fomentar a insegurança jurídica.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o caminho jurídico a ser priorizado é aquele que corre em direção à uma sociedade mais harmônica, justa e, sobretudo, igualitária. Lugar este que deve repelir a produção de decisões judiciais desatentas ao histórico social no qual a população é inserida, eis que carregado de latentes desigualdades que são constantemente estimuladas pela ausência da prestação positiva apta à concretização de direitos sociais por parte do administrador público.

Se por um lado tem-se a premissa de que a Justiça Federal não fora esculpida para abarcar grandes concentrações de demandas que visam tutelar o direito à saúde, ante à sua fina competência, por outro é certo que seus operadores da lei não devem se olvidar da ampla concentração de hospitais públicos federais presentes no Estado do Rio de Janeiro, os quais atraem para si a cura de mazelas profundas, muitas vezes envolvendo tratamentos de alto custo às expensas de pessoas financeiramente hipossuficientes.

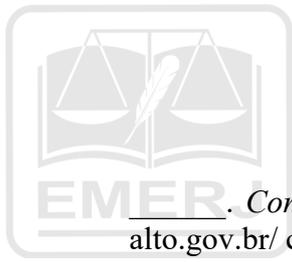
Com isso, a atuação judiciária atrai para si imperiosa relevância, por significar, em mais ocasiões do que se espera, o nobre instrumento para a materialização dos preceitos constitucionais; devendo, portanto, ser o meio necessário à garantia ao direito a saúde e não o seu óbice, visto que, sem ela, a tangibilidade de uma vida digna simplesmente não existe.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. *Lei 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.411*, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.474.665*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271474665%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271474665%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 12 mar. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.657.156*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 13 mar. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 271.286-AgR*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20271.286-AgR,&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566.471*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 607.582*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<https://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.178 (Tema 793)*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Aviso Conjunto TJ/COJES 12/2017*. Disponível em: <http://tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-12-2017.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5179723>>. Acesso em: 3 abr. 2021.



_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 01º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum nº 0181001-31.2016.4.02.5151*. Juíza Priscilla Mendonça Wagner. Disponível em: < https://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro. *Rito comum nº 505055 0-12.2018.4.02.5101/RJ*. Juiz Fernando Caldas Bivar Neto. Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/extern_o_controlador.php?acao=processo_consulta_publica>. Acesso em: 2 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Ana Maria Coelho. *Perícia médica nos juizados especiais federais: análise crítica e novas proposições*. Disponível em: <[http:// https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federais-analise-critica-e-novas-proposicoes/](http://https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/pericia-medica-nos-juizados-especiais-federais-analise-critica-e-novas-proposicoes/)>. Acesso em: 3 abr. 2021.

DANIELLI, Ronei. *A Judicialização da Saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar do bem coletivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



AS CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO MATERNO PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA

Isabela Henriques Pessanha

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o direito da criança e do adolescente é permeado pelos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta, do melhor interesse e da convivência familiar. Por meio do encarceramento materno, tais princípios e objetivos tornam-se ineficazes diante das condições desumanas e impróprias do sistema penitenciário brasileiro. A essência do trabalho, portanto, é incentivar a implementação de políticas públicas e medidas alternativas para a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana em prol da primeira infância encarcerada.

Palavras-chave – Direito da criança. Direitos Humanos. Encarceramento materno. Primeira infância no cárcere. Dignidade da pessoa humana.

Sumário – Introdução. 1. A violação dos direitos e garantias da primeira infância em contraposição com o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. A decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 143.641 e a ausência de soluções para outros casos que não envolvam a prisão preventiva. 3. A implementação de políticas públicas para o desenvolvimento das crianças encarceradas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a realidade carcerária brasileira, que é extremamente alarmante. Além da superlotação nos presídios, as condições desumanas, inóspitas e de forte vulnerabilidade e precariedade são estarrecedoras, assim como a desigualdade social que é muito latente e perceptível. Considerando tal perspectiva, é inegável a existência de histórias de vida muito distintas e peculiares no ambiente penitenciário. Contudo, o cenário envolvendo crianças nascidas no cárcere, vítimas do encarceramento materno, é excessivamente injusto e exige uma atenção minuciosa.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias, jurisprudenciais e estudos científicos a respeito do tema de modo a discutir de que forma a dignidade da pessoa humana é violada no âmbito do sistema penitenciário, tendo em vista que as crianças já nascem com seus direitos e garantias fundamentais sendo desrespeitados e desonrados.

O tema é bastante polêmico e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a discussão envolvendo a primeira infância, justamente por conta das consequências jurídicas, sociais e psicológicas que o encarceramento materno é capaz de provocar. A partir disso, é imprescindível perquirir todos os reflexos negativos gerados pelo sistema de encarceramento e



buscar possíveis medidas e soluções capazes de nortear e possibilitar o crescimento e a evolução dos recém-nascidos de uma forma mais humana e honrada, de forma a preconizar o mínimo existencial para uma vivência digna e um tratamento de absoluta prioridade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando os inúmeros direitos que são violados no ambiente do cárcere na primeira infância, em contraponto com todas as garantias asseguradas na Constituição Federal Brasileira, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei do Marco da Primeira Infância, que enaltecem uma assistência integral e uma vida digna desde o nascimento da criança.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, a decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 143.641, que traz uma resposta aos casos envolvendo mulheres submetidas à prisão cautelar, isto é, existe a possibilidade do cumprimento domiciliar da pena para aquelas que ostentam a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade. Porém, não temos a mesma solução para outros casos que não envolvam a prisão preventiva, o que ocasiona, como consequência, o nascimento e desenvolvimento de diversas crianças no ambiente carcerário, o que é totalmente desumano e inadequado.

Por fim, o terceiro capítulo discute a possibilidade e a implementação de políticas públicas que sejam eficientes, capazes de modificar e superar as dificuldades enfrentadas no cárcere, de modo a tornar a vida das crianças mais justa e íntegra, visando a consagração do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil. Sendo assim, fica claro que a principal preocupação do artigo é o fomento e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais para a modificação do presente contexto vivenciado pela primeira infância no cárcere.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger proposições e considerações hipotéticas. Além disso, o artigo terá uma análise qualitativa, ou seja, a abordagem terá como tendência máxima o estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo a respeito do encarceramento materno e as suas consequências para a primeira infância, com o intuito primordial de proporcionar ao leitor a real condição das penitenciárias femininas e a busca por medidas efetivas que atendam as necessidades das crianças no cárcere.

Ademais, pretende-se a pesquisa de maneira quantitativa, de modo a apurar resultados e índices numéricos a respeito do número de crianças que nascem e permanecem no ambiente carcerário e as condições disponibilizadas para o crescimento de cada uma delas. Dessa forma, é possível enfrentar e pensar em ideias viáveis e capazes de modificar o atual cenário do encarceramento materno.



1. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DA PRIMEIRA INFÂNCIA EM CONTRAPOSIÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

É imperioso citar que a realidade carcerária brasileira é extremamente alarmante, pois, considerando o número absoluto de presos¹, o Brasil ocupa a terceira posição no ranking mundial, atrás apenas da China e Estados Unidos. Parte dessa população carcerária, é constituída por um grupo de elevada vulnerabilidade e fragilidade: as crianças nascidas no cárcere.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é a grande responsável por preconizar valores e preceitos humanistas, sociais, igualitários, fraternais e protetivos no compromisso com a formação e desenvolvimento das crianças, tendo em vista o prestígio e a importância dada a cada uma delas no artigo 227² que consagra:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por meio de tal dispositivo surgem inúmeras perguntas que permeiam o presente trabalho científico, tais como: As crianças são realmente tratadas com absoluta prioridade no ambiente carcerário? Os seus direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente e legalmente, são verdadeiramente assegurados? É possível defender a presença de um mínimo existencial no âmbito das penitenciárias para a primeira infância?

A partir das indagações elencadas, é necessário vislumbrar por meio de uma análise crítica, as condições do sistema penitenciário brasileiro. Pode-se afirmar que o ambiente carcerário é considerado como um local de condições inumanas de vida, no qual as vítimas do cárcere se tornam muitas vezes seres invisíveis. Sendo assim, as inúmeras violações aos direitos fundamentais precisam ser observadas com atenção, tendo em vista que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana,

¹ G1. *Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes*; taxa coloca país na 26ª posição do mundo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 02 set. 2020.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

corolário de uma sociedade justa, igualitária, humana e enraizada nos valores de um Estado Democrático de Direito.

Ingo Sarlet³ ensina que a dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Ana Paula de Barcellos⁴ afirma que a sociedade não pode ser incapaz de reconhecer quando as pessoas se encontram em condições indignas, isto é, se não houver consenso a respeito de um conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral, pois, caso não seja possível observar situações de indignidade, não se poderá conhecer mais a noção da própria dignidade.

Consequentemente, a concepção de um mínimo existencial começou a ganhar impulso, assim como a noção do seu conteúdo que engloba o direito à saúde, educação, moradia, alimentação e assistência. Para Ricardo Lobo Torres⁵, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade”.

Para Ana Paula de Barcellos⁶ abordar a temática do mínimo existencial é conceituá-los como sendo:

O conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

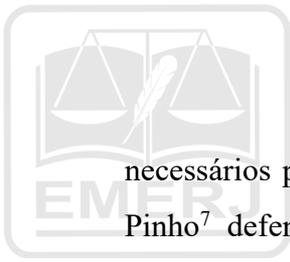
Destarte, é possível sustentar que os direitos fundamentais fazem parte desse conjunto que constitui o mínimo existencial. Por conseguinte, são indispensáveis à evolução das crianças,

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011, p. 246-247.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 246-247.



necessários para assegurar uma existência digna, livre, igual e justa. Rodrigo César Rebello Pinho⁷ defende que “não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes”.

Portanto, tratar do direito ao mínimo existencial é abordar o fato de que o Estado deve ter respeito e consideração pela vida das crianças, atuando para a concretização da dignidade da pessoa humana, principalmente da primeira infância, já que dependem de uma intervenção estatal para alcançarem os seus direitos fundamentais e, assim, crescerem da melhor maneira possível, com proteção integral e especial, a fim de lhes facultar o desenvolvimento mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁸

Alicerçado aos conceitos acima mencionados, é exequível suscitar que os presídios, desde a sua concepção e criação, são mecanismos de controle, incapazes de fomentar o desenvolvimento da primeira infância. O cárcere é um ambiente que pode ser caracterizado pela falta de limpeza e higiene, iluminação, precariedade escolar e alimentar, falta de lazer e atendimento médico. Dessa forma, constata-se que ocorrem graves violações aos direitos humanos, com a justificativa de proporcionar a segurança pública de parte da população.

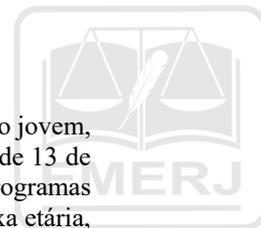
Sabe-se da existência da prisão domiciliar, porém, em situações em que tal alternativa não é possível, é importante destacar que, mesmo diante da possibilidade do crescimento das crianças no cárcere e suas dificuldades e repercussões, ponderar o desenvolvimento de cada uma delas longe de suas mães, regularmente, é extremamente complicado, pois a não permanência do filho com a sua genitora também é capaz de gerar inúmeros problemas para a saúde mental de ambos diante da possibilidade de um rompimento do vínculo familiar. É uma situação muito delicada e que exige minuciosa atenção, visto que o encarceramento das crianças não supre as necessidades físicas, emocionais, sociais e psicológicas, pelo contrário, obstaculiza tal desenvolvimento.

Vale ressaltar que, é possível perceber que as instruções descritas no ordenamento jurídico brasileiro não são efetivadas por meio de políticas públicas capazes de estabelecer condições saudáveis, benéficas e propícias para o enaltecimento e reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O art. 3º da Lei nº 13.257, a Lei do Marco da Primeira Infância⁹, dispõe que:

⁷ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁹ 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>. Acesso em: 30 ago. 2020.



A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

Todavia, apesar da previsão e da necessidade de incentivos e de atividades desenvolvidas pelo Estado para garantir direitos fundamentais, são poucas as penitenciárias em que há um berçário ou creche para o cuidado das crianças, por exemplo. É muito raro encontrar locais adequados e com condições salubres no cárcere, conforme ordena a legislação, prejudicando, desse modo, a vida das crianças que já nascem impedidas de conviver na sociedade de forma livre.

Diante da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais, pode-se perceber que o ambiente carcerário não é habilitado para garantir o mínimo existencial para a primeira infância. Assim, é razoável reformular e reestruturar o sistema penitenciário brasileiro com o intuito de socializa-lo e democratiza-lo em prol de um crescimento benéfico, íntegro, justo e honrado para as crianças, no sentido de viabilizar um desenvolvimento pautado em condições dignas, mesmo que no cárcere. Além disso, questionar a forma como é regida a prisão domiciliar no Brasil e a falta de outras alternativas para as mães encarceradas e seus filhos é outra matéria que exige transformação em detrimento da primeira infância e da importância de protegê-la e defendê-la.

2. A DECISÃO DO STF NO *HABEAS CORPUS* Nº 143.641 E A AUSÊNCIA DE SOLUÇÕES PARA OUTROS CASOS QUE NÃO ENVOLVAM A PRISÃO PREVENTIVA

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641¹⁰, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Segunda Turma decidiu, em 2018, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de mulheres presas, gestantes ou mães de crianças de até doze anos ou de pessoas com deficiência. Constatou-se que há, de fato, uma exagerada imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, além de uma falha estrutural alarmante e crescente no sistema prisional, o que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, estejam experimentando uma situação degradante e desumana, em

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 143.641/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.



flagrante contrariedade a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, ferindo frontalmente a garantia do mínimo existencial.

Vale dizer que isso ocorre também pela inércia dos poderes, órgãos, entidades e autoridades públicas que não manifestam interesse e nem vontade de lograr uma superação nesse cenário tão preocupante, falhando no que diz respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando e comprometendo o desenvolvimento físico e psicológico de cada uma delas.

Ainda em sede de julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641¹¹, foram levantados dados acerca da infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais e verificou-se que há um descumprimento sistemático de normas referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por conta disso, o ministro relator, Ricardo Lewandowski, partiu para uma perspectiva de defesa dos direitos das mulheres presas e de seus filhos, que sofrem de forma injusta as consequências da prisão, tendo em vista que o art. 5º, inciso XLV, da CRFB/88 consagra que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”¹², ou seja, no casos das crianças encarceradas ou que nascem na prisão, a privação de liberdade é estendida à elas sem que tenham cometido qualquer tipo de crime, não restando dúvidas de que, como consequência, o encarceramento materno gera prejuízos irreparáveis na vida de cada uma.

É importante mencionar que a Lei nº 13.257/2016¹³, do Marco da Primeira Infância, trouxe implicações de grande relevância para este panorama, tendo como uma das suas maiores inovações a modificação do art. 318 do Código de Processo Penal¹⁴ ao prever expressamente que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante e mulher com filho de até doze anos de idade. Além disso, o mesmo diploma legal preconiza em seu art. 7º que a criança tem direito a proteção à vida e à saúde por meio de políticas sociais públicas que possibilitem o crescimento sadio e em condições dignas de existência.

Sob tal perspectiva, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641¹⁵ conjecturou parâmetros que devem ser observados para que haja a implementação da inovação trazida para o Código de Processo Penal em detrimento da prisão preventiva. É preciso dizer que, as autoras e as *amicus curiae* do *Habeas Corpus* nº 143.64¹⁶ defendem que o magistrado deverá substituir a prisão preventiva em domiciliar, isto é, não haveria outra possibilidade para o juiz, de modo

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴ 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>. Acesso em: 13 mar. 2021.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.



a evitar possíveis discricionariedades. Por outro lado, para a Procuradoria-Geral da República, o magistrado deve analisar cada caso à luz de suas especificidades para conceder a substituição, ou seja, de modo individualizado e atentando para o melhor interesse da criança, princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, que determina a primazia das necessidades das crianças como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de normas futuras.¹⁷

Para o ministro relator Ricardo Lewandowski, é possível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, contudo, deve-se lembrar do art. 319 do Código de Processo Penal¹⁸ que institui medidas alternativas concomitantes para as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes. Dessa forma, o entendimento do *Habeas Corpus* expõe que quando a gestante ou a mãe de criança até doze anos não se enquadrar nas exceções indicadas no art. 318-A do diploma processual penal¹⁹, automaticamente, a prisão preventiva se converterá em prisão domiciliar.

Sendo assim, fica claro perceber que tal decisão quis tutelar o desenvolvimento da criança em prol dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse, tendo em vista que estabelecem primazia em favor dos menores em todas as esferas de interesses, seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. Isso porque, o interesse infanto-juvenil deve sempre preponderar, inclusive no sistema carcerário brasileiro, que é permeado por intensa precariedade, sendo totalmente prejudicial ao crescimento e a formação das crianças.²⁰

Todavia, é impossível não perceber e assim questionar a ausência de soluções para outros casos que não envolvam a prisão cautelar. Além da extrema urgência e necessidade de criar novas formas e alternativas para viabilizar e efetivar a aplicação dos princípios e regras constitucionais, convencionais e legais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente²¹, bem como a Constituição Federal²², preveem que a responsabilidade pelas crianças é solidária, ou seja, a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de concretizar e tutelar a promoção dos seus direitos de modo primordial. Consta citar ainda que, o direito à convivência familiar também é de vital importância para a evolução física e psíquica do menor, portanto, toda criança tem direito a ser criada e educada no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada

¹⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁹ Ibid.

²⁰ MACIEL, op. cit., p. 20.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

²² BRASIL, op. cit., nota 2.



a convivência familiar e comunitária. Tarcísio José Martins Costa²³ explicita que o direito à convivência familiar é uma necessidade vital da criança e, por conta disso, deve ser visualizado no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida.

Ao lado disso, o princípio da proteção integral da criança posiciona o menor no ordenamento jurídico como um sujeito de direitos, em condição especial de desenvolvimento. Ou seja, a criança não é enxergada apenas quando está em situação irregular, ela é vista como uma pessoa que carece de atenção, amparo, cuidado e assistência. Guilherme de Souza Nucci²⁴ expressa que:

Além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela *completa e indisponível* tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento (...). Possuem as crianças e adolescentes uma *hiperdignificação* da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regrear ou limitar o gozo de bens e direitos. Essa *maximização* da proteção precisa ser eficaz, vale dizer, consolidada na realidade da vida – e não somente prevista em dispositivos abstratos. Assim não sendo, deixa-se de visualizar a *proteção integral* para se constatar uma proteção parcial, como outra qualquer, desrespeitando-se o princípio ora comentando e, acima de tudo, a Constituição e a lei ordinária.

Por meio do encarceramento materno atual, a eficácia de todos esses princípios elencados ao longo do artigo e dos dispositivos constitucionais e infra legais torna-se impraticável e inexecutável. Uma vez que, quando há o aprisionamento da mãe e da criança, todos os deveres inerentes a proteção das garantias dos seus direitos são transgredidos por conta das condições desagradáveis e inóspitas do cárcere. Realmente, é uma situação extremamente complicada e delicada, tendo em vista que se a criança não for encarcerada juntamente com a sua genitora ficará sem o convívio familiar, um direito que também é consagrado no texto constitucional. Sendo assim, há prejuízos catastróficos de ambos os lados e o que é preciso conquistar é uma razoabilidade entre essas duas vias em prol do melhor interesse da criança.

Ao analisar as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras²⁵, mais conhecidas como Regras de Bangkok, é imperioso incentivar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres. Vislumbrando tal disposição, percebe-se que a

²³ COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 27.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.



efetivação dos direitos das crianças está diretamente atrelada à atuação estatal, já que os entes públicos possuem o dever de promover a execução de políticas públicas eficazes e capazes de proporcionar o pleno e digno desenvolvimento de toda a sua população, com prioridade absoluta para as crianças. À vista disso, o Estado tem em suas mãos uma dupla responsabilidade: a manutenção e tutela dos presídios e a proteção dos direitos das crianças encarceradas, bem como a preservação do vínculo familiar.

É indispensável verificar a Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009²⁶, pois, trouxe algumas inovações para a Lei de Execuções Penais ao instituir que os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los, no mínimo, até seis meses de idade. Outrossim, a lei dispõe que a penitenciária deverá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. A partir dessa reforma, percebe-se que há uma tendência ao cumprimento do princípio da convivência familiar, isto é, dos filhos permanecerem com suas mães.

Entretanto, apesar dessa priorização e por conta dela, é necessário pensar em políticas públicas que satisfaçam não só o convívio de mães e filhos, mas também que satisfaçam a execução e a concretização dos direitos fundamentais e garantias previstos no ordenamento jurídico, ou seja, é preciso pensar em técnicas, planejamentos, inovações e estrutura para que as normas saiam do campo meramente legal e sejam incutidas na prática e na vida das crianças que precisam ser enxergadas e tratadas com absoluta prioridade. Portanto, é de extrema relevância e urgência a aplicação de novas ideias que possam auxiliar na consagração do mínimo existencial para os menores.

Como já tratado acima, o Estado é o protagonista para o melhoramento e avanço dessas políticas públicas, sua atuação e participação são de fundamental importância para a potencialização dos direitos das crianças e dos adolescentes. Diante de tal afirmação, devem ser elaborados novos métodos e estratégias para articular de forma equilibrada e congruente a convivência familiar, pois não é possível pensar em sua primazia e desprezar os direitos fundamentais e suas garantias, já que sem eles há violação constante aos princípios e regras do sistema normativo.

Oportuno acrescentar que a decisão do *Habeas Corpus* nº 143.641²⁷ contribuiu de forma positiva na construção dessa supremacia do convívio entre mães e seus filhos, sem deixar

²⁶ BRASIL. *Lei nº 11.942*, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 10.



de privilegiar os direitos das crianças, já que elas não estariam presas com suas genitoras nos ambientes carcerários. Porém, ainda não há soluções viáveis quando não estamos diante de situações que se enquadram na substituição da prisão preventiva, demonstrando assim a existência de uma lacuna que fere diretamente o crescimento e desenvolvimento das crianças, que são tratadas de forma cruel e negligente nos presídios brasileiros. Logo, é necessário pensar em alternativas que possibilitem o pleno desempenho da proteção integral da criança preconizando o seu melhor interesse e a dignidade da pessoa humana.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO E MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS ENCARCERADAS

Como já observado, a taxa de mulheres encarceradas aumenta a cada dia e essa superpopulação carcerária interfere de forma direta no número de crianças que também permanecem presas nos ambientes carcerários, afetando não só as famílias, mas o desenvolvimento cognitivo, físico e psicológico da primeira infância. Sendo assim, é indiscutível o desafio existente para a implementação e promoção de políticas públicas que viabilizem uma infância digna, saudável, harmoniosa e equilibrada. Contudo, apesar de ser um caminho árduo, não é impossível.

O primeiro passo indispensável, de acordo com Vanessa Fusco Nogueira Simões²⁸, é iniciar uma nova discussão a partir da perspectiva da criança e não da mãe, tendo o Estado o dever de apoiar os pais no desempenho da proteção e do desenvolvimento da autonomia da criança no exercício de seus direitos e zelar por aquelas que estão invisíveis e despercebidas no ambiente carcerário. Por conseguinte, o Estado tem o dever moral de proteção, implícito nas suas obrigações, ou seja, deve proteger seus cidadãos, principalmente os mais vulneráveis.²⁹

A partir dessa perspectiva de vulnerabilidade, há que reconhecer ainda mais a fragilidade da primeira infância, justamente pelo fato de ser criança e por conta da circunstância em condição especial, isto é, a de estar na prisão em companhia de sua mãe.³⁰ “O princípio do interesse superior da criança, implica em um dever do Estado em relação às crianças objetivando efetivar seus direitos subjetivos”.³¹ Por meio de tal concepção, é imprescindível pensar em políticas públicas em prol de um crescimento saudável, digno e honroso dos

²⁸ SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. *Filhos do Cárcere*. Limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 147.

²⁹ Ibid., p. 152-153.

³⁰ Ibid., p. 154.

³¹ Ibid., p. 157.



menores. Isso porque, por meio delas é estabelecido “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.³²

Vale lembrar que, o Supremo Tribunal Federal³³ reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro por conta da violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. Destarte, o STF constatou as condições desumanas e as inúmeras falhas estruturais das penitenciárias nacionais.

De acordo com o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023), “a reorganização do sistema prisional é imperativa e urgente, perpassando por medidas básicas, como a readequação das unidades prisionais”.³⁴ Além disso, impõe-se também o obstáculo da efetiva implementação de políticas públicas voltadas para assegurar o direito das presas e de seus filhos à saúde, à assistência social, com o intuito de reverter o quadro deplorável do sistema penitenciário brasileiro.³⁵ É de necessária urgência, ainda mais em situações em que as crianças permanecem no cárcere com suas mães, a existência de espaços próprios e específicos para a permanência dos filhos das mulheres presas e a mudança estrutural dos estabelecimentos prisionais, visto que, “a realidade encontra-se dissociada da pretensão legislativa”.³⁶

Deve-se pensar na capacitação dos agentes penitenciários, isto é, devem ter formação e preparação adequada para lidar com as crianças, vítimas do aprisionamento de suas genitoras. Da mesma maneira, é considerável enfatizar que:

A gestão do sistema prisional, pois, é de alta complexidade, já que incumbe ao Estado a tutela do preso, devendo ele garantir sua integridade física e moral, garantindo-lhe, desde seu ingresso no sistema prisional, acesso às políticas públicas que visem sua recuperação, preparando-o para a reinserção social efetiva e não utópica como muitas vezes demonstrado.³⁷

Sobre esse panorama da reinserção do preso na sociedade, é de extrema pertinência a preocupação com a primeira infância encarcerada, tendo em vista que essa é uma fase da vida de excessiva importância, já que é neste momento que as crianças possuem muita dependência e vulnerabilidade, além de ser a fase na qual desenvolvem sua capacidade cognitiva e

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.

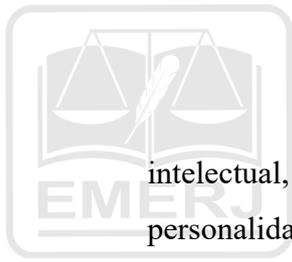
³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020 – 2023)*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/plano_nacional/PNPPC-2020-2023.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021, p. 80.

³⁵ *Ibid.*, p. 81.

³⁶ *Ibid.*, p. 83.

³⁷ *Ibid.*, p. 92.



intelectual, aprendem e descobrem novas áreas de conhecimento, e aprimoram sua personalidade. Por conta disso, aplicando critérios de proporcionalidade e razoabilidade, é de basilar utilidade a interdisciplinaridade entre o direito, a saúde, a sociologia, a pedagogia e a psicologia, no sentido de que todos os profissionais desses ramos devem atuar com o objetivo de alcançar a dignidade que essas crianças tanto precisam no ambiente carcerário, a fim de que o mínimo existencial necessário para viver seja garantido e fornecido para cada uma delas.

A respeito da função dos profissionais do direito é imperioso pontuar que, o Poder Judiciário tem uma função de notoriedade e influência na construção do futuro das crianças, precisamente porque deve atuar privilegiando o interesse superior da criança, ou seja, nos casos em que não se depara com a possibilidade de substituição da prisão preventiva em domiciliar, como foi consagrado no *Habeas Corpus* 143.641³⁸, deve decidir pensando em duas opções nada agradáveis: “separar a criança da mãe ou deixar que ela viva na prisão, sofrendo assim detenção por tabela”.³⁹ Os magistrados então devem levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto ao tomar a decisão que obedece o melhor desenvolvimento e bem estar físico, moral e emocional do menor.⁴⁰ Dessa forma:

A discricionariedade do Magistrado deve consistir em avaliar os fatos legais e substantivos do caso e contrabalancear os diferentes tipos de componentes científicos, legais e morais do princípio de interesse superior a fim de considerar qual seria, afinal de contas, o interesse superior da criança.⁴¹

Com base nisso, “a autoridade judicial sempre será responsável por decidir sobre a vida das crianças, tendo que avaliar fatores que incluem, entre outros, as instalações onde irão mãe e filho e as prováveis consequências de viver com cuidadores alternativos fora da prisão.”⁴² Portanto, é inquestionável o papel de relevância exercido pelo Poder Judiciário na vida das crianças, papel esse citado também nas Regras de Bangkok⁴³, na regra 49 ao citar que, “Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.”

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁹ SIMÕES, op. cit., p. 160.

⁴⁰ Ibid., p. 161.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., p. 162.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 24.

À vista disso, quando a decisão judicial optar pela permanência da criança com a sua genitora no cárcere, o que ocorre com frequência, o sistema prisional não pode permanecer do mesmo modo, devendo garantir a socialização e um crescimento pautado na respeitabilidade.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a ausência da preconização dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que tange à primeira infância. Vale dizer que, no ambiente carcerário, as crianças estão sujeitas a um cenário de invisibilidade, marginalização e vulnerabilidade, ou seja, o oposto da proteção integral que merecem, tendo em vista que a convivência de cada uma delas passa a se basear num regime injusto e rigoroso de cumprimento de pena privativa de liberdade por um fato penal que não cometeram.

Se o terceiro objetivo da República brasileira consiste em construir e estruturar um Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana, não se mostra coerente concretizar isso por meio da supressão dos direitos fundamentais das crianças no sistema prisional, haja vista que, por meio dele não é possível a salvaguarda da primeira infância. Contudo, apesar de todos os problemas e obstáculos encontrados no cárcere, há uma controvérsia muito delicada a ser pensada e resolvida, que é a permanência dos filhos e filhas com as apenadas. Sabe-se que, um dos princípios estritamente consagrados no âmbito constitucional e na seara do direito da criança e do adolescente é a convivência familiar.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, é possível dizer que, se é necessário promover e proclamar o convívio familiar para um desenvolvimento seguro, saudável e harmonioso da primeira infância, conseqüentemente, deve-se levar em consideração as condições inóspitas do cárcere e a partir disso promover medidas eficientes e capazes de modificar tal conjuntura, com o intuito de satisfazer as necessidades e urgências desses menores, pautando todas as ações públicas no crescimento e na evolução psíquica e física de cada um deles, garantindo a plenitude e a satisfação dos direitos que a eles são inerentes. Por conta disso, seria totalmente razoável impulsionar e incentivar a elaboração de políticas públicas eficazes para combater a arbitrariedade, a desigualdade e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana nas penitenciárias.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia vislumbrada ao longo do segundo capítulo, que constatou a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar por meio do *Habeas Corpus* nº 143.641, todavia há ainda tamanha



insuficiência na existência de medidas alternativas que possam cumprir com um duplo papel, isto é, a permanência da primeira infância com suas genitoras e a concretização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais que devem ser assegurados para as crianças com absoluta prioridade no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, deve ser garantido o relacionamento dos menores com as suas respectivas mães em um ambiente sadio, salubre e afável, isto é, favorável e tendente a viabilizar o desenvolvimento pueril.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a primeira infância não pode sofrer o que se denomina de discriminação e penalização “por tabela”, ou seja, a imposição de uma determinada penalização não pode recair sobre os menores, já que são sujeitos de direitos e precisam ser tratados com prioridade absoluta e com o intuito de fomentar o melhor interesse de cada um deles. Para isso, é preciso uma cooperação e colaboração entre os membros da sociedade, especialmente do Poder Público, levando em consideração sua dupla função, a de cumprir o dever de conservação e manutenção dos presídios, já que a ele incumbe a tutela das presas e seus filhos, e a proteção dos direitos das crianças encarceradas.

O principal argumento utilizado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, é o de reconhecer a fragilidade da primeira infância, dado que é um momento extremamente importante para a socialização, educação e para o desenvolvimento cognitivo e emocional. Por meio disso, é imprescindível ser preocupação constante do Estado a implementação de políticas públicas e o dever moral de proteção, objetivando a execução dos direitos subjetivos e fundamentais, essencialmente para aqueles que se encontram em condições de maior fragilidade e requerem maior atenção e cuidado. Além disso, o Poder Judiciário também precisa atuar por meio das suas decisões fundamentadas no melhor interesse da criança, de modo a colocar em prática o seu desenvolvimento e bem estar físico, moral e emocional.

Por conseguinte, é de necessária urgência a readequação e reorganização dos sistemas prisionais. Isso porque, quando não há nenhuma alternativa diferente, para que ocorra a preservação do vínculo familiar, o ambiente carcerário precisa ser um local diferenciado, capaz de realmente produzir a reinserção social e programado por meio de uma estrutura física e organizacional pautada na atuação de diversos ramos, como o da psicologia, do direito, da saúde e da pedagogia, que irão trabalhar lado a lado, com o objetivo de alcançar o mínimo existencial inserido no princípio da dignidade da pessoa humana para a primeira infância.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar o ingresso da primeira infância no ambiente carcerário senão aquele que persiga uma absoluta transformação no sistema prisional brasileiro, proporcionando uma permanência digna e respeitável para as crianças que permanecem no cárcere.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Lei nº 11.942*, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *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>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

G1. *Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes; taxa coloca país na 26ª posição do mundo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 02 set. 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020 – 2023)*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. *Filhos do Cárcere*. Limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DO ESTADO NO CONTEXTO DE ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 E A GUERRA DE LIMINARES

Isabella Almeida Rosa da Rocha

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Advogada.

Resumo – diante da pandemia causada pela COVID-19, estudiosos do direito vem discutindo acerca da possibilidade de a requisição administrativa ser aplicada, tendo em vista que a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que trata das medidas de enfrentamento à pandemia, trouxe a previsão dela. Nesse contexto, as autoridades competentes começaram a editar atos de requisição e, a partir disso, começaram uma disputa acirrada pelos insumos de saúde, sendo a questão judicializada. A essência do trabalho visa examinar a aplicabilidade do instituto, realizar uma análise crítica acerca da competência legislativa e administrativa sobre matérias de saúde e a requisição administrativa, além de investigar as decisões judiciais proferidas, analisando assim a eficácia do instituto.

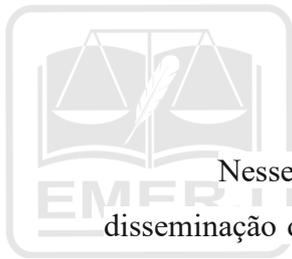
Palavras-chave – Direito Administrativo. Requisição Administrativa. Covid-19. Competência Legislativa e Administrativa. Conflito Federativo.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação do instituto da requisição administrativa diante da COVID-19: fundamentos constitucionais e o debate quanto à indenização pelo Poder Público. 2. A análise crítica das competências constitucionais em matéria de saúde e de requisição administrativa: uma discussão pautada na eficácia. 3. Controvérsias acerca da judicialização pela saúde: quais os reflexos no ordenamento jurídico pátrio? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema sobre a aplicabilidade do instituto da requisição administrativa diante da pandemia da COVID-19 e a judicialização pela obtenção dos insumos de saúde. Em paralelo, discute-se se o sistema constitucional de distribuição de competências é satisfatório ao enfrentamento da crise no sistema público de saúde causada pelo vírus. Dessa forma, objetiva-se explorar as implicações decorrentes do instituto e os efeitos que as decisões judiciais desuniformes produziram no ordenamento jurídico pátrio.

O novo coronavírus, também conhecido como COVID-19, é um vírus da família SARS-CoV-2, que ganhou grande repercussão mundial devido ao seu alto poder de transmissibilidade e de mortalidade. O seu surgimento ocorreu em dezembro de 2019, na província de Wuhan, na China, e logo depois se espalhou pelo mundo todo, ocasionando a pandemia do coronavírus, tendo sido decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Nesse ponto, o vírus causou uma crise de saúde pública e uma crise econômica sem precedentes no Brasil e no mundo.



Nesse cenário, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020 pela União, que visa combater a disseminação do coronavírus no Brasil, prevendo a quarentena, a requisição administrativa e outras medidas de enfrentamento ao vírus.

Em seguida, foram editados vários atos normativos instituindo a requisição administrativa sobre bens e serviços particulares. Contudo, essas leis se revelaram desuniformes, e, em consequência disso, os entes federativos passaram a judicializar sobre a requisição de insumos de saúde, o que gerou muita polêmica, sendo, portanto, um tema controvertido na comunidade jurídica.

A importância da pesquisa se baseia no fato de que, diante da pandemia, vários entes federativos editaram atos normativos que preveem a requisição administrativa e que vieram a desrespeitar o arranjo constitucional de distribuição de competências, o que gerou uma judicialização de insumos da saúde e isso causou uma desestabilização no sistema público de saúde e no ordenamento jurídico.

O trabalho foi dividido em três capítulos, com a finalidade de demonstrar maior clareza e coerência de informações.

O capítulo inaugural apresenta o instituto da requisição administrativa sobre bens e serviços particulares. A partir disso, apresenta as legislações pertinentes à requisição e à saúde, e por fim, realiza a análise da distribuição constitucional de competências em matéria de saúde.

O segundo capítulo analisa as competências administrativas com relação à saúde e aborda as novidades trazidas pela Lei nº 13.979/2020. Ao final pretende comprovar se a competência legislativa da União acaba por restringir ou limitar demasiadamente as funções administrativas dos demais entes federativos.

Por fim, o último capítulo apresenta uma análise crítica quanto aos atos do Poder Público de requisição de insumos para a saúde, em contraposição ao arranjo constitucional de competência, gerando uma guerra de requisições e de liminares. Por fim, busca expor soluções para a resolução desses conflitos judiciais, defendendo, assim, a necessidade de uma uniformização dessas decisões.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, partindo-se do geral para o particular em busca da construção do conhecimento específico sobre o tema, além de utilizar de proposições hipotéticas, as quais serão comprovadas ou rejeitadas ao final.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa e também utiliza o método bibliográfico e comparativo. A técnica de pesquisa utilizada neste estudo é feita por meio de livros doutrinários, artigos jurídicos, apontamentos jurisprudenciais, pesquisas bibliográficas e legislação, com o escopo de fornecer um embasamento teórico consistente



acerca do tema. Já o método comparativo utilizado é feito por meio de comparação da legislação interna e de decisões judiciais sobre o tema, é estabelecendo suas semelhanças e diferenças.

1. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA DIANTE DA COVID-19: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E O DEBATE QUANTO À INDENIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO

A Requisição Administrativa consiste em uma modalidade de intervenção do Estado na propriedade, na qual a Administração Pública utiliza bens ou serviços particulares em situação de iminente perigo público. O seu fundamento ou pressuposto constitui a ocorrência de perigo público iminente. A sua finalidade é atender às necessidades coletivas diante de um perigo público iminente. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ conceitua a requisição administrativa² como “[...] ato administrativo unilateral, autoexecutório e oneroso, consistente na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente.”

O seu fundamento constitucional está previsto no art. 5º, XXIII, e no art. 170, III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Outrossim, possui previsão constitucional expressa no art. 5º, XXV, que assim dispõe, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.³

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, a requisição administrativa é corolário do Princípio da Supremacia do Interesse Público, tendo em vista o poder de império do Estado. Originalmente, a requisição era concebida em razão de guerra ou de grave comoção política. Todavia, hoje é admissível em tempos de paz, tendo como pressuposto a existência de perigo público iminente.

A requisição administrativa é instituída por ato administrativo, emanado de autoridade competente, sendo esse ato autoexecutório. Por ser um ato administrativo, não cabe ao Poder Judiciário avaliar os seus motivos e o seu mérito, tratando-se, pois, de ato discricionário da

¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 356-357.

²Consoante leciona Hely Lopes Meirelles: “A requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias.”

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 590.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 96.



Administração, exame esse que só cabe à Administração Pública fazê-lo, somente podendo o Judiciário realizar o exame de legalidade do ato.

Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário se restringe à legalidade do ato, em que as decisões judiciais só podem declarar a validade do ato ou a sua invalidade por vício de legalidade, caso verifique a ausência de perigo público ou a ausência de congruência entre objeto e motivo.

Por sua vez, a extinção da requisição administrativa ocorre quando há o desaparecimento da situação de perigo público iminente, seu pressuposto. Então, a requisição é transitória, pois dura enquanto durar o perigo. Assim, ela passa a ser ilegal quando perdura no tempo para além do que deveria.

Ainda no aspecto da legalidade, segundo Torres e Boaventura⁵, durante a pandemia da COVID-19, diversas ações foram ajuizadas tendo por objeto as requisições administrativas realizadas, trazendo à tona o debate se o instituto da requisição administrativa seria aplicável ao combate do coronavírus, se os atos normativos eram válidos e o quão satisfatório seriam, temas que serão abordados nos próximos capítulos.

Em relação à indenização, via de regra, não há indenização ao particular. Contudo, há uma exceção: se o Poder Público causar um dano ao particular, deverá indenizá-lo, sendo essa ulterior e condicionada à produção de danos pela atividade estatal. O *quantum* indenizatório é apurado posteriormente, uma vez que a urgência é “[...] naturalmente incompatível com o processo moroso de apuração prévia do quantum indenizatório”, segundo José dos Santos Carvalho Filho⁶.

Ainda nesse aspecto, há de se ressaltar que a prescrição da pretensão do proprietário em postular em indenização se dá em 5 anos em face da autoridade responsável pela requisição, tendo como termo inicial o efetivo uso do bem pela Administração Pública.

O atual cenário emergiu a discussão quanto à remuneração durante o período de requisição quando esta se estende e inviabiliza financeiramente determinada atividade: se a reparação deve ser ulterior ou se é possível pré-fixar um montante. Também emergiu a discussão sobre os impactos econômicos da requisição.

Primeiramente, há de recordar que o objeto da requisição é a propriedade privada, ou seja, bens, móveis ou imóveis, ou serviços de pessoas naturais ou jurídicas.

⁵TORRES, Ronny Charles Lopes de; BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro. *O instituto da requisição administrativa à luz da Lei n° 13979/2020*.

⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 922.

Quanto à requisição sobre bens móveis, há a possibilidade de alguns desses serem consumíveis, como é o caso de máscaras e álcool em gel, sendo assim, não é possível que o Poder Público os devolva ao particular, atribuindo, portanto, um caráter de definitividade, consoante o entendimento de Françaolin⁷. Desse modo, a indenização deverá ser o valor integral do bem requisitado.

Quando o objeto for bens imóveis relativos à saúde, como um hospital privado, é preciso destacar que a requisição é transitória, pois desaparecendo a situação de perigo público, faz cessar a requisição. Assim, a regra é que, ao final da requisição, o Poder Público devolva o bem ao particular, salvo se houver a destruição. Dessa forma, na visão de Françaolin⁸, a indenização será dada conforme a extensão do dano.

Todavia, quando o bem requisitado não for mais de interesse ou não for mais conveniente ao proprietário a sua devolução, ainda assim cabe indenização pelo Poder Público ao particular.

Assim, é possível admitir a hipótese da requisição administrativa sobre um hospital privado em caráter temporário para utilização de leitos em decorrência da pandemia e a falha na prestação do serviço público de saúde, com a superlotação de leitos na rede pública, em observância às Leis n^{os} 8.080/90⁹ e 13.979/20¹⁰.

Apesar de a regra não prever a indenização ao particular, no contexto atual da COVID-19, há que se falar em indenização ao particular, tendo em vista os prejuízos decorrentes das instalações requisitadas. Nesse sentido, a Lei n^o 13.979¹¹ de 2020 assegura a indenização posterior e justa.

Conforme dito anteriormente, a indenização é *a posteriori*. Entretanto, no cenário atual, diante da requisição sobre um hospital privado, há a possibilidade desse hospital não possuir reservas financeiras para lidar com os custos necessários à sua manutenção enquanto perdurar a requisição, ainda que a Administração Pública venha a indenizar os prejuízos posteriormente. Ressalte-se ainda que o trâmite processual para averiguação da indenização e a sua concessão é muito vagaroso, além de que a Fazenda Pública realiza o pagamento mediante o regime de precatórios, o que pode demorar muitos anos para o recebimento do crédito.

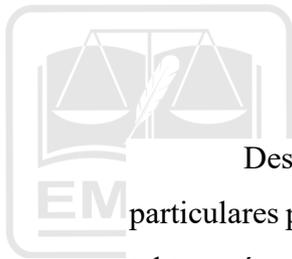
⁷ FRANÇOLIN, Andréa Pitthan. *A requisição administrativa em tempos de Covid-19*. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323162/a-requisicao-administrativa-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em 02 set. 2020.

⁸ Ibid.

⁹ BRASIL. *Lei n^o 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁰ BRASIL. *Lei n^o 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹¹ Ibid.



Dessa forma, faz-se necessário o debate sobre a possibilidade de indenização aos particulares previamente, e não posteriormente, conforme os argumentos já citados. No entanto, tal tema é controverso, uma vez que a regra é a indenização posterior, se houver danos.

Nesse sentido, alguns atos normativos editados durante a pandemia tentaram tabelar ou pré-fixar a indenização, muitos utilizaram como base a tabela do SUS, contudo, na visão de Françaolin¹², isso se revela ser inconstitucional, uma vez que não são uma licitação ou uma compra e venda realizada pelo Estado. Logo, a análise da indenização deve ser feita caso a caso, de acordo com o caso concreto apresentado.

Além disso, Alexandre de Moraes entende que é cabível a incidência de danos emergentes e lucros cessantes na indenização ao proprietário do bem. Consoante o entendimento: “se o uso da res gerar um prejuízo a seu proprietário, danos emergentes e lucros cessantes -, este terá garantida a indenização, de forma a não sofrer empobrecimento por força estatal”.¹³

Por outro lado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁴ pondera que: “[...] após a utilização do bem será possível averiguar a existência e a amplitude do prejuízo eventualmente causado, sendo certo que a indenização não poderá acarretar enriquecimento sem causa”.

Ademais, a requisição administrativa pode trazer impactos econômicos negativos. Isso porque, ao realizar um ato de requisição, a demora no pagamento da indenização pode descapitalizar toda a cadeia produtiva de insumos de saúde, prejudicando principalmente os fabricantes e importadores dos insumos de saúde, de modo que possa causar um desabastecimento de produtos imprescindíveis ao enfrentamento da COVID-19. O cenário econômico é agravado quando a requisição perdura no tempo, quando deveria ser transitório e em curto espaço temporal.

Logo, a análise da possibilidade de devolução do bem ou de fixar uma indenização dependerá do caso concreto apresentado. Assim, não é possível formular uma regra geral sobre a devolução ou fixar uma quantia para arbitramento da indenização. Contudo, esse procedimento para averiguar o *quantum debeat* costuma ser muito moroso, o que pode levar à descapitalização da cadeia produtiva e conseqüentemente ao desabastecimento de insumos de saúde. Esses são um dos impasses que a comunidade acadêmica e as decisões judiciais estão debatendo.

¹²FRANÇOLIN, op. cit., nota 7.

¹³MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 194.

¹⁴OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 728.

2. A ANÁLISE CRÍTICA DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE E DE REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA EFICÁCIA

O instituto da requisição administrativa está disciplinado na Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵, de 1988, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre esse tema, em caso de iminente perigo público e em tempos de guerra, consoante o artigo 22, III, sendo essa a competência legislativa.

Todavia, na competência administrativa, cada ente federativo pode praticar atos de requisição, dentro de seus limites legais. Para corroborar esse entendimento, José Carvalho dos Santos Filho¹⁶ ensina que, “autoridades das demais pessoas políticas podem praticar atos de requisição, desde que, é óbvio, presentes os requisitos constitucionais e legais”. Logo, esse ato é autoexecutável, não necessitando, pois, de interpelação judicial.

Esse instituto também possui previsão legal na Lei nº 8.080¹⁷, de 1990, a Lei Orgânica de Saúde, que trata do Sistema Único de Saúde e que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

Essa lei traz uma modalidade de requisição sobre bens e serviços em matéria de saúde de competência administrativa entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando houver situações de perigo iminente, calamidade pública ou de irrupção de epidemias, para o atendimento de necessidades coletivas e urgentes, segundo o art. 15, XIII, da referida lei¹⁸. Desse modo, trata-se de competência concorrente dos entes federativos para requisitar bens e serviços em matéria de saúde, no âmbito administrativo.

No atual cenário de pandemia, foi editada a Lei nº 13.979¹⁹, de 6 de fevereiro de 2020, a qual “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. As medidas impostas pela lei para o enfrentamento da pandemia objetivam a proteção da coletividade, sendo uma delas a requisição administrativa de bens e serviços de pessoas naturais

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁶CARVALHO FILHO, op. cit., p. 921

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁸ Ibid.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 10.



e jurídicas, garantindo o direito à justa indenização, conforme o art. 3º, inciso VII, da referida lei²⁰.

Diante da pandemia, veio à tona o debate sobre a distribuição de competência constitucional e legal acerca da requisição administrativa em matéria de saúde diante do conflito federativo que se instaurou pelo país.

No tocante à saúde, a Constituição da República Federativa do Brasil²¹, de 1988, prevê a competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre a saúde, “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;”.

De um modo geral, cada ente federativo possui sua autonomia político-administrativa. Quanto à saúde, a Constituição cidadã não determinou a competência privativa da União para legislar sobre a saúde. Assim, via de regra, cada ente federativo possui competência para legislar sobre a saúde em assuntos de seus respectivos interesses, segundo Rafael Maffini²².

Todavia, quando a competência é concorrente, a União possui a competência para a edição de normas gerais, consoante o art. 24, §1º, da CRFB²³, assim sendo, a União detém a competência legislativa nacional, não só federal, haja vista que são temas de interesse nacional, ou seja, são temas de interesse de todos os entes, logo todos deverão obedecê-la. Portanto, todos os entes têm interesse nesses temas: a União tem interesse nacional, o Município tem interesse local e o Estado tem interesse residual.

Assim, os demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem a competência suplementar, isto é, vão legislar de acordo com seus interesses locais, conforme o art. 24, §2º, da CRFB/1988²⁴. Apesar de os Municípios não fazerem parte do rol do art. 24, que trata da competência concorrente, admite-se que exerçam a competência legislativa, tendo em vista o disposto no art. 30, II da CRFB²⁵, pois cabe aos Municípios: “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Insta salientar que a competência legislativa da União sobre normas gerais não descarta a competência suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de acordo com o disposto no art. 24, §2º da CRFB²⁶.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

²² MAFFINI, Rafael. *COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências*. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702>>. Acesso em: 5 mar. 2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

Na ausência de lei editada pela União que fixe normas gerais, os demais entes federativos exercerão a competência legislativa plena, segundo o art. 24, §3º da CRFB²⁷. Na hipótese de edição pela União de norma geral superveniente, as legislações dos demais entes ficarão suspensas no que forem contrárias à norma geral, conforme o art. 24, §4º, da CRFB²⁸, logo a edição de norma da União, posterior a norma dos demais entes, suspende a eficácia da legislação dos últimos, no que com ela conflitar. Por outro lado, na superveniência de norma estadual, distrital ou municipal que for contrária às normas gerais, elaboradas pela União, serão inconstitucionais por vício formal.

Nesse diapasão, a defesa da saúde está no rol de competência concorrente dos entes federativos. Dessa forma, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão legislar sobre a defesa da saúde, de forma que a União edite as normas gerais e os demais entes exercerão a competência legislativa suplementar.

Assim, a Lei nº 13.979²⁹, de 2020, editada pela União, pode ser considerada uma norma geral que cuida do enfrentamento ao vírus, tratando-se, pois, de uma política pública nacional de combate ao coronavírus. Assim, os demais entes federativos não poderão mais editar normas que contrariem a referida lei, fenômeno esse que Rafael Maffini³⁰ denomina de “bloqueio de competência”, sob pena de vício de inconstitucionalidade. Todavia, esses entes poderão exercer a competência suplementar.

A Magna Carta também institui a competência administrativa ou material comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios relacionadas com a proteção da saúde, conforme o art. 23, inciso II, da CRFB/88³¹:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Insta salientar que a competência administrativa dos entes federativos não é excluída pela competência da União para legislar sobre normas gerais, porém as últimas deverão ser notadas. Assim, na visão de Rafael Maffini³², “[...] as competências administrativas de competência de todos os entes federativos para o enfrentamento da COVID-19 sujeitam-se aos ditames da Lei nº 13.979/2020.”

²⁷ Ibid.

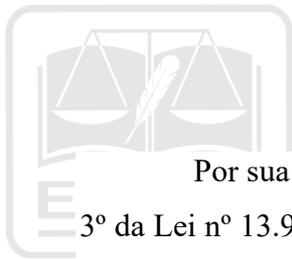
²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁰ MAFFINI, op. cit., nota 19.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

³² MAFFINI, op. cit., nota 19.



Por sua vez, a Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020³³, que alterou o art. 3º da Lei nº 13.979 de 2020, permitiu que o Ministério da Saúde e os gestores locais de saúde adotassem as medidas impostas pela lei, conforme o §7º do art. 3º. Isso se tratou de uma verdadeira distribuição de competências, o que não é vedado e vai ao encontro do art. 23, II da CRFB. As medidas previstas no art. 3º, incisos I, II, V e VI, da Lei nº 13.979/2020 dependem de autorização do Ministério da Saúde, enquanto que as medidas dos incisos III, IV e VII independem de autorização, podendo ser promovidas pelos gestores locais de saúde e pelo próprio Ministério da Saúde, sendo a requisição administrativa uma delas.

Ocorre que, a partir disso, vários gestores locais começaram a editar atos normativos disciplinando a requisição administrativa sobre insumos de saúde nas suas respectivas áreas de abrangência territorial de modo desarticulado, gerando uma disputa e instaurando-se um verdadeiro conflito federativo. Vê-se que vários Municípios e vários Estados editaram seus decretos regulamentando a requisição nas suas respectivas competências. São exemplos disso o Decreto nº 46.966³⁴, do Estado do Rio de Janeiro; o Decreto nº 4.315³⁵, de Curitiba, Estado do Paraná; entre outros.

Desde então, a competência que era para ser concorrente entre os entes, de modo a promover melhor articulação e harmonia entre os entes federativos na promoção da saúde, acabou por ser desarticulada, em que cada ente federativo exerce a sua competência para requisitar bens e serviços dos particulares ou de outros entes públicos. Tal situação poderá ocasionar “o desabastecimento de produtos essenciais ao combate do coronavírus”, “(...) o desvirtuamento de uma política pública que há de ser nacionalmente articular”³⁶ e agravar ainda mais a crise de saúde pública. Nesse sentido, Rafael Maffini conclui que, “Numa situação extrema, imagine-se uma requisição administrativa de equipamentos médicos, promovida por um só Município que acabe por comprometer o abastecimento a todos os demais Municípios de um Estado-membro.”³⁷

Ademais, a requisição sobre insumos de saúde poderia gerar um outro impacto negativo: “descapitalizar toda a cadeia produtiva de tais produtos a ponto de se comprometer todo o abastecimento de um setor tão relevante e, ao mesmo tempo, sensível neste momento”³⁸.

³³ BRASIL, *Medida Provisória nº 926*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-926-de-20-de-marco-de-2020-249094248>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

³⁴ FRANÇOLIN, op. cit., nota 7.

³⁵ Ibid.

³⁶ MAFFINI, op. cit., nota 19.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.



Assim, é possível concluir que o sistema de distribuição constitucional de competências não é satisfatório para o enfrentamento à crise sanitária instaurada, sendo necessário fixar regras ou critérios para a solução desse conflito federativo instaurado. Assim, é preciso que haja maior articulação entre os diversos âmbitos de atuação, sendo a União a estabelecer normas gerais e os demais entes federativos a exercer a competência suplementar. Frise-se, mais uma vez, que essas competências e ações devem ser exercidas de modo articulado.

3. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO PELA SAÚDE: QUAIS OS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO?

Diante da pandemia ocasionada pela COVID-19, surge o debate sobre a possibilidade de instauração da requisição administrativa por parte dos entes federados, tendo em vista que vários entes editaram atos de requisição indiscriminadamente, sendo essa questão levada ao Poder Judiciário para solucionar conflitos, e, a partir disso houve, então, uma enxurrada de liminares deveras desuniformes.

Essa judicialização pelos insumos da saúde acaba por demonstrar a falta de articulação entre os entes federativos, gerando um conflito federativo cuja solução imputa ao Judiciário resolver. Dessa forma, o instituto da requisição administrativa pode se dar entre um ente público em face de outro ente público, mas também entre um ente público em face de particulares, o que acaba por gerar uma disputa entre os entes.

A título de exemplo, serão citados alguns exemplos de requisições e de suas judicializações para ilustrar o problema.

Um caso emblemático envolveu a União, por meio do Ministério da Saúde, que solicitou a requisição administrativa de seringas e agulhas às empresas privadas fornecedoras, para a utilização no Plano de Operacionalização da Campanha de Vacinação contra a COVID-19³⁹, mesmo após processo licitatório de compra de 331 milhões de unidades⁴⁰.

Ocorre que o objeto dessa requisição recairia sobre insumos já contratados e pagos pelo Estado de São Paulo, que, por sua vez, ajuizou uma ação judicial, com pedido de tutela

³⁹SASSINE, Vinicius. *Governo requisita seringas destinadas a estados para centralizar vacinação*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2021/01/governo-sugere-que-industria-cancele-entregas-de-seringas-a-estados-para-centralizar-distribuicao.shtml>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁰ADVOGADOS, TozziniFreire. *Análise: as recentes requisições administrativas no combate à pandemia*. Disponível em: <<https://tozzinifreire.com.br/boletins/analise-as-recentes-requisicoes-administrativas-no-combate-a-pandemia>>. Acesso em: 30 mar. 2021.



liminar de urgência, perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que tal ato comprometeria a execução do plano estadual de imunização.

Essa questão foi levada ao STF que decidiu liminarmente, na ACO nº 3463 MC-Ref/SP⁴¹, pelo deferimento do pedido do Estado de São Paulo que visa impedir a requisição pela União de insumos então contratados pelo Estado.

Desse modo, o Ministro Ricardo Lewandowski⁴² entendeu que, “a requisição administrativa não pode se voltar contra bem ou serviço de outro ente federativo, de maneira a que haja indevida interferência na autonomia de um sobre outro”.

Assim, é possível notar que o STF tem tido a incumbência de dirimir conflitos entre os entes federativos durante a crise sanitária causada pela COVID-19. Nesse sentido, o STF também se pronunciou em processos semelhantes, a seguir referidos.

Na Ação Cível Originária nº 3.393-MC-Ref/MT⁴³, o Ministro Roberto Barroso suspendeu ato de requisição proferido pela União de cinquenta ventiladores pulmonares adquiridos junto à empresa privada.

Já na Ação Cível Originária nº 3.385/MA⁴⁴, o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido de medida cautelar do Estado do Maranhão em face da União Federal no sentido de determinar a entrega ao Estado de ventiladores pulmonares já adquiridos por intermédio de contrato administrativo.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região já fez parte dessa “guerra de liminares” por equipamento de ventilação pulmonar entre entes públicos. Em uma delas, o Presidente do TRF-5⁴⁵ indeferiu o pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto pela União que objetivava a requisição de noventa e quatro respiradores já adquiridos

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ACO 3463 MC-Ref/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 8/3/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/2088c1f791ed5e_insumos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴²CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *União não pode requisitar seringas e agulhas que já foram contratadas pelo Estado-membro para o plano estadual de imunização e que ainda estão na indústria, apesar de já terem sido empenhados*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e37d015e5d80348a275284efacdb6db5>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal Plenário. *ACO 3.393-MC-Ref/MT*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/E1B65FF6221467_VOTOBARROSORELATOR.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ACO 3.385/MA*. Relator. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/7378D189300042_stfdecisaorespiradoresmaranhao.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Covid-19: TRF determina que mais de 200 respiradores pulmonares adquiridos pela Prefeitura de Recife permaneçam no município*. Disponível em: <<http://www5.trf5.jus.br/noticias/322258>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

pelo Governo do Estado do Ceará e pela Prefeitura de Fortaleza de uma empresa privada fornecedora.

Ainda no TRF-5, o Desembargador Federal Lázaro Guimarães⁴⁶ concedeu parcial provimento ao pedido de suspensão liminar proposto pelo Município de Recife, que tinha por finalidade negar a requisição pela União de mais de duzentos ventiladores pulmonares já adquiridos pela Prefeitura local⁴⁷.

Não obstante a admissão da requisição sobre bens públicos, deve esta se pautar no interesse público a que se destina. Todavia, não é possível admitir a requisição administrativa sobre um bem público já afetado, sob pena de violação da autonomia dos entes federativos.

Essa questão da requisição administrativa trouxe à tona mais um debate acerca da sua aplicação, sendo essa discussão debatida no país todo. Isso porque o Ministério da Saúde determinou a requisição administrativa de medicamentos para intubação de pacientes com Covid-19 em leitos de UTI de todo o país, o chamado “kit intubação”, o que levou a Comissão da Câmara dos Deputados a promover uma audiência pública⁴⁸ para a discussão dessa medida.

Contudo, tal medida pode levar a um desabastecimento de insumos necessários para intubar pacientes, o que pode agravar ainda mais o conflito federativo e a judicialização pelos insumos da saúde.

Diante desse impasse, faz-se necessário destacar que a requisição administrativa é uma medida excepcional e deve ser encarada como tal, só aplicável em virtude de situação de emergência pública, uma vez que se trata de uma intervenção do Estado na propriedade, ou seja, uma providência drástica, assim, os entes federativos não podem dispor dela a seu bel-prazer ou arbitrariamente.

Cumprе mencionar que a Lei nº 13.979/2020 traz a previsão de outras medidas de enfrentamento da situação de calamidade pública causada pela COVID-19, tais como: a dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos de saúde, conforme o art. 4º da Lei nº 13.979/2020⁴⁹, a importação de insumos e o estímulo à produção industrial.

⁴⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Covid-19: TRF5 mantém respiradores adquiridos pelo Governo do Ceará e em Prefeitura de Fortaleza pelo Estado*. Disponível em: <<http://www5.trf5.jus.br/noticias/322337>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴⁷TORRES, Ronny Charles Lopes de; BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro. *O instituto da requisição administrativa à luz da Lei nº 13979/2020*. Disponível em: <<https://inovcapacitacao.com.br/o-instituto-da-requisicao-administrativa-a-luz-da-lei-no-13979-2020/>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴⁸CALGARO, Fernanda. *Setor privado critica requisição de remédios para 'kit intubação'; secretarias defendem medida*. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/23/covid-farmaceuticas-e-hospitais-privados-criticam-requisicao-de-remedios-para-kit-intubacao-secretarias-defendem-medida.ghtml>>. Acesso em 2 abr. 2021.

⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 10.



Portanto, a requisição administrativa demonstra ser uma medida drástica, excepcional e que gera muitos conflitos judiciais, podendo acarretar impactos negativos como o desabastecimento de insumos de saúde e a descapitalização da cadeia produtiva. Assim, é preciso que haja maior articulação entre os entes federativos para que juntos possam enfrentar a pandemia. Frise-se, mais uma vez, que as ações no combate à Covid-19 devem ser exercidas de modo articulado e prudente.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a aplicabilidade do instituto da requisição administrativa no contexto de enfrentamento da pandemia da COVID-19. O presente trabalho analisou se o sistema constitucional de distribuição de competências é eficaz ao enfrentamento da crise sanitária instaurada, diante das decisões judiciais proferidas nesse contexto.

A requisição administrativa é um instituto do direito administrativo que visa a requisição de bens ou serviços em favor do Poder Público, constituindo assim uma forma de intervenção do Estado na propriedade.

O contexto atual trouxe à tona o debate quanto à possibilidade de aplicação do instituto da requisição administrativa, tendo em vista os vários atos de requisição proferidos pelas autoridades do Poder Executivo, sendo essa questão levada ao Poder Judiciário. Este, por sua vez, proferiu decisões judiciais desuniformes.

Dessa forma, foram apresentados os fundamentos legais e aspectos doutrinários sobre esse instituto, insurgindo na questão sobre a indenização ao particular. Via de regra, não há indenização ao particular, exceto no caso em que o Poder Público causar dano, sendo o montante apurado posteriormente.

Contudo, com relação à COVID-19, isso gerou um debate se haveria a indenização ao particular e se ela deveria ser apurada posteriormente ou se seria possível pré-fixar um montante. Concluiu-se que a pré-fixação seria inconstitucional, tendo em vista que a requisição não é uma licitação, e, por outro lado, o processo de apuração posterior da indenização não poderia ser muito moroso, sendo que o melhor caminho seria uma análise feita caso a caso.

Em seguida, a presente pesquisa trouxe reflexões acerca da competência legislativa e administrativa sobre matérias de saúde e sua relação com a requisição administrativa. Com relação à requisição, a competência para legislar sobre a última é privativa da União. Nesse



sentido, a Lei nº 8.080/1990 disciplina sobre o Sistema Único de Saúde (SUS) e trata de hipóteses de requisição administrativa também.

Ainda nesse aspecto, verificou-se que a competência legislativa, em matéria de saúde, é concorrente, de modo que a União possui a competência para editar normas gerais e os demais entes federativos exercem a competência suplementar.

Em virtude dos atos de requisição editados pelas autoridades competentes, instaurou-se um conflito federativo e esse impasse foi judicializado, sendo levado a diversos tribunais locais e ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, a presente pesquisa destrinchou o entendimento do Supremo Tribunal Federal e de alguns Tribunais Superiores locais, a fim de concluir sobre a aplicabilidade ou inaplicabilidade da requisição administrativa frente à COVID-19. Conclui-se que a referida requisição é uma medida complexa e excepcional, somente aplicável em virtude de situação de emergência de saúde pública e em obediência ao sistema constitucional de distribuição de competências.

Contudo, foi importante frisar que o Estado dispõe de outras medidas para lidar com a situação de calamidade pública vivida, tal como a dispensa de licitação, sem necessitar recorrer à requisição, que provoca uma disputa entre entidades federativas e desabastecimento de insumos de saúde.

Logo, o sistema de distribuição constitucional de competência deve ser exercido de modo articulado e cooperativo, inclusive no aspecto da requisição, sob pena de um ente invadir a esfera de competência do outro, de leis conflitarem entre si e, no contexto da pandemia, de causar um esvaziamento econômico de outro ente ou ocasionar um desabastecimento de itens necessários ao combate do coronavírus, agravando ainda mais a crise de saúde pública.

Por fim, o presente artigo permitiu concluir que a requisição administrativa denotou ser uma solução extremista e excessiva para a situação causada pelo coronavírus, uma vez que intervém na propriedade alheia, apresentou vários impactos negativos e pode trazer prejuízos econômicos aos particulares e ao setor público. A Lei nº 13.979/2020 possui outras medidas de enfrentamento que devem ser privilegiadas, no lugar da requisição, devendo o Poder Público estimular a contratação pública e outras ações. Portanto, os órgãos e entes públicos devem agir com maior articulação e prudência para vencer a Covid-19.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. *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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ACO 3463 MC-Ref/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 8/3/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/2088c1f791ed5e_insumos.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal Plenário. *ACO 3.393-MC-Ref/MT*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/E1B65FF6221467_VOTOBARROSORELATOR.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ACO 3.385/MA*. Relator. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/7378D189300042_stfdecisaiorespiradoresmaranhao.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Covid-19*: TRF5 mantém respiradores adquiridos pelo Governo do Ceará e em Prefeitura de Fortaleza pelo Estado. Disponível em: <<http://www5.trf5.jus.br/noticias/322337>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Covid-19*: TRF determina que mais de 200 respiradores pulmonares adquiridos pela Prefeitura de Recife permaneçam no município. Disponível em: <<http://www5.trf5.jus.br/noticias/322258>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CALGARO, Fernanda. *Setor privado critica requisição de remédios para 'kit intubação'; secretarias defendem medida*. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/23/covid-farmaceuticas-e-hospitais-privados-criticam-requisicao-de-remedios-para-kit-intubacao-secretarias-defendem-medida.ghtml>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.



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

FRANÇOLIN, Andréa Pitthan. *A requisição administrativa em tempos de Covid-19*. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323162/a-requisicao-administrativa-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MACHADO, Fernanda. *Covid-19: Requisição administrativa*. Migalhas. 2020. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/323451/covid-19-requisicao-administrativa>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MAFFINI, Rafael. *COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências*. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ONO, Ricardo Hideaki. *Da requisição administrativa sobre bens e serviços particulares no contexto de enfrentamento à pandemia da Covid-19*. Conteúdo Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54415/da-requisio-administrativa-sobre-bens-e-servios-particulares-no-contexto-de-enfrentamento-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

PINHEIRO NETO ADVOGADOS. *COVID-19 e seus impactos legais no Brasil*. Disponível em: <<http://www.pinheironeto.com.br/publicacoes/covid19-e-seus-impactos-legais-no-brasil-edicao-9>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. *Considerações a respeito da requisição administrativa*. Migalhas. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323180/consideracoes-a-respeito-da-requisicao-administrativa>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de; BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro. *O instituto da requisição administrativa à luz da Lei nº 13979/2020*. Disponível em: <<https://inovacapitacao.com.br/o-instituto-da-requisicao-administrativa-a-luz-da-lei-no-13979-2020/>>. Acesso em: 2 abr. 2021.



INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO DENTRO DE TRANSPORTE COLETIVO

Jéssica Lima Telles dos Santos

Graduada pela IBMEC. Advogada.

Resumo – culturalmente, o Brasil é uma sociedade visivelmente patriarcal e com a evolução da sociedade, houve a transição da mulher da esfera privada para a esfera pública. Com essa transição, os conflitos que antes eram restritos à esfera privada passaram para a esfera pública, evidenciando o caráter opressivo dos papéis sociais. O transporte público tornou-se o local habitual dos casos de assédio, inserindo-se na esfera da prestação de serviço de transporte público. A essência do trabalho é discutir a responsabilidade da transportadora e o seu dever de indenizar em casos de assédio que ocorreram nos transportes públicos, por estar se tornando um fato habitual e ter havido uma mudança na jurisprudência que abriu precedente para se pleitear indenização nesses casos.

Palavras-chave – Direito Civil. Indenização. Assédio. Transporte coletivo. Responsabilidade. Jurisprudência STJ

Sumário – Introdução. 1. Análise do contrato de transporte e da cláusula de incolumidade e a aplicação do direito civil constitucional na decisão do STJ. 2. Análise do nexo de causalidade e da exclusão da responsabilidade por fato de terceiro no contrato de transporte. 3. Análise da responsabilidade civil do transportador à luz da jurisprudência do STJ. Conclusão. Referências.

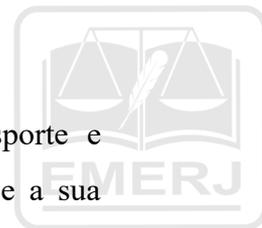
INTRODUÇÃO

O contrato de transporte de pessoas configura uma obrigação de resultado, de forma que seu adimplemento ocorre no momento em que as pessoas transportadas chegam ao seu destino incólume.

O transporte público tem sido o ambiente habitual de casos de assédio, desta forma, acaba por se inserir na esfera da prestação de serviço de transporte público, mais especificamente do contrato de transporte de pessoas. Posto isto, o transporte público fez-se um local de risco especialmente para as mulheres.

Consequentemente é evidente que as vítimas sofrem um abalo em sua incolumidade físico-psíquica e estes danos devem ser reparados pela prestadora do serviço de transporte de passageiros, em razão da necessidade de se proteger esta incolumidade físico-psíquica.

A presente pesquisa científica objetiva discutir a indenização por assédio dentro de transporte coletivo, analisando a responsabilidade da transportadora e o seu dever de indenizar, em razão de estar se tornando um fato habitual e ter havido uma mudança na jurisprudência que abriu precedente para se pleitear indenização nesses casos.



Para isto, tem como base a doutrina acerca do contrato de transporte e responsabilidade, bem como a jurisprudência no tocante ao tema específico e a sua recente mudança de posição acerca do dever de indenizar da transportadora. Entretanto, o tema ainda é controvertido na jurisprudência.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando o contrato de transporte de pessoas e a cláusula de incolumidade para verificar se deve levar em consideração a violação do bem eventualmente atingido para permitir a responsabilidade do transportador e gerar o dever de indenizar.

Continuará sendo analisado, no segundo capítulo, se a conduta de terceiro pode gerar nexos de causalidade e não configurar a exclusão da responsabilidade do transportador, bem como o dever de indenizar.

Encerra a pesquisa no terceiro capítulo, em que irá analisar a responsabilidade objetiva do transportador, a reparação dos danos causados, independente de culpa e o direito de regresso em face do terceiro, em razão da definição dos riscos de a atividade ser dinâmica.

A pesquisa será desenvolvida pelo método qualitativo que busca produzir informações aprofundadas, com objetivo descritivo para compreender o objeto da presente pesquisa, usando da bibliografia pertinente ao tema, bem como da jurisprudência, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa.

1. ANÁLISE DO CONTRATO DE TRANSPORTE E DA CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE E A APLICAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NA DECISÃO DO STJ

Contrato de transporte é o contrato por meio do qual o transportador, mediante remuneração, obriga-se a transportar pessoas ou coisa de um local para outro, conforme o artigo 730 do Código Civil¹. Possui duas características fundamentais, quais sejam, a informalidade e a adesão, estando implícita a cláusula de incolumidade.

¹ BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020



Segundo Flávio Tartuce², o contrato de transporte de pessoas “é aquele pelo qual o transportador se obriga a levar uma pessoa e sua bagagem até o destino, com total segurança, mantendo incólume os seus aspectos físicos e patrimoniais.”

Este tipo de contrato é identificado por meio da obrigação de resultado que o transportador possui, decorrente da implícita cláusula de incolumidade, que impõe o dever jurídico de levar as pessoas ao seu destino em segurança, isto é, durante o trajeto o passageiro não pode ter sido molestado ou ter sido atingido de qualquer outra forma.

Sergio Cavalieri Filho³ diz que “sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador não é apenas de meio, e não só de resultado, mas também de segurança.”

Como este tipo de contrato é caracterizado pela adesão, não há possibilidade de se discutirem suas cláusulas, isto é, a pessoa só possui duas opções: aceitar ou não os termos impostos do conteúdo pelo transportador.⁴

Ademais, o serviço de transporte público também é tido como um serviço de consumo, devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, conforme o artigo 22⁵, caracterizando a relação de consumo entre o passageiro e o transportador, prevendo que a empresa prestadora de serviço público deve prestar o serviço de forma adequada, eficiente e segura, caso ocorra descumprimento a empresa deverá responder pela reparação dos danos causados.

A Constituição Federal em seu artigo 5^o, *caput* e artigo 144⁶ tratam da segurança pública dispendo ser um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, que deve ser exercida para proteção da ordem pública e da incolumidade das pessoas.

O Supremo Tribunal Federal⁷, no julgamento do RE n^o 591.874, determinou que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público se responsabiliza pelos

² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2020, p.1207.

³ CAVALIERI FILHO apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n^o 1747637*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859152701/recurs-o-especial-resp-1747637-sp-2018-0143381-0/inteiro-teor-859152900?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

⁴ TARTUCE, op.cit., p.1201.

⁵ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *RE n^o 591874*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

passageiros, em razão de possuir responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal⁸.

O Ministro Luís Felipe Salomão⁹, no julgamento do REsp n° 1.678.681, abriu precedente, que impactará o contrato de transporte de pessoas, ao reconhecer que as transportadoras podem ser chamadas a indenizar as vítimas em caso de assédio ocorrido no interior dos transportes, ao entender que a princípio não deve ser excluída a responsabilidade da transportadora.

A Ministra Nancy Andrigui¹⁰, em julgamento do REsp n° 1.747.637, defendeu que o direito de ir seguro é um direito inalienável, devendo a transportadora zelar pela incolumidade do passageiro, que deve ser levado a salvo e em segurança ao seu destino final, visto que se a empresa transporta os passageiros em situações que facilitam a ocorrência de assédio, como em casos de superlotação, a empresa deve ser responsabilizada.

No REsp supracitado, segundo a Ministra¹¹:

[...] por envolver, necessariamente, uma grande aglomeração de pessoas em um mesmo espaço físico, aliados à baixa qualidade do serviço prestado, incluído a pouca quantidade de vagões ou ônibus postos à disposição do público, a prestação do serviço de transporte de passageiros vem propiciando a ocorrência de eventos de assédio sexual. Em outros termos, mais que um simples cenário ou ocasião, o transporte público tem concorrido para a causa dos eventos de assédio sexual [...].

Em continuidade no julgamento a ministra¹² afirmou ser “inegável que a vítima do assédio sexual sofre um evidente abalo em sua incolumidade físico-psíquica, cujos danos devem ser reparados pela prestadora do serviço de transporte de passageiros”.

A Ministra Nancy Andrigui¹³, no REsp n° 1.662.551, afirmou:

[...] o ciclo histórico que estamos presenciando exige um passo firme e corajoso, muitas vezes contra uma doutrina e jurisprudência consolidadas. É papel do julgador, sempre com olhar cuidadoso, tratar do abalo psíquico decorrente de experiências traumáticas ocorridas durante o contrato de transporte. O momento é de reflexão, pois não se pode deixar de ouvir o grito

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1678681*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549845491/recurso-especial-resp-1678681-sp-2017-0099743-0/inteiro-teor-549845502>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1662551*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201662551.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.



por socorro das mulheres, vítimas costumeiras desta prática odiosa, que poderá no futuro ser compartilhado por homens, também objetos potenciais da prática de assédio [...].

Não se pode esquecer que o mundo jurídico passa por um movimento de releitura de todo o ordenamento jurídico, em que cada vez mais se busca uma leitura constitucionalizada. No âmbito do direito civil constitucionalizado busca-se proteger a eficácia plena dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, que foi reconhecido pela Constituição Federal como objetivo fundamental. Esses dois princípios constituem o núcleo essencial da organização sócio-político-cultural e do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil tem como base os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade. O primeiro princípio visa valorizar o ser humano na sociedade por meio da efetivação dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Essa valorização pode decorrer do julgador realizar uma análise subjetiva do caso, derivada de uma maior liberdade pela busca de uma solução mais justa e igualitária. Sabe-se que são costumeiras as indenizações de danos morais e materiais decorrentes de acidentes em transporte coletivo.

Já o segundo traz a ideia de que todos os direitos e interesses possui uma função a cumprir na sociedade, nascendo o princípio da função social, falando-se em função social dos contratos, e sua principal consequência é a ineficácia das relações que acaba ofendendo interesses sociais, bem como a dignidade da pessoa humana.

O último facilitou a aplicação do Código Civil ao possibilitar se valer, além dos elementos objetivos, dos elementos subjetivos para se atingir uma solução mais justa e igualitária para o caso, permitindo uma maior executividade às sentenças e decisões judiciais.

Tais princípios parecem ter sido aplicados na decisão do ministro Luís Felipe Salomão que permitiu a legitimidade das empresas de transporte coletivo em casos de assédio ocorridos durante o transporte abrindo precedente para se pleitear indenização.

Se não fosse pela implícita cláusula de incolumidade que impõe o dever jurídico do transportador de zelar pelo bem-estar e segurança dos passageiros, estas pessoas ficariam a mercê do acaso, não possuindo nenhum amparo, o que geraria uma insegurança nas relações de contrato de transporte de pessoas.

Apesar de a transportadora não ter praticado o assédio, de certa forma colaborou em decorrência de não ter havido uma eficiente segurança durante o transporte do

passageiro. Desta forma, sempre que houver uma falha na segurança do transporte e ocorrer assédio, as empresas transportadoras podem e devem ser chamadas judicialmente pelas vítimas, em razão de aquelas serem prestadoras de transporte coletivo, isto é, prestam serviço público, possuem o dever jurídico de zelar pela segurança e incolumidade físico-psíquica de seus passageiros.

Recentemente no julgamento em conjunto do REsp n° 1.853.361¹⁴ e REsp n° 1.833.722¹⁵ a decisão realinhou a jurisprudência do STJ no sentido de que as empresas de transporte não podem ser responsabilizadas civilmente em caso de assédio cometido por terceiro em suas dependências.

2. ANÁLISE DO NEXO DE CAUSALIDADE E DA EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO NO CONTRATO DE TRANSPORTE

Inicialmente é importante apresentar um breve conceito denexo causal, que é a relação que estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e o evento, permitindo definir se a ação ou omissão foi a causa do dano. Ou seja, é o elemento que liga a conduta e o resultado, sendo esse indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil.

O Código Civil de 2002 inovou ao trazer normas gerais sobre o contrato de transporte de pessoas, prevendo no artigo 734¹⁶ a responsabilidade objetiva do transportador em relação aos danos que foram causados às pessoas transportadas, com exceção da força maior. Ademais, o Código determina que essa responsabilidade não é excluída por fato de terceiro, tendo o transportador direito de regresso, com base no art.735¹⁷, contra o terceiro.

A Ministra Nancy Andrigui¹⁸, no Resp n° 1.747.637, afirmou que se depreende dos artigos 734 e 735 do Código Civil:

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1853361*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=197988&num_registro=201901349749&data=20210405&peticaonumero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.



[...] que a responsabilidade do transportador pelo dano suportado pelo passageiro independe da comprovação de culpa, bastando à vítima demonstrar que a cláusula de incolumidade não lhe foi assegurada, que o acidente se deu no curso do transporte e que dele lhe adveio dano. E, numa primeira leitura dos arts. 734 e 735 do CC/02, parece que essa responsabilidade apenas pode ser elidida na hipótese de força maior, inadmitidas as demais causas de exclusão do nexo causal, quais sejam, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro. [...]

Não se pode omitir que o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, §1º e 3º¹⁹, estabelece que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados, independente de culpa, em decorrência do defeito relacionado à prestação do serviço.

Ainda que a responsabilidade seja objetiva, para que se possa imputar ao transportador um dano sofrido pelo passageiro é necessário que seja demonstrado o nexo de causalidade. Este se rompe quando se verifica uma causa estranha ao contrato de transporte e aos riscos inerentes à atividade econômica. Algumas dessas causas são o fortuito externo, força maior e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

A doutrina civilista, à título de exemplo, do Flávio Tartuce²⁰, e a jurisprudência do STJ²¹ são pacíficas em relação à culpa exclusiva de terceiro no sentido de reconhecer que há o rompimento do nexo de causalidade quando a conduta do terceiro não possui nenhuma relação com a organização e os riscos da atividade de transporte de pessoas. Para isso, a conduta do terceiro tem que ser a única causa do evento danoso. Pode-se equiparar o fato de terceiro ao fortuito externo, o que elidi a responsabilidade do transportador.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy²², ao analisar o artigo 735 do Código Civil²³ dispõe que “afinal, o fato de terceiro, conforme se apresente, pode ou não romper o nexo de causalidade”. Por essa razão é necessário analisar se a conduta do terceiro se coloca ou não dentro dos limites do risco da atividade do transporte de pessoas.

O jurista afirma que ocorre o rompimento do nexo de causalidade quando não há ligação entre o fato do terceiro ao transportador, sendo esse fato a única causa do evento danoso.²⁴ Por outro lado, ele²⁵ também afirma:

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁰ TARTUCE, op. cit., p.735.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² BARUERI apud ibid.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ BARUERI apud BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁵ Ibid.

Devem ser observados para fins de concessão da transação, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como fato de que os motivos e as circunstâncias do crime indicarem a adoção da medida.

No acordo entre o Ministério Público e a defesa, conclui-se que o principal objetivo da transação penal é prevenir ou extinguir o conflito de interesses que surge na prática de uma infração de menor potencial ofensivo. Infere-se ser tal acordo benéfico para ambas às partes, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, acelerando desta forma a prestação jurisdicional e a pacificação social.

Há quem defenda que a transação penal é um direito subjetivo do autor do fato, devendo o Ministério Público oferecer a proposta de transação penal, quando presentes os requisitos legais. Nessa esteira, Maurício Antonio Ribeiro Lopes²³ expõe que:

Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele poderá converter-se em dever, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O Promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricionariedade. Ele é obrigado a formulá-la. E esse dever será da Instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola, do Ministério Público.

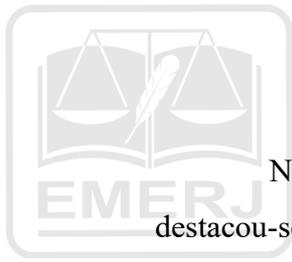
Lopes acrescenta que “se preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos para a proposta, e não sendo a mesma oferecida, há constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*”. Já Alberto Silva Genacéia²⁴ entende não ser faculdade do Ministério Público a proposta de transação, e para tanto argumenta:

A lei dos juizados especiais admitiu o princípio da oportunidade, mas uma oportunidade regrada, também chamada de regulada ou limitada ou temperada e submetida ao controle jurisdicional. Oportunidade regrada porque é a lei que diz quando será possível a transação e de que modo ela deve ser feita. Não fica ao arbítrio do Ministério Público propor ou não a transação. Não é uma faculdade do órgão Ministerial.

Genacéia leciona que desde que presentes as condições da transação, o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado, com o sentido de dever. Presentes suas condições, a transação impeditiva do processo é um direito penal público subjetivo de liberdade do autuado, obrigando o Ministério Público à sua proposição e, caso o Parquet não

²³ LOPES, op. cit., nota 20.

²⁴ GENACÉIA, Alberton Silva. *Juizados especiais criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 58.



No julgamento em conjunto do REsp n° 1.853.361³⁰ e REsp n° 1.833.722³¹, destacou-se que apesar de as normas do ordenamento reforçarem a responsabilidade objetiva do transportador, também preveem como excludente de responsabilidade as causas decorrentes de caso fortuito, força maior ou de culpa exclusiva de terceiro. Isto porque estas causas não possuem ligação com o serviço de transporte de passageiros.

O Ministro Raul Araújo³² salientou que não haveria meio para que o delito fosse evitado, em razão de ele ser praticado de forma estudada e oportunista pelo agressor, além de que se consuma em uma fração de segundos, por meio de contato físico inesperado, em locais vastos e por vezes aglomerados. Sendo considerado um crime inevitável, e em tese previsível, entretanto com alto grau de generalização, pois só o próprio criminoso sabe que vai praticar. Dessa forma, responsabilizar a transportadora por esse ato seria convertê-la em uma seguradora universal.

O Ministro Marco Buzzi³³ apontou que essas ocorrências foram levadas em consideração pelo Congresso Nacional ao editar a Lei n° 13.718/18, que criminalizou a importunação sexual, entretanto não alterou a norma civil sobre o tema, dizendo:

[...] Não é possível ao judiciário imputar uma responsabilidade por fato de exclusivo de terceiro às concessionárias se o próprio debate político não previu tal possibilidade. (...) É um problema de cunho cultural e social, que nem mesmo punitivismo e o encarceramento em massa tende a resolver, pois somente a mudança de mentalidade e educação pode alterar esse quadro. [...]

Não se pode esquecer que no contrato de transporte existe a cláusula de incolumidade, se caracterizando como contrato de resultado, dessa forma, o passageiro não pode ter sua incolumidade atingida durante o transporte. Ressalta-se que as indenizações por acidentes no transporte é frequente.

3. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A responsabilidade civil do transportador é objetiva e extracontratual, conforme dispõe o artigo 37, §6° da Constituição Federal³⁴, estendendo a responsabilidade estatal,

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 14.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 6.

fundada no risco administrativo, às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público, de modo que é o caso das transportadoras.

Deve ser citado que o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor³⁵ equipara as vítimas de evento danoso à condição de consumidor, apesar de não haver relação contratual de consumo.

É inafastável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em razão de os artigos 3º, §2º e 22³⁶ trazerem uma mudança na fundamentação da indenização, que deixou de ser a inobservância da cláusula de incolumidade e passou a ser o vício ou defeito do serviço.

O contrato de transporte foi disciplinado pela primeira vez no Decreto nº 2.681/1912³⁷, sendo conhecido como a Lei das Estradas de Ferro, e tratava exclusivamente do transporte ferroviário. Mesmo nessa época o artigo 17 era bastante avançado, pois dispunha que os desastres que resultassem em morte ou ferimentos haveria sempre a culpa presumida do transportador ferroviário.

Em 1912, o Decreto já trazia a noção de responsabilidade objetiva do transportador, e só haveria hipótese de exclusão de responsabilidade do transportador se houvesse culpa exclusiva do viajante, força maior ou caso fortuito.

O Ministro Luís Felipe Salomão³⁸, no julgamento do REsp nº 1.678.681, que abriu precedente, entendeu ser possível que o ato libidinoso/obsceno ofensivo à liberdade sexual de usuária do serviço público de transporte, após o contraditório e observado o devido processo legal, pode ser considerado conexo à atividade desempenhada pela transportadora, e ser determinada a sua responsabilidade.

No REsp supracitado, o Ministro³⁹ afirmou:

[...] Em se tratando, portanto, de conduta previsível, que encontra terreno fértil na grande concentração de pessoas ínsita ao transporte público e sabendo-se da obrigação do transportador de garantir a incolumidade dos transportados, deve-se questionar, para fins de configuração do dever indenizatório, se a hipótese configura ou não fortuito interno, apresentando vínculo com o desempenho da atividade empresarial e, nessa medida, não se revelando apta a exonerar a responsabilidade objetiva do fornecedor. Cumpre, portanto, ao Judiciário aferir se, uma vez ciente do risco da ocorrência de tais condutas inapropriadas no interior dos vagões, a transportadora pode ou não ser eximida

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁶ Ibid.

³⁷ BRASIL. *Decreto n° 2.681*, de 07 de dezembro de 1912. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/d26811912.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁹ Ibid.



de evitar a violência que, de forma rotineira, tem sido perpetrada em face de tantas mulheres [...]

O Ministro⁴⁰ concluiu que em razão dos inúmeros relatos na mídia cabe perquirir se a transportadora tem tomado as medidas necessárias para inibir o denominado “assédio sexual”.

A doutrina argumenta que a definição dos riscos da atividade é fundamentalmente dinâmica. Dessa forma, algo que no passado não ensejaria o dever de indenizar por parte do transportador, hoje pode gerar, em razão de que, com o passar dos anos, as percepções sobre os riscos que são aceitáveis e quem deverá responder por eles são alteradas.⁴¹

No julgamento do REsp n° 1.747.637, a Ministra Nancy Andrigui⁴² foi no mesmo sentido afirmando:

[...] apesar de ter sido causado por terceiro, o dano enquadra-se dentro dos lindes dos riscos inerentes ao transporte, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de não afastar a responsabilidade do transportador, garantindo o direito de regresso, na esteira do artigo 735 do CC/02 e da Súmula 187/STF. [...]

A Ministra⁴³ afirma que “a ocorrência desses fatos acaba sendo arrastada para o bojo da prestação do serviço de transporte público, tornando-se assim mais um risco da atividade, a qual todos os passageiros, mas especialmente as mulheres, tornam-se vítimas.”

No REsp supracitado, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva⁴⁴, em voto vencido, afirmou que embora haja na legislação previsão autorizando a responsabilização do transportador sem configuração de culpa, não há que se falar em responsabilizá-lo sem causa, uma vez que não pode confundir responsabilidade objetiva com responsabilidade pelo risco integral, visto que o dever de indenizar existe apenas quando o risco integral é assumido, o que não ocorre com as transportadoras.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva⁴⁵ também afirma:

[...] Não cabe ao transportador, e nem lhe seria possível identificar previamente entre os usuários de seus serviços aqueles que possuam aparência física de

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.1067.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

eventuais molestadores, nem colocar à disposição de cada um deles agente de segurança pessoal para evitar investidas de cunho sexual. A prevenção e a repressão de atos dessa natureza é incumbência do Poder estatal, inexistindo fundamento jurídico para transferir tal responsabilidade ao transportador. [...]

O Ministro⁴⁶ declarou que para definir a existência ou não da responsabilidade da transportadora, é completamente irrelevante a natureza do bem jurídico eventualmente atingido pela ação ilícita e voluntária do agressor (o patrimônio, a vida, a liberdade sexual, etc.). O que deve ser investigado é a existência de conexão entre a ação lesiva efetivamente perpetrada e os riscos que se apresentam intrínsecos à natureza do serviço prestado.

No julgamento em conjunto do REsp n° 1.853.361⁴⁷ e REsp n° 1.833.722⁴⁸, a maioria formada pelos Ministros Raul Araújo, Marco Buzzi, Antônio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze, entendeu não ser possível responsabilizar as empresas de transporte por eventos que não têm relação com o serviço prestado, que não podem ser previstos e não dependam de sua atuação para a ocorrência.

O Ministro Marco Buzzi⁴⁹ destacou que se o evento é previsível, evitável e tem relação com serviço prestado ao consumidor, ocorre o fortuito interno que traz a hipótese de responsabilidade da transportadora. Contudo, se o evento não tem relação imediata com os serviços prestados e é imprevisível, ou sendo previsível, é inevitável, ocorre o fortuito externo afastando a responsabilidade da transportadora.

O Ministro⁵⁰ afirmou que “a repulsa social provocada pelo comportamento celerado de terceiro não pode inaugurar para o empreendedor categoria de responsabilidade por risco integral, sem haver previsão na legislação ou correspondência lógica com a realidade.”

No julgamento do REsp n° 1.662.551, o Ministro Marco Aurélio Bellizze⁵¹, em voto vencido, afirmou:

[...] o dever de vigilância e de segurança imputável ao transportador não significa exigir que ele tenha total controle sobre as ações de terceiros das quais não possui nenhuma ingerência, isto é, o transporte não foi a causa do evento danoso, mas sim a sua ocasião, afastando a conexão entre a prestação do serviço público de transporte e o assédio sexual suportado pela passageira. [...]

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 13.



O Ministro⁵² afirma ser inegável que os atos ofensivos à dignidade sexual acontecem em diversos lugares, todavia decorrem de vontade deliberada, doentia e repugnante de um grupo de pessoas em total desrespeito às demais, sem apresentar conexão com a organização ou com o risco do negócio.

CONCLUSÃO

Como se pode observar das decisões do STJ, em algumas o fato de terceiro foi inserido nos riscos inerentes à prestação do serviço de transporte, caracterizando o fortuito interno e ensejando o dever da transportadora em indenizar. Em outras decisões foi equiparado ao fortuito externo e conseqüentemente excluindo o dever de indenizar do transportador.

O STJ abriu um precedente em que vinha permitindo a responsabilização objetiva das empresas de transporte por assédio praticados dentro do transporte coletivo, por entender que a exposição ao assédio viola a cláusula de incolumidade ínsita ao contrato de transporte de pessoas e a incolumidade físico-psíquica do passageiro do serviço de transporte.

Recentemente, o STJ realinhou sua jurisprudência no sentido de que as empresas de transportes não podem ser responsabilizadas civilmente em caso de assédio cometido por terceiros durante o serviço de transporte de pessoas.

Embora a transportadora não tenha praticado o assédio, ela contribuiu para a causa dos eventos, devido a deficiência na segurança do serviço de transporte, a grande aglomeração de pessoas em razão da pouca quantidade de unidade de transporte posto à disposição, podendo ser responsabilizada ao pagamento de indenização à vítima.

Dessa forma, sempre que ocorrer um déficit na segurança do transporte de pessoas e acontecer assédio, as empresas de transporte como são prestadoras de um serviço devem ser acionadas judicialmente.

Como a transportadora tem o dever de zelar pela segurança e incolumidade físico-psíquica de seus passageiros, deve adotar medidas para impedir que sejam praticados atos que violem a segurança e a incolumidade físico-psíquica, como ato de assédio, com a finalidade de o transporte ser mais seguro.

⁵² Ibid.



O objetivo da decisão que deu origem ao precedente parece ter sido atribuir às empresas de transporte uma participação mais ativa na prevenção dos casos de assédio durante o transporte de pessoas, em razão de ser evidente que a vítima sofre um grande abalo em sua incolumidade físico-psíquica, cujos danos devem ser reparados.

REFERÊNCIA

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. *Decreto n° 2.681*, de 07 de dezembro de 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal Federal. *RE n° 591874*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

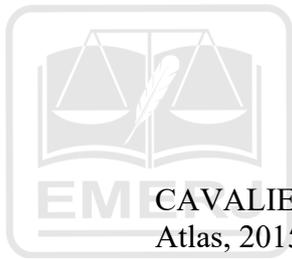
_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1662551*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201662551.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1678681*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549845491/recurso-especial-resp-1678681-sp-2017-0099743-0/inteiro-teor-549845502>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1747637*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859152701/recurso-especial-resp-1747637-sp-2018-0143381-0/inteiro-teor-859152900?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1833722*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.833.722&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&hkMorto=MORTO>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1853361*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1979828&num_registro=201901349749&data=20210405&peticaonumero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2021.



CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RÊGO, Valéria. *Passageira que sofreu assédio sexual dentro de transporte público será indenizada por danos morais*. Disponível em: <<https://dravaleriarego.jusbrasil.com.br/noticias/609648340/passageira-que-sofreu-assedio-sexual-dentro-de-transporte-publico-sera-indenizada-por-danos-morais?ref=feed>>. Acesso em: 08 ago. 2020

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2020.

IMPACTO DA INTRODUÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

João Gabriel Sá e Guimarães Barroso Magno

Graduado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

Resumo – a Lei nº 13.874/19 introduziu a possibilidade de constituição da sociedade limitada unilateral ao realizar a alteração do artigo 1.052 do Código Civil. A partir desta inovação no ordenamento jurídico pátrio, o presente artigo buscou analisar as características e peculiaridades deste tipo societário em comparação com a sociedade limitada e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Também buscou-se analisar o impacto da sua introdução em relação aos demais tipos societários.

Palavras Chave – Direito Empresarial. Sociedade Limitada. Sociedade Unipessoal.

Sumário - Introdução. 1. Controvérsias quanto à natureza de sociedade frente à possibilidade de unipessoalidade. 2. Distinções entre a sociedade limitada unipessoal e a sociedade limitada pluripessoal. 3. Impacto na possível extinção de demais tipos societários.

INTRODUÇÃO

O artigo elaborado aborda a alteração promovida ao artigo 1.052 do Código Civil, primeiramente pela edição da Medida Provisória nº 881, publicada em 30 de abril de 2019, a qual instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Essa Medida Provisória, dentre diversas previsões normativas, promoveu a inclusão do parágrafo único ao art. 1.052 do Código Civil, topograficamente localizado no Livro II – Do Direito de Empresa, Título II – Da sociedade, Capítulo IV – Da Sociedade Limitada, prevendo a possibilidade de constituição desse tipo societário por uma única pessoa.

Posteriormente, em 20 de setembro de 2019, a MP 881 foi convertida na Lei nº 13.874/19, a qual manteve o teor da alteração promovida pelo parágrafo único do artigo 1.052, excluindo-o, passando a prever os parágrafos 1º e 2º.

Neste primeiro parágrafo foi mantida a previsão de possibilidade de constituição da sociedade limitada por uma única pessoa. O parágrafo segundo incluiu a previsão de que caso a sociedade limitada seja unipessoal, serão aplicáveis ao documento de constituição as regras do contrato social, no que couber.

O trabalho enfoca a relevante alteração promovida nas sociedades limitadas, uma vez que a possibilidade de constituição desse tipo societário por uma única pessoa tem impactos na forma de constituição e seus requisitos intrínsecos, impactos sociais sob a perspectiva de



possibilitar a formalização de empresários irregulares e impactos para outros tipos societários, com o provável desuso ou mesmo extinção.

Sendo assim, inicia-se o primeiro capítulo com a análise de controvérsias quanto à natureza da sociedade limitada frente à sociedade limitada unipessoal.

No segundo capítulo, busca-se analisar as diferenças entre a sociedade limitada unipessoal e a sociedade limitada pluripessoal, bem como a aplicação de institutos do direito empresarial previstos para a sociedade limitada.

Por fim, o terceiro capítulo tem por objetivo analisar o impacto da previsão da sociedade limitada unipessoal para os demais tipos societários, tendo em vista a facilidade de constituição e não exigência de capital social mínimo.

Para isso, a pesquisa é desenvolvida utilizando o método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende, a partir do conjunto de proposições hipotéticas, compará-las, comprová-las ou rejeitá-las, de forma argumentativa.

Assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é impreterivelmente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua defesa.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À NATUREZA DE SOCIEDADE FRENTE À POSSIBILIDADE DE UNIPESSOALIDADE

A grande controvérsia inicial que surge com a possibilidade de instituição da sociedade limitada unipessoal, nos termos do artigo 1.052, § 1º, do Código Civil¹, é quanto à natureza de sociedade nessa espécie de sociedade limitada.

Tal indagação surge por conta do próprio conceito clássico de sociedade, que é o da união de duas ou mais pessoas, para a consecução de uma finalidade comum. Ou seja, há a união de esforços de duas ou mais pessoas, para que seja realizado o objeto da sociedade e, ao final, sejam auferidos os resultados dos esforços comuns dos sócios.

No caso da sociedade unipessoal, há um descompasso entre a terminologia sociedade e a configuração do empresário (pessoa jurídica formada) por uma única pessoa. Por isso é, em tese, contraditório afirmar tratar-se de sociedade e esta ser formada apenas por uma única pessoa – natural ou jurídica.

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406 compilada .htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.



Historicamente, no direito comercial brasileiro, havia apenas uma única hipótese de constituição de sociedade unipessoal, que era a prevista no artigo 251 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações)², que é o caso da subsidiária integral. Nessa hipótese, a sociedade constituiu uma nova sociedade em seu grupo econômico, sendo a sociedade constituinte a única sócia da subsidiária integral. Esse modelo de unipessoalidade era restrito às sociedades por ações e às sociedades brasileiras, ou seja, constituída em conformidade com as normas brasileiras³.

Posteriormente, com a introdução do Código Civil de 2002, surgiu a possibilidade de manutenção da sociedade limitada com apenas um único sócio, nos casos de morte do outro sócio ou no exercício do direito de retirada ou exclusão do sócio. Tal possibilidade está prevista no art. 1.033, IV, do Código Civil⁴, sendo causa de dissolução da sociedade, caso a unipessoalidade não seja resolvida no prazo de 180 dias⁵.

Observa-se que, nesse caso, a unipessoalidade é hipótese excepcional e transitória, durando no máximo o prazo de 180 dias, devendo a sociedade admitir novo sócio ou ser liquidada pela ausência de pressupostos de sua existência, que é a pluralidade de sócios.

Em continuidade, com a entrada em vigor da Lei nº 12.441/11, alterou-se o Código Civil, inserindo o artigo 980-A⁶, que introduziu a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)⁷.

Com a introdução da EIRELI no ordenamento jurídico pátrio, surgiu mais um “tipo societário” para a escolha do empreendedor, sendo esta a única possibilidade de unipessoalidade para a constituição do ente empresário. Aqui verifica-se que a constituição da unipessoalidade é desde a sua origem, podendo ser realizada tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica.

Assim, a EIRELI é o tipo societário que mais se aproxima à nova figura do direito empresarial brasileiro, que é a sociedade limitada unipessoal. É a partir da comparação dessas duas figuras, diante da sociedade limitada, que será possível identificar a real natureza jurídica da sociedade limitada unipessoal.

² BRASIL. *Lei nº 6.404*, de 15 de setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 19. ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1

⁵ COELHO, op. cit., p. 46-47.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1

⁷ COELHO, op. cit., p. 46-47.



O ponto de partida para essa comparação é o artigo 44 do Código Civil⁸, o qual elenca quais são as pessoas jurídicas de direito privado em nosso ordenamento jurídico. No inciso II está previsto que as sociedades são pessoas jurídicas de direito privado; por outro lado, no inciso VI, está previsto que as empresas individuais de responsabilidade limitada são também pessoa jurídica de direito privado.

Com essa separação explícita no artigo 44 do Código Civil⁹, verifica-se que a EIRELI não possui natureza de sociedade. Isso ocorre justamente pelo fato de que a EIRELI é composta por uma única pessoa, não sendo possível conferir-lhe a característica de sociedade. Ou seja, é indissociável da característica e natureza de sociedade a pluralidade de sócios.

Nesse sentido, é pacífico na doutrina¹⁰ que a natureza jurídica da EIRELI é de pessoa jurídica de direito privado, exatamente como traz o artigo 44 do Código Civil¹¹. Além disso, esse entendimento está consubstanciado nos enunciados 469¹² da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e 3¹³ da I Jornada de Direito Empresarial do Conselho da Justiça Federal.

Como se observa, a lei e a doutrina não enquadram o ente pessoa jurídica composta por uma única pessoa como sociedade, exceto em situações excepcionais, como na possibilidade de criação de subsidiária integral e, até a introdução da modificação legislativa ao artigo 1.052 do Código Civil¹⁴, a sociedade limitada unipessoal decorrente da morte ou retirada do sócio.

Assim, há controvérsias quanto à natureza jurídica da sociedade composta por uma única pessoa¹⁵. Porém, diante da previsão expressa da nova redação dada aos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.052 do Código Civil, verifica-se que o legislador de fato instituiu uma modalidade originária e não transitória de sociedade unipessoal.

Portanto, a sociedade limitada unipessoal possui natureza de sociedade, sendo uma espécie desse tipo societário, composta por uma única pessoa.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ Ibid.

¹⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 10. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 160-161.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada Direito Civil do CJF: *Enunciado n° 469*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/454>> Acesso em: 11 mar. 2021.

¹³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada Direito Comercial do CJF: *Enunciado n° 3*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/3>> Acesso em: 11 mar. 2021.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 16. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 355.



A partir dessa conclusão, surge outra controvérsia quanto à natureza da própria sociedade limitada, que seria quanto à natureza de ser sociedade de pessoas ou sociedade de capital. Essa natureza da sociedade limitada, segundo a maior parte da doutrina¹⁶, é aferida a partir da forma prevista no contrato social para a alienação das quotas. Se houver previsão de que as quotas somente podem ser alienadas aos demais sócios, ou que estes devem anuir com a alienação para um terceiro, logo a sociedade é de pessoas. Caso contrário, se o contrato social prevê que as quotas são de livre alienação, então a sociedade é de capital.

Isso revela o grau de *affectio societatis* entre os sócios, assim evidenciando a natureza da sociedade limitada. Com a introdução da sociedade limitada unipessoal, tal questão e discussão não existe, não havendo relevância nessa distinção. Isso porque a sociedade limitada unipessoal, por óbvio, não possui pluralidade de sócios, ou seja, não há *affectio societatis*. Logo, não tem como haver qualquer distinção entre a natureza de sociedade de pessoas ou de capital, uma vez que não há necessidade de previsão de forma de alienação das quotas.

2. DISTINÇÕES ENTRE A SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL E A SOCIEDADE LIMITADA PLURIPESSOAL

Inicialmente, a primeira distinção a ser realizada é aquela expressamente mencionada no parágrafo 2º do artigo 1.052¹⁷, *in verbis*:

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.¹⁸

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Conforme se extrai do dispositivo mencionado, na sociedade unipessoal, aos atos constitutivos da sociedade, serão aplicáveis as regras sobre o contrato social, no que couber. Isso remete ao artigo 997¹⁹ do Código Civil e seus incisos.

¹⁶ COELHO, op. cit., p. 404-405.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.



Importante destacar a determinação do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) em sua Instrução Normativa nº 63/2019²⁰, no item “1.2 Orientações e Procedimentos – Observações 2”, na qual determina que “o ato constitutivo do sócio único observará as disposições sobre o contrato social de sociedade limitada”.

No que tange à regra dos requisitos essenciais do contrato social para a constituição da sociedade limitada, os incisos que não se aplicam à literalidade da sociedade unipessoal são o IV e VII²¹, uma vez que tratam da pluralidade de sócios.

Dessa forma, verifica-se que a unidade de sócio faz com que haja um único quotista, o que não implica na singularidade de quotas. Nesse sentido, no que tange a participação nos lucros e perdas, em decorrência da unipessoalidade, este participará integralmente nos proveitos dos resultados da sociedade.

Logo, nota-se que não haverá qualquer disposição sobre direitos políticos e econômicos dos sócios, uma vez que há singularidade na participação social. Institutos como acordo de quotistas e direito de preferência não fazem parte da realidade da sociedade unipessoal.²²

Outro ponto em que há distinção da sociedade limitada unipessoal para a pluripessoal é quanto a aplicação das regras das deliberações dos sócios, previstas na Seção V, do Capítulo IV, do Título I, do Livro II – Do Direito de Empresa do Código Civil.²³

Isso porque, com a unipessoalidade da sociedade limitada, não há mais aplicação prática para as regras previstas na Seção V (Da Deliberações dos Sócios), pois o único sócio tomará todas as decisões de forma centralizada.

Assim as regras previstas no artigo 1.071²⁴ e seus incisos não serão aplicáveis à sociedade limitada unipessoal, uma vez que o quórum para deliberar tais matéria será sempre de 100%, havendo o quórum necessário para a aprovação de todas as matérias previstas no Código Civil.

Por outro lado, deverá ser observada a regra prevista no artigo 1.078²⁵ do Código Civil, que determina a realização de assembleia uma vez por ano para a aprovação das contas e do

²⁰ BRASIL. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. *Instrução Normativa nº 63*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-63-de-11-de-junho-de-2019-163602391>> Acesso em: 17 mar. 2021.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²² SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (org). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*: Direito de Empresa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 544.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.



balanço patrimonial, como também para designar os administradores²⁶. Isso se dá pela previsão de ser obrigatória tal deliberação de forma anual, revelando a importância de tais decisões nos rumos da sociedade em seus aspectos administrativo e financeiro.

Insta salientar que de acordo com o item “2.2.1 Convocação da Reunião ou Assembleia de Sócios” da Instrução Normativa nº 63 do DREI²⁷, que a única deliberação do sócio único da sociedade limitada que deve necessariamente ser publicada é no caso de redução do capital social, quando este for considerado excessivo em relação ao objeto da sociedade, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.084 do Código Civil²⁸.

Nesse sentido, a sociedade limitada unipessoal, por suas questões intrínsecas, conforme delineado acima, não possui a Reunião ou Assembleia de Sócios. Logo, as decisões do sócio único deverão constar em documento escrito, podendo ser por meio de instrumento público ou particular, conforme determinado pelo item “2.2 Orientações e Procedimento” da Instrução Normativa nº 63 do DREI²⁹.

Outra distinção entre a sociedade limitada unipessoal e a sociedade limitada pluripessoal é quanto a aplicação dos institutos de retirada dos sócios, como o direito de recesso previsto no artigo 1.077³⁰, o qual é uma proteção ao sócio vencido em votação acerca de modificação societária.

Aqui também deixa de existir a figura de exclusão do sócio minoritário que expõe a risco o exercício da atividade social, havendo o direito de exclusão de pleno direito, desde que seja por justa causa, conforme exposto no artigo 1.085³¹ do Código Civil. Nesse sentido também, deixa de ser aplicável a previsão geral da parte sociedade simples no que tange o direito de retirada imotivado do artigo 1.029³².

Assim, verifica-se que a unipessoalidade reduz drasticamente a complexidade de gerenciamento da sociedade limitada, uma vez que o direito de retirada é um mecanismo bastante utilizado nesse modelo societário. Com isso, há grande impacto no exercício da atividade social, pois o direito de retirada acarreta na liquidação das quotas do sócio retirante,

²⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 321-322.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.



nos termos do artigo 1.031³³, o que implica na redução patrimonial da sociedade, dificultando o enfrentamento das obrigações sociais.

Outro ponto em que há distinção entre a sociedade limitada unipessoal e a sociedade limitada pluripessoal é quanto ao falecimento do sócio. Em relação a sociedade limitada pluripessoal, em caso de regência supletiva das normas da sociedade simples, deverá ser aplicado o artigo 1.028³⁴ para o falecimento de um sócio, havendo três soluções distintas, conforme disposto no incisos I, II e III desse dispositivo.

Já para a sociedade limitada unipessoal, em caso de falecimento do sócio único, caso seja pessoa natural, deverá a sucessão se dar por alvará judicial ou na partilha de bens entre os herdeiros. Caso a sucessão seja realizada de forma extrajudicial, a transmissão das quotas será por escritura pública de partilha de bens. Tal entendimento está fixado na Instrução Normativa nº 63 do DREI, no item “3.2.7 Falecimento do Sócio”³⁵.

Portanto, verifica-se que, caso não haja disposição em contrário no ato constitutivo da sociedade limitada unipessoal, as quotas e, assim, a sociedade por inteiro, será transmitida aos herdeiros do sócio falecido, não havendo hipóteses de dissolução nem a aplicação do artigo 1.028³⁶ do Código Civil.

Por fim, o último tema em que há diferenciação entre a sociedade limitada unipessoal e a composta por mais de uma pessoa é quanto a sua dissolução. Em relação a sociedade limitada pluripessoal, a dissolução deve seguir as normas dos artigos 1.087 em combinação com os artigos 1.044 e 1.033 do Código Civil³⁷.

Já para a sociedade limitada unipessoal, a dissolução deverá observar o que estiver disposto no ato constitutivo quanto às regras sobre o distrato do contrato social, conforme indicação do item “9.2 Orientações e Procedimento” da Instrução Normativa nº 63 do DREI³⁸. Logo percebe-se que há menor dificuldade para realizar a dissolução da sociedade unipessoal.

Portanto, verifica-se que a sociedade limitada unipessoal possui uma menor complexidade societária, não lhe sendo aplicáveis diversos institutos próprios das sociedades em geral. Com isso, há uma maior facilidade gerencial, sem questões controvertidas como a *affectio societatis*.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

3. IMPACTO NA POSSÍVEL EXTINÇÃO DE DEMAIS TIPOS SOCIETÁRIOS

A partir da introdução da Lei de Liberdade Econômica no ordenamento jurídico brasileiro, em relação aos tipos societários regulamentados no Código Civil, o primeiro grande questionamento que surge é quanto ao impacto para demais tipos societários. Isso porque essa lei introduziu a possibilidade de constituição da sociedade limitada unipessoal.

Diante disso, é inegável que a atenção se volta para a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, a EIRELI, regulamentada no artigo 980-A³⁹ do Código Civil. A EIRELI foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 12.441 no ano de 2011. Com isso trouxe uma grande revolução jurídica societária para o empreendedor que desejasse constituir um tipo societário de forma individual.

Antes da lei que introduziu a EIRELI, o empreendedor somente podia atuar de forma individual como empresário individual, que é aquele que atua em nome próprio, sem que seja possível criar uma personalidade jurídica distinta, não havendo separação patrimonial da pessoa natural e do empresário⁴⁰.

Apesar da inovação trazida pela introdução da EIRELI, tal introdução veio acompanhada de diversas críticas pela doutrina⁴¹, pois para a constituição desse tipo societário há duas exigências legais que criaram um obstáculo na escolha do empresário pela EIRELI. O primeiro entrave está no caput do artigo 980-A e é de ordem patrimonial, pois há a exigência de que o capital social mínimo da EIRELI seja de cem vezes o maior salário mínimo vigente no país. A segunda limitação está presente no § 2º⁴² do artigo 980-A, que corresponde a impossibilidade de uma pessoa natural constituir mais de uma EIRELI.

Além disso, há outra característica da EIRELI, sob o ponto de vista societário, que a torna uma opção menos benéfica para aquele que deseja empreender. A EIRELI é um tipo societário próprio, havendo regras próprias, conforme disposto no artigo 980-A e seus parágrafos. Ocorre que, caso o instituidor da EIRELI tenha a necessidade de constituir sócios para o exercício do objeto social, será necessário realizar a alteração do tipo societário, alterando-se a roupagem da sociedade⁴³.

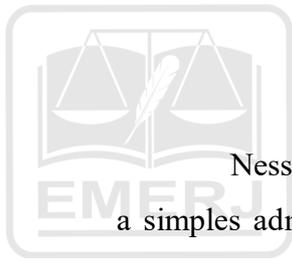
³⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 84.

⁴¹ SALOMÃO, op. cit., p. 536.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ SALOMÃO, op. cit., p. 540.



Nesse sentido, a alteração do tipo societário é um procedimento mais complexo do que a simples admissão de novo sócio, uma vez que deverá haver todo o procedimento formal perante a Junta Comercial, o que se revela como um processo com maiores custos de tempo e dinheiro.

Em paralelo, a título de comparação, a sociedade limitada unipessoal possui características extremamente semelhantes às da EIRELI, exceto que não possui todas as desvantagens acima elencadas. Na sociedade limitada unipessoal não há exigência de capital social mínimo e não há vedação para que a pessoa natural constitua mais de uma sociedade limitada em seu nome. Por outro lado, na sociedade limitada, caso seja necessário a admissão de novo sócio, isso poderá ser realizado com a simples alteração do contrato social contendo a nova previsão, sem que seja necessário alterar o tipo societário adotado.

Logo, percebe-se que a sociedade limitada unipessoal é muito mais atraente para o empreendedor do que a EIRELI, uma vez que possui as mesmas vantagens, mas não possui nenhuma desvantagem própria da EIRELI.

A partir dessas observações, o presente trabalho tem por hipótese de que a introdução da possibilidade de constituição da sociedade limitada unipessoal impactará diretamente na diminuição da constituição da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Para tanto, foram analisados o número de abertura dessas duas sociedades no Brasil, por trimestre, a partir do mês de janeiro de 2019. Os dados utilizados nesta pesquisa foram obtidos no Painel Mapa de Empresas⁴⁴ do Governo Federal.

Importante salientar que, nesta pesquisa, o ponto de recorte para a análise correta dos dados obtidos se dá no período anterior e posterior à entrada em vigo da Lei de Liberdade Econômica, ou seja, 20 de setembro de 2019. Portanto, haverá três grupos de três trimestres anteriores à entrada em vigor da referida lei e três grupos de trimestres posteriores à entrada em vigor da lei. Também deve ser ressaltado que na ferramenta utilizada para obter os dados, não é possível verificar a quantidade de sócios nas sociedades limitadas constituídas. Logo, o que será analisado é um panorama geral das sociedades limitadas.

No primeiro trimestre analisado, o qual compreende o período de janeiro, fevereiro e março de 2019, foram abertas 37.697 EIRELIs, ao passo que foram abertas 62.446 sociedades limitadas.

No segundo trimestre sob análise, referente aos meses de abril, maio e junho de 2019, foram abertas 41.587 EIRELIs, enquanto que o número de sociedades limitadas constituídas foi

⁴⁴ BRASIL. Ministério da Economia. *Painel Mapa de Empresas*. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapade-empresas>> Acesso em: 4 abr. 2021.

de 70.028. Nesse período, verifica-se um aumento de 10,31% na abertura de EIRELI e de também um aumento de 12,14% na abertura de sociedade limitada, em relação ao trimestre anterior.

No terceiro trimestre analisado, no período de julho, agosto e setembro de 2019, o último trimestre anterior à entrada em vigor da Lei de Liberdade Econômica, houve a abertura de 45.132 EIRELIs e de 78.782 sociedades limitadas. Neste período houve aumento de abertura de EIRELIs em 8,52% em relação ao período anterior e aumento de 12,5% de sociedades limitadas.

No quarto trimestre, que compreende o período de outubro, novembro e dezembro de 2019, no qual já há a possibilidade de constituição da sociedade limitada unipessoal, foram abertas 33.216 EIRELIs e 78.673 sociedades limitadas. Em comparação com o trimestre anterior, houve a diminuição na abertura de EIRELIs em 26,40% em relação ao período anterior e em relação a sociedade limitada não houve qualquer alteração significativa no número de abertura.

No quinto trimestre analisado, referente ao período de janeiro, fevereiro e março de 2020, foram abertas 27.828 EIRELIs e 83.524 sociedades limitadas. Novamente se observa uma diminuição na abertura de EIRELIs, dessa vez representando menos 16,22%, por outro lado, houve o aumento de 6,17% na abertura de sociedades limitadas.

No último trimestre de comparação, do período de abril, maio e junho de 2020, houve a abertura de 19.195 EIRELIs e de 67.583 sociedades limitadas. Como se percebe, houve grande diminuição na constituição de EIRELIs. Em comparação com o terceiro trimestre, ou seja, o último antes da entrada em vigor da Lei 13.874/19, a diminuição da abertura de EIRELIs foi de 31%. Observa-se também diminuição na abertura de sociedade limitada em 19%, mas não corresponde a intensidade de diminuição de EIRELIs.

Em termos gerais, comparando os três primeiros trimestres com os três últimos trimestres, fica mais evidente o ritmo de diminuição de abertura de EIRELIs e, por outro lado, houve o crescimento no número de abertura de sociedades limitadas. Isso porque, nos três últimos trimestres anteriores a entrada em vigor da Lei nº 13.874/19⁴⁵, foram constituídas 124.416 EIRELIs e 211.256 sociedade limitadas, ao passo que nos três primeiros trimestres posteriores a entrada em vigor da referida lei, foram abertas 80.239 EIRELIs e 229.780 sociedades limitadas.

⁴⁵ 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>. Acesso em: 17 mar. 2021.



Em termos percentuais, na comparação da soma dos trimestres antes e depois da entrada em vigor da lei de liberdade econômica, houve a diminuição de 35,5% na constituição de EIRELIs e aumento de 8,77% na abertura de sociedade limitadas.

Portanto, a partir da análise desses números, é possível verificar a tendência de diminuição na abertura de EIRELIs e, em contrapartida, o aumento do número de abertura de sociedade limitada, o que indica o provável desuso da EIRELI como um tipo societário a ser escolhido por quem deseja constituir uma sociedade.

Por fim, na análise do último trimestre até a produção da presente pesquisa, a fim de trazer uma perspectiva atual e contemporânea, no último trimestre com dados disponíveis, o qual compreende os meses de dezembro do ano de 2020, janeiro e fevereiro de 2021, foram abertas 23.944 EIRELIs e 122.469 sociedades limitadas, o que demonstra o ritmo de crescimento na abertura de sociedade limitada e a estagnação na abertura de EIRELIs.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou destrinchar os principais aspectos e características da sociedade limitada unipessoal, bem como o impacto da sua introdução no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, no primeiro capítulo foi analisada a sua natureza jurídica, diante de seu tipo societário e sua peculiaridade de unipessoalidade. Chegou-se à conclusão de que sua natureza jurídica é de sociedade limitada unipessoal, sendo uma espécie do gênero de sociedade limitada.

Também foi analisada a sua natureza não sob o aspecto jurídico, mas se seria uma sociedade de pessoas ou de capital, discussão essa tão marcante na sociedade limitada. Diante da unipessoalidade, entendeu-se de que a sociedade limitada composta por um único sócio somente pode ser classificada como sociedade de capital, pois não há presença da *affectio societatis*, nem previsão da forma de alienação das quotas.

No segundo capítulo, foi analisada a sociedade limitada unipessoal em comparação com a sociedade limitada composta por dois ou mais sócios. Sob esse aspecto foi possível verificar as diferenças operacionais da sociedade, bem como as previsões e imposições legais.

Dessa forma, conclui-se que a sociedade limitada unipessoal é muito mais simples sob o aspecto operacional. Isso porque não lhe é aplicável diversos institutos próprios da sociedade limitada, como o direito de retirada e exclusão de sócio, previstos nos artigos 1.029, 1.077 e 1.085 do Código Civil.

Também não há a realização de assembleia nem reunião de sócios, o que simplifica a tomada de decisão nos rumos da sociedade. Conseqüentemente não há a possibilidade de realização de acordo de quotistas.

Verificou-se também que há distinções no caso de falecimento do sócio, pois na sociedade limitada pluripessoal, tal matéria deverá seguir a previsão disposta no contrato social. No caso da sociedade limitada unipessoal, a morte do sócio acarreta na sucessão da sociedade para seus herdeiros.

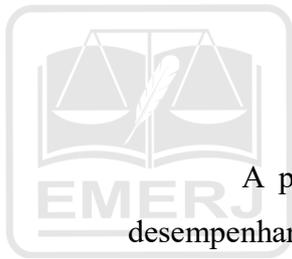
Por fim, foi analisado o impacto da introdução da sociedade limitada unipessoal em comparação com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, a EIRELI, uma vez que os dois tipos societários são as duas únicas hipóteses de unipessoalidade na composição do quadro social.

Para a pesquisa realizada no terceiro capítulo, foram analisadas as aberturas de sociedades limitadas e EIRELIs, nos períodos anteriores e posteriores à entrada em vigor da Lei que introduziu a possibilidade de constituição da sociedade limitada unipessoal.

A partir da pesquisa, foi possível observar que houve o decréscimo no número de abertura de EIRELIs e, por outro lado, houve o aumento no número de abertura de sociedade limitada. Em termos percentuais, o comparando-se os 9 meses anteriores e posteriores à entrada em vigor da Lei de Liberdade Econômica, percebeu-se que houve a redução de 35,5% no número de abertura de EIRELIs, enquanto, que houve o aumento de 8,77% no número de abertura de sociedades limitadas.

Portanto, conclui-se que a sociedade limitada unipessoal apresenta menor complexidade operacional em comparação com a sociedade limitada, uma vez que a ausência de sócios torna o cotidiano de tomada de decisões muito mais simples, sem necessidade de quórum e deliberações. Isso também é verificado pela impossibilidade de conflito com demais sócios e a conseqüente ausência de *affectio societatis*.

Possui vantagem em relação à EIRELI, uma vez que não possui a exigência de capital social mínimo, o que influencia na escolha do empreendedor pelo tipo societário a ser adotado, impactando no desuso da EIRELI. Também há a facilidade societária para a admissão de novos sócios, uma vez que basta apenas realizar a alteração no contrato social para que seja possível o ingresso. Além disso, não há a barreira de que a pessoa natural que institua a sociedade limitada composta por único sócio esteja impossibilitado de constituir outras sociedades limitadas, como ocorre com a EIRELI.



A partir dessas conclusões, é possível realizar o prognóstico de que EIRELI não desempenhará mais uma função relevante no ordenamento jurídico, pois a sociedade limitada unipessoal possui configuração mais atraente e com menos obstáculos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. I Jornada Direito Comercial do CJF: *Enunciado n° 3*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/3>> Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. V Jornada Direito Civil do CJF: *Enunciado n° 469*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/454>> Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. *Instrução Normativa n° 63*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-63-de-11-de-junho-de-2019-163602391>> Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Lei n° 6.404*, de 15 de setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei n° 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Ministério da Economia. *Painel Mapa de Empresas*. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas>> Acesso em: 4 abr. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 19. ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. 16. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (org). *Lei de Liberdade Econômica e Seus Impactos no Direito Brasileiro: Direito de Empresa*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA SOB O PRETEXTO DE SAÚDE SANITÁRIA

Jorge Luan da Cruz Tenorio

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – o Estado e o indivíduo possuem um pacto constitucional, no qual este concede àquele, poderes de zelar pelo bem-estar da coletividade. Análise da relação de poderes e deveres entre o Estado e o particular. Dessa forma, pode o Estado impor regras e limites a vida privada com o objetivo de zelar pela segurança e saúde sanitária da sociedade, cerceando quando necessário liberdades. Para os eventuais abusos de poder estatal, há os remédios constitucionais. Verificação da conduta do estado brasileiro no combate e enfrentamento da pandemia de Sars-Cov-2.

Palavras-Chave – Direito Administrativo. Poderes da Administração. Poder de Polícia. Limitações ao administrado.

Sumário - Introdução. 1. O papel do Estado na vida em Sociedade. 2. Limites do Administrador frente à individualidade 3. Pandemia, proteção geral x liberdade individual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa em comento, visa identificar os desdobramentos das medidas adotadas pelo ente estatal, tais como limitações de locomoção, proibição de determinadas atividades entre outras medidas impostas com o fito de garantir a segurança e saúde de uma coletividade, isso é discutido frente às liberdades e direitos que privativamente cada indivíduo dispõe.

A situação de pandemia, vivenciada por todos neste momento, trouxe relevantes discussões acerca dos limites da intervenção pública na vida privada com o escopo de garantir a maior proteção possível à coletividade.

Dessa forma, é necessária uma discussão sobre quais ferramentas dispõe o Estado perante os direitos individuais garantidos constitucionalmente, para defender a incolumidade de uma gama de pessoas. O Estado tem o dever de zelar pela segurança e proteção de todos os cidadãos, no entanto resta entender até que ponto o Administrador pode e deve ir para que atinja este objetivo.

Cada indivíduo possui em seu bojo de direitos, os direitos de ir e vir, de agir livremente conforme a sua própria consciência entre outros, todavia, esse agir não pode ferir liberdades e direitos inerentes aos demais indivíduos.

Assim, precisa-se entender como conciliar estes direitos individuais com a



responsabilidade do Estado em garantir à uma coletividade a segurança e a saúde, sem que a atuação no enfrentamento desses problemas e questões sociais despreze o que cada cidadão possui em sua coletânea de garantias constitucionais.

O trabalho enfoca nas ações que promove o Estado dentro dos deveres e direitos que dispõe, observando-se para tanto um contexto constitucional-administrativo para proteger de maneira plena e efetiva a todos os seus integrantes. Ao mesmo tempo, em que é necessário garantir a estes a segurança e a saúde de forma coletiva, se faz necessário observar ainda, o que cada integrante possui isoladamente no seu conjunto de direitos e deveres, protegidos pela mesma Constituição que ampara o agir do ente estatal em prol da coletividade.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo reconhecendo que é ao Estado que cabe o gerenciamento dos problemas que surgem dentro dos seus limites territoriais, assim, cabe também ao Estado irrestritamente agir a fim de manter a ordem e a paz social frente a tantas demandas que surgem no dia a dia. Nesse sentido, reconhecendo-se o Estado como o maior responsável pelo controle da vida em comunidade, bem como o único detentor de instrumentos capazes e eficazes à proteção dos anseios coletivos, visa-se discutir os deveres que são impostos ao Estado.

Partindo desta premissa, vai-se para o segundo capítulo entendendo que o Estado é o grande responsável pela resolução dos conflitos e demandas, visto que, ele possui meios ilimitados para garantir o bem-estar de todos, mesmo que isto fira à liberdade individual. Observa-se que o ente estatal pode e deve agir limitadamente para garantir a todos a proteção e incolumidade, observando como espectro o bem maior ante o interesse menor ou privado.

Neste capítulo, entende-se que o Estado pode intervir nas vidas privadas com o propósito de zelar pela segurança e saúde gerais, resta saber de quais meios ele dispõe e quais são freios para que estes meios não violem as liberdades individuais. Objetiva-se, neste capítulo, ainda, discutir os limites do agir estatal para que se garanta a uma gama de indivíduos, segurança e saúde, isto tudo sob uma óptica do que prescreve a Carta Mãe e as legislações infraconstitucionais no que tange as liberdades privativas.

Já no terceiro e último capítulo, visa-se identificar que em uma situação de pandemia como a qual se vive, se há a possibilidade de um atuar absolutista para que se garanta a maior proteção, isto é, o atendimento da demanda coletiva, mesmo que se ultrapasse os preceitos e ditames constitucionais que protegem a liberdades e anseios individuais. Evidencia-se o quanto o tema ficou em voga, ante a situação pandêmica que se presencia nos anos de 2020/2021.

Assim, é um dever tratar dos limites do atuar do Estado frente à proteção do que deseja fazer cada cidadão com sua liberdade.



Por fim, vê-se que a situação de pandemia ativou uma discussão sobre os deveres estatais na oferta de segurança sanitária e saúde e como enfrentar a dificuldade de coligar tais deveres com os direitos individuais que tanto se falam no presente momento.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elege 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 as ideias aqui expostas.

1. O PAPEL DO ESTADO NA VIDA EM SOCIEDADE

É de conhecimento público que o Estado¹ é a instituição criada pelos homens a fim de se organizarem socialmente. Pode-se dizer, que ele é a materialização da gerência dos problemas e conflitos que cotidianamente surgem da relação entre os seus membros. Durante este capítulo expor-se-á a legitimidade do papel do Estado como regulador dos conflitos sociais.

A relação Estado e Sociedade muitas vezes se confunde com a história da própria humanidade. É o resultado dos conflitos, dos interesses, das interações e dos sonhos. Tratar dessa relação, é falar sobre o poder e a vida gregária, como se organizar e como assegurar a sobrevivência da espécie humana em nossa casa, a Terra, assegurando a um maior número de pessoas o acesso aos recursos básicos que lhes possibilitem viver com dignidade.

Como bem destaca, o autor Dalmo Dallari.², pode-se dizer assim que o:

[...] Estado se confunde com a própria história da humanidade, pois desde os agrupamentos primitivos o Estado já existia, ainda que embrionariamente e à espera de circunstâncias especiais para se desenvolver. [...] A maioria dos autores sustentam que o Estado surgiu após um período durante o qual a sociedade humana existiu sem ele. [...] Para alguns a evolução social foi determinando uma complexidade crescente da organização, chegando-se a um ponto em que o poder político precisou surgir, utilizando um órgão especial que é o Estado

O Estado nasce devido a necessidade de se estabelecer um acordo entre os indivíduos que viviam em comunidade, com o objetivo de resolver os conflitos que por acaso se

¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 49. (...) é o Estado como “ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum, de um povo situado em determinado território” (...)

² Ibid., p.50.

apresentassem.

Pode-se dizer, que o poder deriva do Direito e por ele se torna legítimo. Bem verdade que as normas que constituem o Direito devem ser consagradas pela sociedade civil, para que possam ser aplicada as sanções e as coercibilidades pelas autoridades públicas, sob pena de cair em total despotismo. Fato irrefutável é que nem todas as normas são sancionadas pelo Poder político, há algumas que já existem na consciência coletiva - jusnaturalista e estão consagradas nas constituições e nas leis das sociedades civilizadas. Do mesmo modo, nem todas as normas que formam o Direito têm origem imediata na consciência social, pois o progresso econômico, técnico e intelectual acaba por se situar aquém da consciência da maioria das pessoas, cabendo aos legisladores a tarefa de elaborar normas especiais ou gerais para atender a estas novas demandas com fito de salvaguardar o interesse público. Em suma, salutar é admitir que nem sempre a consciência social é capaz de apreender a gravidade e os perigos de certas situações e, por conseguinte, formular normas eficazes frente às dadas situações. Destarte, é necessário que uma elite natural, dotada de pressupostos como prudência e competência, forme um setor da consciência social, em cujo grau intelectual a maioria dos indivíduos não se situa.

Insta, brevemente, destacar que a nação é anterior ao Estado e com este não se confunde, logo a nação é a sua substância humana, é uma realidade sociológica, é um conceito de ordem subjetiva. O Estado é, segundo Miguel Reale ³, “a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal.” No Ocidente, o Estado é uma realidade jurídica, seu conceito é essencialmente objetivo. Várias nações podem se reunir em um só Estado, assim como uma só nação pode se dividir em diversos Estados.

Nessa toada, surge associada à renovação ou ao restabelecimento do pacto social, a ideia de Constituição, durante o início da Idade Moderna (Renascimento) em oposição à decadente ordem feudal e aos excessos do absolutismo monárquico. Trata-se de um pacto, um acordo estabelecido entre os diversos segmentos de uma sociedade para a definição das regras fundamentais da convivência social em determinado território.

A ideia de Constituição ganha mais força associada às concepções do Iluminismo⁴ no século XVIII. Esse pensamento fundamenta-se nos conceitos de Indivíduo, Razão, Natureza,

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 70.

⁴ MENDES, Maria. *A razão como instrumento de mudanças sociais, políticas e econômicas*. “O iluminismo foi um movimento intelectual que começou na Europa a partir do século XVII e ganhou força no século XVIII. A França é considerada o país que liderou intelectualmente o iluminismo europeu. Tinha como principais características a valorização da razão, considerada o mais importante instrumento para se conseguir qualquer tipo de conhecimento. (...)” Disponível em: < <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/iluminismo> >. Acesso em: 15 abr. 2021.



Felicidade e Progresso. Assim, diga-se que a Constituição é o instrumento pelo qual os indivíduos concedem poder ao Estado, para que este lhes regule a vida em sociedade.

O caráter imperativo, ou seja, a prerrogativa de obrigatoriedade, é o que distingue o Estado de todas as outras formas de núcleo social-político. Se em todos os demais o indivíduo se emancipa, do Estado, entretanto, ele não se liberta. E, se por desventura, tentar fugir à soberania de um, certamente cairá em outro, e assim será tantas quantas vezes se proponha a fazê-lo. O Estado faz-se imprescindível, porque atua sob a égide das leis constitucionais e infraconstitucionais, com o objetivo de alcançar, de maneira harmônica, o bem público. Destarte, o indivíduo está fatalmente condicionado a inserir-se no Estado, não podendo abdicar do Estado, tampouco reivindicar liberdade, senão quando este se rebela contra a própria personalidade humana.

Feitas tais ponderações, não há que se olvidar que as normas criadas pelos órgãos do Poder só serão Direito se não ofenderem os direitos fundamentais do próprio homem que ao Estado concede esse poder. Exceto, em casos de emergências graves, quando o Estado poderá editar leis suspendendo temporariamente o exercício de alguns direitos fundamentais, todavia, devendo restabelecê-los tão logo se tenha cessado o perigo.

Assim, a Constituição é o instrumento jurídico pelo qual o Estado e o indivíduo se comprometem juridicamente. É, portanto, o meio pelo qual o Estado tem a sua legitimidade confirmada, para que organize a vida dos indivíduos que compõem a sua nação.

Dessa forma, conclui-se que o Estado constitucionalmente autorizado, ganha força para que mantenha a ordem social entre os integrantes da nação ou nações que o compõe.

2. LIMITES DO ADMINISTRADOR FRENTE À INDIVIDUALIDADE

Neste capítulo, procura-se entender quais são os limites que o Estado com o poder concedido pelos seus componentes, pode lhes impor medidas com o objetivo de garantir-lhes e a todo o coletivo, a saúde. Ainda, aqui, visa-se discutir se existem meios de defesa ao arbítrio estatal.

Não é possível esquecer que os homens possuem deveres perante o Estado, obrigações balizadas pelos postulados da justiça e entre outros, assim, deve o Estado exercer coercitivamente a cobrança da conduta individual, seguindo seus preceitos de organização.

Nesse ínterim, o Estado pode determinar medidas e ações que restrinjam a liberdade individual ou cerceie o gozo e fruição de alguns direitos, isto em busca de oferecer a nação que o compõe, o melhor, mais especificamente no caso presente, a segurança sanitária.



A atuação do Estado se manifesta através do elemento pessoal e os recursos financeiros-econômicos para isso destinados. No que tange ao quesito pessoal, o Estado o alcança mediante eleição ou nomeação. No entanto, se houver necessidade, poderá o Estado recrutar coercitivamente, exemplo perfeito é o serviço militar, que possui caráter obrigatório para homens no Brasil, conforme art. 143, da CRFB/1988⁵.

Em se tratando de fazer funcionar a máquina pública, o Estado precisa de recursos financeiros-econômicos regulares.

Esses recursos advêm dos indivíduos que compõem o Estado por meio de impostos e taxas. Ressalte-se que tais cobranças se manifestam completamente autênticas, pois são a cota de cada cidadão nas despesas que o Estado realiza para o bem de todos⁶.

Dessa forma, pode o Estado instituir em momentos emergenciais, contribuições dentre outros tributos para garantir o custeio das medidas adotadas em defesa do interesse público-coletivo, observando os critérios definidos na constituição para que não aviltem o cidadão em demasia, como por exemplo no art. 148, da CRFB/1988, destaca que a União, pode instituir os empréstimos compulsórios⁷, que devem estritamente observar alguns princípios⁸.

Esse atuar do Estado, encontra-se justamente pautado na sua precípua função de garantir o bem-estar social - *welfare-state*, das democracias contemporâneas.

Todavia, como nem só de pão vive o homem, nem só de contribuição pecuniária vive o Estado. A obediência dos cidadãos às autoridades legalmente constituídas é o outro lado da moeda para a supremacia Estatal.

Claramente, não deverá ser a obediência, confundida com a submissão, pois, se assim o fosse, não se poderia falar em supremacia, mas sim, em tirania Estatal. Contudo, para isto têm-se os institutos dos remédios constitucionais, para que todo cidadão possa ter assegurado seus direitos e garantias fundamentais.

Quando da distribuição dos benefícios que devem advir da gestão dos recursos do Estado, não se pode perder a dimensão de que o homem é ao mesmo tempo igual e desigual.

É igual pela natureza humana, mas, desigual pela diversidade de suas condições de

⁵ 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 >. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁶ BORBA, Claudio. *Direito Tributário*. 26. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p 1-3.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 5

⁸ Ibid. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (...)III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993); c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (...)



vida na ordem física, psicológica, moral, social, econômica, também por aspectos que dizem respeito ao seu sexo, idade, sua condição de saúde, inteligência, profissão, fortuna, infelizmente raça, língua, dentre outros aspectos axiológicos.

Em decorrência de haver fatores alheios, tais como os supramencionados, torna-se impossível afirmar que, quanto aos direitos da pessoa humana a proteção do Estado deve ser igual para todos os indivíduos. De outro lado, o Estado não pode desprezar um cidadão em detrimento de outro, mormente quando se está falando em direitos individuais. Destarte, podemos afirmar que a verdadeira igualdade, consiste, em tratar desigualmente indivíduos desiguais e na proporção dessa desigualdade.

Ana Cristina Teixeira Barreto, citando Nelson Nery Júnior⁹:

O Artigo 5º, *caput*, e o inciso n. I da CF de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do artigo 125, n. I, do CPC, teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Pode-se afirmar que o Direito, nos Estados modernos, é o instrumento para realizar o bem público, valendo-se de seu poder para tanto. Frise-se, que, poder, no contexto em comento, nada mais é senão, a força à serviço de uma ideia, qual seja, a representação mental, na consciência coletiva de uma organização política e social capaz de realizar o bem público.

Desde os tempos bíblicos, observa-se a tentativa do Estado, em gerir as interações sociais e o seu impacto na coletividade. No Cânon¹⁰, escrito por Moisés sob a inspiração divina, principalmente no livro de Levítico, há diversas leis que mais tinham a ver a com a segurança e a saúde, do que com o relacionamento entre o homem e o divino.

Como a criação de regras e observâncias sociais e individuais no que tange ao tratamento da “Lepra”, atualmente conhecida como Hanseníase¹¹, no mencionado livro

⁹ BARRETO, Ana Cristina Teixeira. *IGUALDADE ENTRE SEXOS*-Carta de 1988 é um marco contra discriminação. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁰ ADRIANO FILHO, José. *A formação do Cânon bíblico: considerações a partir da semiótica da cultura*. “O Cânon bíblico é um “código” e, como tal, é um “texto da cultura”. “Texto”” Disponível em:<<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/ER/article/viewFile/5791/4669>> Acesso em: 18 mar. 2021.

¹¹ BRUNA, Maria Helena Varella. *Hanseníase (lepra)*. “Hanseníase ou lepra, nome pelo qual a enfermidade era conhecida no passado, é uma doença infectocontagiosa causada pela bactéria *Mycobacterium leprae*, ou bacilo de Hansen, em memória de seu descobridor. É provável que a transmissão se dê pelas secreções das vias aéreas superiores e por gotículas de saliva.” Disponível em:< <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/hanseníase-lepra/>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

existiam observâncias que deveriam ser respeitadas por todos os indivíduos, com objetivo de evitar que a doença se alastrasse atingindo a um grupo maior de pessoas. Essas observâncias incluíam a separação do doente do seu grupo familiar e social, colocando-o num ambiente reservado para que ele vivesse até a sua morte, haja vista não haver tratamento para a doença na época.

As regras são, dessa forma, o próprio Estado autorizado pelos seus cidadãos, garantindo a estes a proteção biopsicossocial necessária para a própria preservação da espécie.

Tais regras se revelam justas e adequadas, quando objetivam que a coletividade não venha suportar uma carga de prejuízos exacerbada, pela falta de senso e responsabilidade que toma conta de alguns seres do grupo social.

Por mais que seja essa, uma visão utópica, o Estado, com apoio e incentivo de grande parte de seus indivíduos, que com o tempo resistem menos as medidas adotadas, vem evoluindo no compromisso social de buscar meios para fazer efetivar os interesses coletivos.

Os limites colocados pelo Estados servem, assim, como um freio para que as liberdades individuais constitucionalmente ou legalmente garantidas, não venham ser em vez de benefício social, um prejuízo ao grupo.

Logo, é necessária a imposição de limites, para que se possa garantir a todos e não um indivíduo apenas, a proteção, a adoção de medidas, tais como a restrição de locomoção, observância de normas de segurança sanitária, dentre outras que o curto espaço de trabalho não permite a menção.

Apesar de ser o Estado o guardião da liberdade, este o é por meio do Direito. Ora, se são os direitos e garantias fundamentais inerentes ao homem, o Direito deverá estar a serviço de tais prerrogativas e não apenas dos interesses estatais sem o condão de legalidade e legitimidade.

A ideia que se traz de direitos fundamentais, em muito tem a ver com a formação das instituições legalmente constituídas do Estado, justamente porque estas possuem em seu nascedouro o contexto da formação histórica cultural da própria sociedade.

Todo ser humano já nasce com direitos e garantias, não podendo ser considerados como uma benesse do Estado. Alguns destes direitos são criados pelo ordenamento jurídico, outros através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas.

Os cidadãos devem exigir que o Estado e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento das suas necessidades básicas. Os direitos humanos têm uma posição bidimensional, pois por um lado possui um ideal a atingir, que é a



conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade e; por outro lado, assegurar um campo legítimo para a democracia.

Importante é saber que o Direito Fundamental é uma criação do contexto histórico-cultural da sociedade, de suas lutas e evoluções por melhorias garantistas.

Pode-se dizer que são enunciados constitucionais positivados, de cunho declaratório e assecuratório, o qual reconhece no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa ao cidadão, como por exemplo, o direito à liberdade de expressão - art. 5º, inciso IX da CRFB, direito à intimidade e a honra - art. 5º, inciso X CRFB¹². Ainda, os direitos fundamentais possuem o dever de fornecer mecanismos ou instrumentos para a proteção, reparação ou reingresso em eventual direito fundamental que porventura seja violado.

São os chamados remédios jurídicos, tais como o direito de resposta - art. 5º, inciso V, CRFB¹³, a indenização prevista, o *Habeas Corpus* e o *Habeas Data*, todos classificados como garantias constitucionais previstas.

Assim ao mesmo tempo em que o Estado pode impor aos homens limites ou regras na busca de fornecer aos mesmos, uma vida segura, saudável, digna etc. Estes encontram no próprio instrumento em que concederam poderes aquele, formas de se livrar do arbítrio desmensurado do ente estatal, e até mesmo mecanismos de que o Estado efetive o seu compromisso para com eles.

3. PANDEMIA, PROTEÇÃO GERAL X LIBERDADE INDIVIDUAL.

Neste capítulo procura-se identificar na prática a ação do Estado diante do caso concreto, e como esse agir pode ter cerceado direitos ou até impor novos deveres a cada indivíduo componente da estrutura social.

Infelizmente, a partir de 2019, na província de Wuhan, na China, começaram a surgir os primeiros casos de infecção pelo vírus Sars-CoV-2¹⁴, ou popularmente conhecido, como Covid-19. Tal vírus em pouco tempo se alastrou mundo a fora, gerando inúmeras mortes, como também, um vasto número de infectados.

Pouco tempo depois a situação se tornou incontrolável a ponto de receber a classificação no dia 11 de março de 2020, segundo a Organização Mundial da Saúde, de

¹² BRASIL, op. cit., nota 5

¹³ Ibid.

¹⁴ SANTOS, Maria Tereza. *Por que é importante descobrir a origem do novo coronavírus*. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/por-que-e-importante-descobrir-a-origem-do-novo-coronavirus/>> Acesso em: 06 abr. 2021.

Pandemia. Renata Okumura¹⁵, com base nos critérios da OMS, explica que a pandemia é:

[...] A propagação mundial de uma nova doença é chamada de pandemia. (...) Em linhas gerais, é pandemia uma doença espalhada em todo o mundo, que afeta um grande número de pessoas e que tenha transmissão sustentada de novos casos nesses locais. Não há, no entanto, um número fixo de casos ou de países afetados para que a situação seja caracterizada. [...]

Prestado, esse breve esclarecimento, ver-se-á como o Brasil, vem atuando nessa situação pandêmica.

Muitos indivíduos sequer presenciaram uma situação de pandemia, haja vista que a última pandemia havia ocorrido há mais de um século, vide a Gripe Espanhola - 1918, que se estima que tenha ceifado a vida de 1/3 da população mundial à época. Dessa forma gerações foram criadas, bem como Estados foram formados sem ter que lidar com o enfrentamento de uma situação de pandemia.

O Estado brasileiro, apesar de seu brilhante atuar em campanhas de imunização de doenças e como também por possuir um sistema de saúde pública, foi pego desprevenido como todos os demais organismos estatais, tendo que atuar conforme o caso concreto.

Assim, nos primeiros meses de 2020, foi editada uma série de normas e decretos a fim de regularizar a vida em comunidade, e como também normas que autorizavam a tomada de medidas duras, mas que se afiguravam essenciais à proteção do mais precioso recurso, a vida.

A primeira que se pode citar, foi a decretação do “Estado de Calamidade Pública”, no dia 20 de março de 2020, que se deu através do Decreto Legislativo nº 6/2020¹⁶. É de se notar também, que inclusive a pandemia vivenciada, trouxe reformas, inclusive, no próprio decreto que regulamentava as ações que deveriam ser tomadas em situações de emergência ou estado de calamidade pública, Bruno André Blume¹⁷, diferencia os conceitos da seguinte forma:

[...]
Mas qual seria a diferença entre emergência e calamidade? Segundo a lei, trata-se de uma questão de intensidade: a calamidade pública é decretada apenas nos casos mais graves, quando a capacidade do poder público agir fica seriamente comprometida. Ou seja, o estado ou município não conseguem resolver o problema por conta própria e precisam da ajuda do governo federal. É o estado que requer mais atenção e cuidado.
Já a situação de emergência refere-se a danos menores, que

¹⁵ OKUMURA, Renata. *Entenda as diferenças entre surto, epidemia e pandemia*. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-pandemia,70003227298/>> Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁶ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6/2020*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>>. Acesso em: 06 abr. 2021

¹⁷ BLUME. Bruno André. *Entenda o que é estado de calamidade*. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/estado-de-calamidade-publica/>>. Acesso em: 06 abr. 2021



comprometem parcialmente a capacidade de resposta do poder público, ou seja, menos graves que aqueles de uma calamidade pública. Nessa situação, eles também dependem de ajuda do Governo Federal, mas em um grau menor. Evidentemente, não é fácil definir essa diferença de intensidade, e isso acaba dependendo da visão do governante a respeito de cada caso.
[...]

Assim, por exemplo o Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010, foi drasticamente revogado pelo Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020¹⁸. Deve-se destacar que, o novo decreto justamente classifica as ações que devem ser tomadas durante a situação de emergência ou estado de calamidade pública, a fim de tornar mais claro e fácil o trabalho do agente administrativo.

Com as definições bem explicitadas, não há muita margem para o agente administrativo agir de acordo com seu arbítrio, mas, estritamente vinculado aos preceitos legalmente constituídos. Pois, como fora ressaltado linhas acima, se não há freios ao arbítrio do ente estatal, pode haver a violação a direitos essenciais do próprio homem.

Outro exemplo de ação federal no combate a pandemia pode ser muito bem-vista na Portaria nº 356, de 11 de março de 2020¹⁹, do Ministério da Saúde, que trazem conceitos que se ligam muito ao tema discutido no presente capítulo, tais como a determinação de isolamento nos casos confirmados de infecção pelo vírus SarsCov-2 e a possibilidade da decretação via ato administrativo da chamada “quarentena”²⁰.

Tais ações, quando tomadas, cerceiam justamente a liberdade de locomoção bem como o exercício de algumas atividades por parte dos indivíduos. Todavia, deve-se ter em mente a busca do ente federativo de evitar a propagação do vírus e também impedir que haja o colapso do sistema de saúde público ou privado. Assim vê-se mais uma vez a sobreposição do interesse geral sobre o individual.

¹⁸ BRASIL. *Decreto nº 10.593/2020*, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art44>. Acesso em: 06 abr. 2021

¹⁹BRASIL. *Portaria Ministério da Saúde nº 356/2020*, de 11 de março de 2020. Disponível em:<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 06 abr. 2021

(...)Art. 3º A medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local. (...)

²⁰ Ibid. (...)Art. 4º A medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado.

§ 1º A medida de quarentena será determinada mediante ato administrativo formal e devidamente motivado e deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação.

§ 2º A medida de quarentena será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território.

(...)



Continuando na esteira das medidas adotadas pelo Estado, podemos destacar também algumas proibições que foram adotadas em âmbito estadual e municipal.

Na esfera estadual, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, foram tomadas como medidas iniciais, a proibição do funcionamento de estabelecimentos comerciais e congêneres onde pudesse haver aglomerações, conforme pode-se extrair do Decreto Estadual nº 47006 de 27 de março de 2020²¹. Dessa forma, vemos a limitação ao exercício livre da atividade econômica.

Ademais, no que tange ao pleno gozo da propriedade privada, o Estado do Rio de Janeiro, ainda, edita a Lei nº 8.770, de 23 de março de 2020²², do Rio de Janeiro, com objetivo de efetivar o isolamento, a quarentena e até a realização de alguns procedimentos médicos de menor complexidade, regulando em seu bojo, a possibilidade de requisição da propriedade privada para atendimentos do interesse coletivo, definindo novos conceitos de propriedade privada passíveis de requisição, tais como hotéis, motéis e demais estabelecimentos similares.

Já na esfera municipal, além das medidas que em muito se assemelham com as supramencionadas, deve-se dar destaque especial a uma, que foi tornar obrigatório durante o estado de calamidade pública, o uso de máscara de proteção facial.

O então prefeito da cidade maravilhosa na época, o sr. Marcelo Crivella, assinou o Decreto Municipal 47.375/2020²³, que estabeleceu como obrigatório o uso de máscara facial proteção, com o fito de evitar a disseminação do SarsCov-2, durante o deslocamento de pessoas na rua e no uso dos transportes públicos ou privados de passageiros e durante o trabalho ou a visita a estabelecimentos com funcionamento autorizado.

Por fim, vê-se que o Estado em todas as suas esferas federativas, vem adotando medidas e ações que cerceiam, limitam ou restringem o gozo e a fruição de direitos constitucionalmente garantidos.

Dessa forma, a situação de pandemia, que infelizmente vive-se, evidencia o poder do Estado frente ao indivíduo de regular-lhe a vida privada e suas relações com seus pares.

Tais medidas foram e são adotadas a fim de possibilitar que o ente estatal cumpra com seu compromisso para com seu principal mandatário - o indivíduo.

Portanto, observa-se que as limitações e os cerceios impostos pelo Estado são formas

²¹BRASIL. *Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 47006/2020*, de 30 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391908>>. Acesso em: 06 abr. 2021

²²BRASIL. *Lei nº 8770/2020* do Estado do Rio de Janeiro, de 23 de março de 2020. Disponível em: < <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/826076418/lei-8770-23-marco-2020-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 06 abr. 2021

²³BRASIL. *Decreto Rio nº 47375/2020*, de 18 de abril de 2020. Disponível em: < <https://pge.rj.gov.br/covid19/municipal/decretos> >. Acesso em: 06 abr. 2021



intrínsecas de garantir que o Estado não pare e, possibilite aos seus integrantes a existência condizente com o corolário da dignidade humana, mesmo que para tanto, tenha que impor a vontade coletiva sobre a privada-individual.

CONCLUSÃO

Durante este trabalho, foi possível observar o compromisso assumido entre o Estado e o indivíduo, com o objetivo de resguardar o bem e a segurança sanitária da sociedade. Viu-se o papel fundamental que o ente estatal desempenha desde os tempos mais primórdios da sociedade, agindo como responsável pela adoção de medidas necessárias à proteção de um e todos ao mesmo tempo.

Ressaltou-se, que este contrato é antes de tudo um pacto firmado na Constituição, concedendo de forma simultânea poderes e responsabilidade para Estado e cidadãos. Além de tudo, notou-se, que o ente estatal age através de seus agentes e organizações com os recursos obtidos das receitas tributárias, conforme orienta a Constituição. Não podendo se falar de Estado ativo sem que haja a presença dos elementos objetivo e subjetivo que o constituem.

Observou-se, assim, uma relação simbiótica existente entre o homem e o Estado, relação que se forma e se concretiza através do Direito, elemento indispensável para que essa relação não seja desequilibrada, com o pêndulo tendendo mais para um lado que para outro.

Ademais, pôde-se constatar, que é impossível falar de Estado sem que se fale daqueles que lhe outorgam o poder, para que possa agir em benefício deles. Destacou-se, também, que a relação entre Estado e o homem é pautada em direitos e deveres para ambas as partes e, que, ainda, resta para o indivíduo a possibilidade de valer-se das garantias e direitos fundamentais como forma de se resguardar de eventuais arbítrios estatais.

Observou-se na prática a questão da imposição de limites ao homem durante a Pandemia de Covid-19, e a forma como o Brasil enfrentou e vem lidando com esse evento. O Brasil, veio da União ao Município, dentro de suas esferas de poder e competência, adotando a imposição de regras e determinações, que, apesar, de num primeiro momento se revelarem opostas aos ditames constitucionais, foram e são essenciais ao enfrentamento do estado de calamidade pública que se atravessa no presente momento.

Destacou-se ainda a necessidade de um cerceamento e restrição de alguns direitos para que se pudesse preservar a espécie humana e possibilitar a todos dentro do compromisso do estado brasileiro, o acesso digno aos serviços e meios de saúde e segurança sanitária.

Assim, nos termos deste trabalho foi proposto o reconhecimento e a necessidade da

adoção de um pensamento coletivo, isto é, de proteção coletiva, mesmo que, em detrimento de algumas liberdades que outro momento se gozava.

REFERÊNCIAS

ADRIANO FILHO, José. *A formação do Cânon bíblico: considerações a partir da semiótica da cultura*. 2015 Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/ER/article/viewFile/5791/4669>> Acesso em: 18 mar. 2021.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. *IGUALDADE ENTRE SEXOS*-Carta de 1988 é um marco contra discriminação. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea> >. Acesso em: 05 abr. 2021.

BLUME. Bruno André. *Entenda o que é estado de calamidade*. 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/estado-de-calamidade-publica/>>. Acesso em: 06 abr. 2021

BORBA, Claudio. *Direito Tributário*. 26. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

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 >. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Decreto Legislativo nº 6/2020*, de 20 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>>. Acesso em: 06 abr. 2021

_____. *Decreto nº 10.593/2020*, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art44>. Acesso em: 06 abr. 2021

_____. *Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 47006/2020*, de 30 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391908>>. Acesso em: 06 abr. 2021

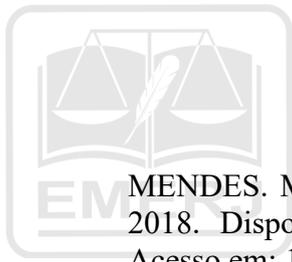
_____. *Decreto Rio nº 47375/2020*, de 18 de abril de 2020. Disponível em: < <https://pge.rj.gov.br/covid19/municipal/decretos> >. Acesso em: 06 abr. 2021

_____. *Lei nº 8770/2020* do Estado do Rio de Janeiro, de 23 de março de 2020. Disponível em: < <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/826076418/lei-8770-23-marco-2020-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 06 abr. 2021

_____. *Portaria Ministério da Saúde nº 356/2020*, de 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 06 abr. 2021

BRUNA, Maria Helena Varella. *Hanseníase (lepra)*. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/hanseniasse-lepra/>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.



MENDES, Maria. *A razão como instrumento de mudanças sociais, políticas e econômicas*. 2018. Disponível em: < <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/iluminismo> >. Acesso em: 15 abr. 2021.

OKUMURA, Renata. *Entenda as diferenças entre surto, epidemia e pandemia*. 2020. Disponível em:< <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-pandemia,70003227298/>> Acesso em: 06 abr. 2021.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Maria Tereza. *Por que é importante descobrir a origem do novo coronavírus*. 2021. Disponível em:< <https://saude.abril.com.br/medicina/por-que-e-importante-descobrir-a-origem-do-novo-coronavirus/>> Acesso em: 06 abr. 2021.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: A AFETAÇÃO AO LIMITE AXIOLÓGICO DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

José Roberto Linhares de Mattos Junior

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.

Resumo – diante da falência moral de uma parte da política nacional, em razão de casos de corrupção, o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel importante no cenário atual no imaginário social dos brasileiros. A mutação constitucional como um processo informal de mudança da constituição, onde há mudança de entendimento sem mudança de texto, se tornou um mecanismo hermenêutico cada vez mais atraente na interpretação do texto constitucional diante da complexidade da dinâmica social contemporânea. O trabalho se propõe a discutir acerca da mutação constitucional e da afetação ao limite axiológico da norma na mutação constitucional do artigo 52, X, CF na ADI 3.406/RJ que aceitou a abstrativização do controle difuso.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Mutação. Limite Axiológico da Norma. Abstrativização do Controle Difuso. Hermenêutica.

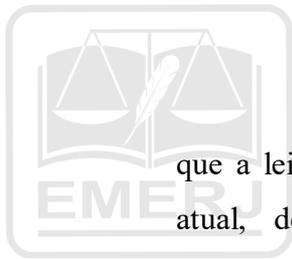
Sumário – Introdução. 1. O ciclo rotativo da sistemática normativa. 2. A fundamentação existencial da mutação consitucional. 3. A mutação constitucional do artigo 52, X, CF na ADI 3.406/RJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal assumiu importante papel no cenário atual, diante da falência moral de grande parte da política nacional, em razão de inúmeros casos de corrupção (*lato sensu*) surgidos nos últimos anos, tendo a sociedade – que não necessariamente têm conhecimento jurídico – projetado no Supremo Tribunal Federal a esperança de justiça. Ainda, movimentações políticas no sentido contrário de jurisprudências com o intuito claro de modificação de entendimentos jurisprudências, verdadeira reação legislativa conhecida como *backlash* – o que não seria ilegítimo, já que foram eleitos para tal – acabam por criar uma disputa entre poderes.

A Constituição Federal tem mecanismos formais de alteração de seu texto, entretanto, a Constituição Federal não é apenas alterada pelo procedimento formal, há procedimento informal de mudança da Constituição Federal, qual seja: a mutação constitucional.

A diferença entre o texto e a norma, é a interpretação, ou seja, a leitura que se extrai dela, daí a existência dos intérpretes. A mutação constitucional nada mais é do



que a leitura atualizada do texto, de modo a interpretá-la sob o prisma da sociedade atual, de modo a gerar novo entendimento da norma. A sociedade muda constantemente, o que leva a uma nova interpretação do texto legal para que se concretize, inclusive, a intenção do próprio legislador, que não poderia ter imaginado todas as situações possíveis.

Entretanto, a mutação constitucional não é uma carta branca ao Poder Judiciário, não se podendo fazer do instituto ferramenta para o decisionismo, havendo, então, limitação ao poder de interpretação do intérprete, qual seja, o limite axiológico da norma, não tendo como se interpretar algo que não está contemplado, com base na hermenêutica, pelo texto da norma em questão.

A teoria da abstrativização do controle difuso em que a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que em controle difuso, se revestirá dos mesmos efeitos do controle concentrado, qual seja, eficácia erga omnes e efeito vinculante encontra óbice no artigo 52, X, da Constituição Federal, já que cabe ao Senado Federal, nos casos de controle de constitucionalidade difuso, suspender a execução. De modo que entendeu o Supremo Tribunal Federal, ter havido mutação constitucional do dispositivo para que pudesse aplicar a referida teoria.

O presente trabalho, em seu primeiro capítulo, analisa o ciclo rotativo da sistemática normativa constitucional, abrangendo da função típica de legislar do Poder Legislativo até a função típica de julgar do Poder Judiciário, relativamente ao controle de constitucionalidade, e como correlacionar ambos os poderes de maneira harmônica de modo a se criar um ciclo de diálogos institucionais onde não haveria o monopólio da palavra final.

No segundo capítulo, empenha-se em discutir acerca do instituto da mutação constitucional: sua existência e fundamento, legitimidade e limitações, tocando em pontos como ativismo judicial e seus excessos e contraposição da realidade social à normatividade constitucional como uma forma de decisionismo, bem como a defesa do limite axiológico textual da norma como limite mínimo.

No terceiro e último capítulo, se analisa a desdogmatização da dogmática, a necessidade de novos critérios de designação jurídica mais condizentes com a complexidade da dinâmica social contemporânea, cuja mutabilidade se dá de modo demasiadamente rápido, a atuação específica do Supremo Tribunal Federal no



entendimento de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal ocorrido na ADI 3.406/RJ e uma possível subversão da norma.

A metodologia, em decorrência da complexidade do tema estudado, e de acordo com o método de Paul Feyerabend, quando fala-se em termos de ciências sociais, não é possível utilizar-se de um único método, é, então, necessário e melhor um pluralismo metodológico. Há, majoritariamente, inferências hipotético-dedutivas, entretanto, em determinados momentos, dialéticas.

1. O CICLO ROTATIVO DA SISTEMÁTICA NORMATIVA

A separação dos Poderes é um princípio constitucional basilar para o Estado Democrático de Direitos, encontrando previsão no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹ A Constituição confere o modelo tripartite da separação dos Poderes, dispondo que são independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso², a independência e harmonia é consubstanciada no sistema de freios e contrapesos – conhecido como “*checks and balances*” – onde há controle recíproco entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a impedir a criação de uma superestrutura homogênea. Cada Poder tem funções típicas e atípicas. Tipicamente, cabe ao Poder Legislativo legislar, ou seja, criar, aprovar ou revogar leis e emendas à Constituição, além de fiscalizar o Poder Executivo que, por sua vez, tipicamente, efetua a administração do Estado. Por fim, o Poder Judiciário tem como função típica o julgamento das demandas que lhe forem propostas, interpretando e aplicando as leis. Para o presente trabalho, interessa o papel inicial do Poder Legislativo, que dá início ao Processo Legislativo e o que põe fim à validade de uma norma, qual seja, uma declaração de inconstitucionalidade, por parte do Poder Judiciário.

O ciclo rotativo do sistema normativo inicia-se, em regra, com o Poder Legislativo – diz-se, em regra, porque o processo legislativo também pode começar com o chefe do Poder executivo, por exemplo –, com a propositura de um projeto de lei ou

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Nº. 13. 2009, p. 29.



de uma emenda à constituição. O Poder Executivo, por sua vez, veta ou sanciona e coloca em prática as Leis elaboradas e aprovadas pelo Poder Legislativo. Cabe, então, ao Poder Judiciário interpretar e aplicar ao caso concreto nas demandas que lhe for proposta, cabendo, por meio dos mecanismos hermenêuticos cabíveis, entender pela constitucionalidade ou não de determinado dispositivo, ou seja, cabendo ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade de norma produzida pelo Poder Legislativo.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é paralelo (ou *dual*), de modo que coexistem as modalidades de controle preventivo-político e controle repressivo-judicial, conforme bem ensina Guilherme Peña de Moraes³. O controle preventivo-político é feito na parte inicial do processo legislativo, pelo próprio Poder Legislativo, por meio de uma comissão específica – conhecida como Comissão de Constituição e Justiça – onde caberá fazer o julgamento prévio da constitucionalidade ou não do projeto de lei, para que este possa prosseguir com a tramitação pelo Congresso. O controle repressivo-judicial, por sua vez, é o elo final do ciclo, de modo que encerra a discussão acerca da constitucionalidade ou não da norma.

No caso do controle repressivo-judicial, este se subdivide em dois, quais sejam: controle abstrato e controle concreto. No caso do controle abstrato de constitucionalidade (como no caso de uma ação direta de inconstitucionalidade) a decisão, de acordo com os artigos 102, §2º e 103-A, caput, ambos da CRFB⁴, possui eficácia *erga omnes* (atinge a todos e não somente as partes do processo) e efeito vinculante (vincula demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, que tem que cumprir a decisão). Deste modo, há pelo menos três exclusões do efeito vinculante, quais sejam: o próprio Supremo Tribunal Federal – já que a norma diz “demais órgãos do Poder Judiciário” –, o Poder Legislativo e o Governo.

O Supremo Tribunal Federal está excluído para que não haja uma fossilização jurisprudencial, evitando-se que ele se autoengesse, possibilitando o “*overruling*”, ou seja, uma guinada jurisprudencial, que mude de opinião no futuro, inclusive do entendimento de inconstitucionalidade para a constitucionalidade, tendo em vista que a decisão de inconstitucionalidade opera efeitos no campo da eficácia, mas não no campo de sua existência.

O legislador também é excluído da vinculação para que possa reagir à decisão judicial, conhecido como “efeito *backlash*” (ou ativismo congressional). A exclusão do

³ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 534.

⁴ BRASIL. op. cit., 1988.



poder Poder Legislativo e do Governo se dá, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁵, em razão do princípio da liberdade de conformação legislativa, ou seja, a liberdade pertencente ao legislador da escolha do conteúdo e de quando produzirá as normas (necessidade e oportunidade, respectivamente), de modo típico pelo Poder Legislativo e de modo atípico pelo Governo. Cabe ressaltar que no caso do “ativismo congressional” não há presunção de inconstitucionalidade, por mais que a presunção de constitucionalidade seja atenuado, de modo que pode o próprio Supremo Tribunal Federal mudar de posição e entender, agora, pela constitucionalidade da norma.

Conforme ensinamentos de Roberto Mangabeira Unger⁶, o reconhecimento da dinâmica constitucional fundada no ciclo rotativo da sistemática normativa como uma premissa dialógica afasta leituras idealizadas e romantizadas das instituições, evitando-se a criação de um fetichismo institucional. Deste modo, melhorar-se-á a qualidade democrática na sistemática normativa constitucional, respeitando-se a separação dos poderes e o Estado Democrático de Direitos.

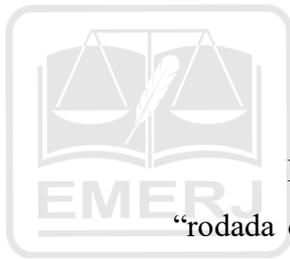
No caso do controle concreto há uma peculiaridade expressa na Constituição, de acordo com o artigo 52, X da Constituição Federal⁷: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”, o último rito que põe fim à rodada de discussão, por mais que seja meramente instrumental, pela redação do artigo (inclusive norma originária), parece ser de competência do Senado Federal, de modo que caberia ao Senado Federal suspender a execução da lei, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, no controle concreto a aplicação de efeitos inter partes, cabendo, no máximo, caso satisfeitos os pressupostos de relevante multiplicação de processos acerca de questão idêntica, valer-se da edição de súmula vinculante, para que pudesse estender o pronunciamento de inconstitucionalidade no controle difuso, conforme ensinamentos do professor Guilherme Penã⁸.

⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1993, p. 997.

⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the Progressive Alternative*. New York: Verso, 1998, p. 25.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁸ MORAES, op. cit., p. 555.



De toda sorte, por mais que o Supremo Tribunal Federal ponha fim numa “rodada de discussão”⁹, com a declaração de uma norma inconstitucional no caso do controle abstrato, não cabe ao Supremo Tribunal Federal o “monopólio da palavra final”¹⁰, havendo que se falar, no caso, de um “diálogo institucional”¹¹ existente na sistemática normativa, onde o Supremo Tribunal Federal põe fim numa rodada de discussão, mas podendo o Poder Legislativo abrir outra rodada de discussão com a edição de nova norma em sentido oposto ao decidido, por meio do efeito *backlash*.

O efeito *backlash*, diga-se, é legítimo, já que o Poder Legislativo foi eleito democraticamente pelo povo para fazer justamente edição, discussão, tramitação e revogação de leis do interesse do povo, de modo que o impasse termina quando o Supremo Tribunal Federal amoldar sua posição à do legislador ou quando o Poder Legislativo cessar a atuação legislativa, de modo que tal modelo se mostra condizendo com a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, evitando-se a criação de um superpoder. Enquanto não houver uma pacificidade entre as instituições, sempre haverá a possibilidade de que seja aberta uma nova rodada de debates acerca do tema em discussão, em decorrência da existência de um ciclo rotativo na sistemática normativa, em razão da separação dos poderes, do Estado Democrático de Direitos e do sistema de freios de contrapesos.

2. A FUNDAMENTAÇÃO EXISTENCIAL DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para melhor compreensão da problemática envolvendo a fundamentação existencial da mutação constitucional, há que tomar nota, em primeiro momento, acerca da separação entre texto e norma. É necessário que se distinga o texto da norma da norma propriamente dita, de modo que um não é necessariamente o outro, assim como entende Paulo Bonavides¹² que “onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo, portanto, de se desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda força e energia na ambiência sensível da vida”.

⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 206.

¹⁰ *Ibid.*, p. 182.

¹¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.85.



De igual modo, J. J. Gomes Canotilho¹³ sustenta no sentido de que “o texto legal a ser interpretado é denominado de ‘disposição’ e a norma é a parte de um texto já interpretado, ou seja, é o sentido ou significado da disposição”. Uma norma jurídica seria mais do que seu próprio texto, seria a interpretação dada ao texto. Deste modo, ante a diferenciação de texto e norma, abrir-se-á a possibilidade da existência legal da mutação constitucional, onde a Constituição não é um fim em si mesmo, mas deve ser interpretada e aplicada, de modo que, durante o processo hermenêutico, o intérprete pode dar-lhe uma nova interpretação, importando-lhe uma mutação constitucional.

Conceitualmente, mutar significa transformar, alterar, de modo que mutação constitucional, em sucinta análise, significa a possibilidade de alteração da interpretação de normais constitucionais, ou seja, a alterabilidade informal do texto constitucional ao longo do tempo, uma transição constitucional.¹⁴ Há alterabilidade formal na Constituição, qual seja, emenda constitucional (ou revisão constitucional) e alterabilidade informal na Constituição, qual seja, a mutação constitucional, que seria, em outras palavras, mudança de contexto sem mudança de texto.

A problemática que surge da fundamentação existencial da mutação constitucional consiste na divergência: se a mutação constitucional é uma mera interpretação constitucional à luz da contemporaneidade ou se seria usurpação do Poder Legislativo para legislar.

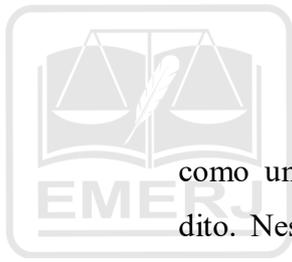
De acordo com entendimento de Luís Roberto Barroso¹⁵, além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional, existe uma terceira modalidade de poder constituinte que “se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais”.

Conforme se percebe do entendimento de Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal quando se utiliza do instituto da mutação constitucional se coloca na posição de um verdadeiro poder constituinte – e mais, um poder permanente – baseado em mecanismos não expressos na Constituição (mas que, de acordo com o autor, seriam por ela admitido). Neste caso, a mutação constitucional não seria vista tão somente

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.202.

¹⁴ *Ibidem*, p.1228.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.92.



como um instrumento hermenêutico, mas como um poder constituinte propriamente dito. Nessa visão, a mutação constitucional se deslocaria de uma mera interpretação constitucional à luz da contemporaneidade, que colaboraria para uma ‘construção coordenada’¹⁶ e ficaria mais próximo de uma usurpação do Poder Legislativo para legislar, tendo em vista que não cabe, segundo a própria Constituição – e talvez aqui resida o maior problema da mutação constitucional –, ao Supremo Tribunal Federal o poder típico de legislar, muito menos um poder constituinte permanente.

A mutação constitucional, quando realizada de modo a não respeitar, ao menos minimamente, o limite axiológico da norma, tende ao ativismo judicial – e, talvez, pior, já que nem sempre para concretização de direitos fundamentais. Critica Lenio Streck¹⁷ ser uma tendência brasileira de apostar no protagonismo judicial como uma forma de concretização de direitos e que isso seria uma interpretação equivocada do que ocorreu na Alemanha com a ‘jurisprudência de valores’ no pós-segunda guerra.

De inverso modo, a mutação constitucional pode ser compreendida como uma usurpação do Poder Legislativo de legislar, melhor dizendo, uma usurpação do poder típico de legislar do Poder Legislativo, levando ao ativismo judicial, onde, acerca do ativismo judicial, inclusive, descreve o prof. Lenio Streck¹⁸, comparando-o aos Atos Institucionais da ditadura – no caso ele fala sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal completamente contrária ao texto da norma – alertando para os riscos do decisionismo.

Ainda, em outro artigo, o prof. Lenio Streck¹⁹ alerta para a ‘overdose de ativismo’ onde, segundo o autor, o debate é tomado por posições ideológicas em confronto às garantias constitucionais, critica: “No século XIX, falava-se que as Constituições eram folhas de papel. Havia uma realidade social, que podia substituir a realidade das leis.”.

Porquanto o prof. Lenio Streck aborde mais os abusos, o alerta se faz válido quando se consegue ver o uso fora dos limites mínimos – não fora de um limite

¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p.135.

¹⁷ STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.10

¹⁸ Idem. *Embargos, conduções e recursos: o AI 5 continua em vigor?* Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/senso-incomum-embargos-conducoes-recursos-ai-continua-vigor>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁹ Idem. *Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?* Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-vozas-ruas-qual-valor-constituicao>>. Acesso em: 15 abr. 2021.



qualquer, mas do limite mínimo, qual seja, o limite axiológico da norma –, de modo que percebe-se que se coloca uma contraposição da realidade social à normatividade constitucional e que isso seria uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes – que, de todo modo, foi confirmada, inclusive, pelo Min. Luís Roberto Barroso.

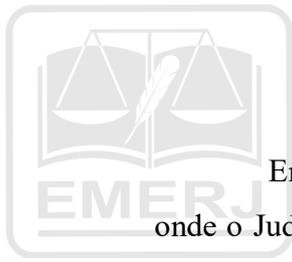
A existência da mutação constitucional parece razoável quando da presença de fatos novos, não previstos à época pelo legislador, sendo a mutação constitucional um processo natural, sendo uma engrenagem integrante de um sistema de construção constitucional – já que a interpretação faz parte da construção normativa – integrando uma construção coordenada do constitucionalismo, caso contrário, talvez, estejamos diante não de uma mutação constitucional, mas de uma verdadeira ruptura da sistemática normativa, com intuito claro de modificação constitucional sem observação do *due process* legislativo, o que é odioso em uma democracia.

Entretanto, cabe ressaltar que a mutação constitucional, como fenômeno hermenêutico, deve ser utilizado dentro de limites interpretativos, por óbvio, não podendo, por exemplo, ferir o limite axiológico da norma, de modo que é impossível se interpretar ‘x’ de ‘y’, caso contrário, seria abnegar completamente do texto constitucional em favor de um simples decisionismo, de um entendimento pessoal, de um grupo ou, ao menos, completamente alienado do texto constitucional, o que, frisa-se, é inconstitucional.

3. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, CF NA ADI 3.406/RJ

Por mais que no século XIX, no Direito, com o positivismo jurídico pudesse se acreditar que a norma jurídica possuiria a capacidade de disciplinar todas as possibilidades fáticas da vida²⁰, hodiernamente, sabe-se que não só o Direito não tem essa capacidade de disciplinar todas as esferas da vida – até porque se tivesse não haveria lacunas ou contradições –, quiçá a norma jurídica de albergar todas as possibilidades fáticas da vida, já que, caso contrário, estaria o Judiciário fadado ao sumiço, já que prestaria tão somente para declaração de algo que já é sabia, contemplado, existente de modo geral, funcionando o Poder Judiciário como mero homologador, ou seja, de reconhecer algo – o direito – oficialmente.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p.17 et seq.



Em relação à mudança de paradigma, criou-se um ‘direito jurisprudencial’ onde o Judiciário, diante da necessidade de preencher a lacuna deixada pelo legislador, passou a criar jurisprudências e súmulas com entendimentos consolidados por turmas e câmaras. Acerca disso, Mauro Cappelletti chega a falar em ‘direito judiciário’²¹ em seu livro ‘juízes legisladores?’ e indaga sobre a interpretação e a criação do Direito, se seriam conceitos contrapostos ou não, onde conclui que deve o intérprete preencher as lacunas, deve resolver as incertezas e esclarecer as ambiguidades, não podendo se dizer que de uma palavra ou conjunto de palavras se possa apenas extrair tão somente uma interpretação, um sentido. Aduz o autor ²² não ser completamente verdadeiro que na realidade prática uma dada palavra ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro, que inclusive no dicionário qualquer palavra tem vários significados.

Até que ponto se pode dizer que não há uma possível subversão da norma, não afetando o limite axiológico textual da norma em uma mutação constitucional entendida pelo Supremo Tribunal Federal, qual seus limites?

Não se espera que o raciocínio jurídico possa ser tão somente obtido com base em regras de lógica estrita. Conforme entende Luís Alberto Warat²³, seria duvidoso saber se esse tipo de raciocínio seria eficaz, recomendável ou realizável em um discurso prático do direito, até porque, a própria linguística nos ensina que não existem termos que contenham conceitos completamente precisos, de modo que os termos refletem seus usos e compreensões. Inclusive, é nesse exato ponto que a dogmática se encontra com a epistemologia, que abre espaço para uma ‘desdogmatização’ da dogmática, entretanto, esta tenderia a uma nova dogmatização, ainda apegada ao direito positivo, onde produz conhecimentos reprodutivos e não renovadores. Deste modo, conclui Luís Alberto Warat²⁴: “Deve abrir-se aos domínios relacionados com o jurídico, dos quais pode extrair novos critérios de designação jurídica, mais condizentes com a dinâmica social atual, cuja complexidade e mutabilidade crescem rapidamente”.

A mutação constitucional se coloca exatamente nessa abertura aos domínios relativos à esfera jurídica, de modo que se cria a possibilidade de extrair-se novos critérios de designação jurídica mais condizentes com a complexidade da dinâmica

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p.17.

²² Ibid., p.22.

²³ WARAT, Luís Alberto. Sobre la dogmática jurídica. *Revista Sequência, Estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, n. 2, p. 33-55, 1980, p.52.

²⁴ Ibid., p.52.

social contemporânea, cuja mutabilidade se dá de modo demasiadamente rápido, sendo impossível o processo legislativo com suas burocracias – que, frisa-se, são necessárias – acompanhá-la de maneira eficiente.

Em que pese a existência de tal possibilidade – e o presente trabalho não nega essa existência –, deve haver uma limitação para tal possibilidade, de modo que, em não havendo, criar-se-ia uma aberração jurídica, com a criação de um ‘superpoder’ com a atribuição de – independente dos demais poderes – criar e destruir o direito ao seu bel prazer, conforme sua própria consciência, o que não só iria de encontro frontal com o princípio da separação dos poderes como com toda a lógica sistêmica jurídica.

De outro modo, Luiz Lênio Streck²⁵ colocando de modo diverso – e, minimamente, bem enfático – onde, em seu livro ‘O que é isto – decido conforme minha consciência?’, que apresenta questionamentos acerca do tradicional modelo decisivo judicial em ‘*terrae brasilis*’ – como o próprio autor gosta de mencionar – e ao falar sobre o giro ontológico-linguístico, dispõe que “a viragem ontológico linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido”.

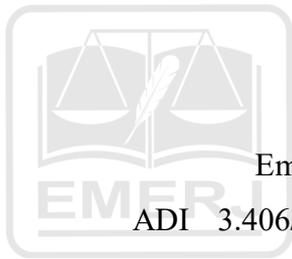
A virada hermenêutica que, no plano do conhecimento jurídico o autor vem denominando de crítica hermenêutica do Direito seria um novo estilo de abordagem filosófica pela qual se coloca como primeira etapa o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou positividade).²⁶

Considerando tais divergências doutrinárias, a mutação constitucional em si, se coloca como ferramenta hermenêutica apta para a solução da lacuna legislativa que sempre irá existir, de modo que há que se extrair novos critérios de designação jurídica condizentes com a complexidade da dinâmica social contemporânea, lembrando que sua mutabilidade se dá muito rapidamente, sendo impossível exigir do legislador que a acompanhe de maneira eficiente, cabendo ao Poder Judiciário colaborar para a construção do sistema jurídico como um todo, fazendo, nesse caso, um papel de colaborador no processo legislativo – e não como protagonista, ou como se detivesse monopólio sobre a palavra final – por meio de um “diálogo institucional”²⁷, o que se coaduna com o sistemática normativa vigente e, principalmente, com o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

²⁵ STRECK, Lênio Luiz. *op. cit.*, 2010, p.16.

²⁶ *Ibid.*, p.17.

²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, 2012, p. 279.



Em relação ao objeto mais específico do presente artigo, no julgamento da ADI 3.406/RJ²⁸, o Supremo Tribunal Federal entendeu ter havido mutação constitucional no artigo 52, X da Constituição Federal²⁹ de modo que, durante os debates do julgamento da ação, o Supremo Tribunal Federal acabou por concluir – apesar da improcedência do objeto principal da ADI 3.406/RJ³⁰ – que o art. 2º da Lei federal nº 9.055/95³¹ – que não era objeto principal da ADI 3.406/RJ³² – seria inconstitucional, de modo que a declaração de inconstitucionalidade se deu de forma incidental, em controle difuso de constitucionalidade.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, mesmo se ele declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, esta decisão já teria efeito vinculante e erga omnes³³, ignorante a disposição legal do artigo 52, X, da Constituição Federal³⁴ que dispõe de maneira diametralmente oposta, onde diz que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução no todo ou em parte a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, sendo essa suspensão da execução da lei discricionária, não cabendo, sequer, falar em decorrência natural.

Apesar da nomenclatura “abstrativização do controle difuso” não ter sido descrita expressamente na decisão do Supremo Tribunal Federal, o que fez o próprio Supremo Tribunal Federal foi a abstrativização do controle difuso, de modo que as decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle difuso teriam o mesmo efeito de uma decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle concreto, qual seja, seriam erga omnes e teriam efeito vinculante.

Tendo em vista se tratar de um possível esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal, qual seria a legitimidade da mutação constitucional entendida pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 52, X, da

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI. nº 3.406/RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3406efeitos.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020.

²⁹ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁰ BRASIL. op. cit., 2020.

³¹ BRASIL. *Lei nº 9.055*, de 1 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19055.htm>. Acesso em: 2 set. 2020.

³² BRASIL. op. cit., 2020.

³³ Idem.

³⁴ BRASIL. op. cit., 1988.



Constituição Federal³⁵ no julgamento da ADI 3.406/RJ³⁶, tendo em vista ter ocorrido de maneira diametralmente oposta ao texto da própria norma?

Não há falar em relação à legitimidade da mutação constitucional entendida pelo STF no artigo 52, X, da Constituição Federal³⁷, de modo que, com isso, houve um esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal (que sequer havia sido deixada de ser aplicada na prática pelo Senado Federal), transformando-o de protagonista em mero figurante.

O Supremo Tribunal Federal, no caso, extrapolou o limite axiológico do artigo 52, X, da Constituição Federal³⁸ no julgamento da ADI 3.406/RJ³⁹, razão que não é possível entender ‘x’ de ‘y’. A norma diz “compete privativamente ao Senado Federal”, não podendo o Supremo Tribunal Federal entender isso como “não compete ao Senado Federal” ou como algo a desnaturar por completo a sua competência privativa e que pode fazer de maneira discricionária – tendo sequer o Senado Federal, historicamente, deixado de exercer sua competência.

Em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal, o papel do Senado Federal, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso, dotada de eficácia vinculante e efeitos erga omnes.

O limite axiológico da norma deve ser um limite mínimo para as mutações constitucionais, evitando-se, ao menos, que se subverta a norma em nome de uma interpretação contemporânea, já que de diferente modo, importaria em uma legitimação legislativa – inclusive superior à do próprio legislador ordinário – por parte do intérprete da norma, o que confrontaria a separação dos poderes, corolário da Constituição Federal, já que o Poder Judiciário se tornaria um superpoder dotado da palavra final.

Desse modo, a mutação constitucional, por ser um processo informal de mudança da constituição, onde há mudança de entendimento sem mudança de texto, se não for utilizada dentro de ao menos uma limitação básica, qual seja, o respeito ao limite axiológico da norma – de modo ser impossível interpretar ‘x’ de ‘y’ –, pode se configurar uma legitimação legislativa irrestrita e ilimitada ao Poder Judiciário – colocando-o como um superpoder –, de maneira que seria possível o intérprete ir

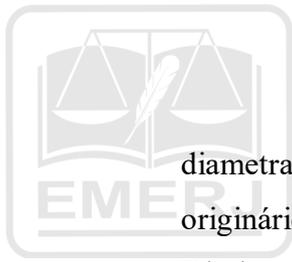
³⁵ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁶ BRASIL. op. cit., 2020.

³⁷ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁸ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁹ BRASIL. op. cit., 2020.



diametralmente contra não só o texto da norma, bem como a intenção do legislador originário, afetando, inclusive um dos pilares mais basilares do Estado Democrático de Direitos, qual seja, a separação dos poderes.

CONCLUSÃO

De fato, o Supremo Tribunal Federal assumiu importante papel no cenário atual, diante da falência moral de grande parte da política nacional, em razão de inúmeros casos de corrupção (*lato sensu*) surgidos nos últimos anos, tendo a sociedade – que não necessariamente têm conhecimento jurídico – projetado no Supremo Tribunal Federal a esperança de justiça. Ainda, movimentações políticas no sentido contrário de jurisprudências com o intuito claro de modificação de entendimentos jurisprudências – o que não seria ilegítimo já que foram eleitos para tal – acabam por criar uma disputa entre poderes.

A Constituição Federal tem mecanismos formais de alteração de seu texto, entretanto, a Constituição Federal não é apenas alterada pelo procedimento formal, há procedimento informal de mudança da Constituição Federal, qual seja: a mutação constitucional.

De modo que a diferença entre o texto e a norma, é a interpretação, ou seja, a leitura que se extrai dela, daí a existência dos intérpretes. A mutação constitucional nada mais é do que a leitura atualizada do texto, de modo a interpretá-la sob o prisma da sociedade atual, de modo a gerar novo entendimento da norma. A sociedade muda constantemente, o que leva a uma nova interpretação do texto legal para que se concretize, inclusive, a intenção do próprio legislador, que não poderia ter imaginado todas as situações possíveis, até porque a própria linguística nos ensina que não existem termos que contenham conceitos completamente precisos, de modo que os termos refletem seus usos e compreensões.

Entretanto, a mutação constitucional não pode ser uma carta branca ao Poder Judiciário, não se podendo fazer do instituto ferramenta para o decisionismo, havendo, então, limitação ao poder de interpretação do intérprete, qual seja, o limite axiológico da norma, não tendo como se interpretar algo que não está contemplado, com base na hermenêutica, pelo texto da norma em questão.

Considerando as divergências doutrinárias, a mutação constitucional em si, se coloca como ferramenta hermenêutica apta para a solução da lacuna legislativa que

sempre irá existir, de modo que há que se extrair novos critérios de designação jurídica condizentes com a complexidade da dinâmica social contemporânea, lembrando que sua mutabilidade se dá muito rapidamente, sendo impossível exigir do legislador que a acompanhe de maneira eficiente, cabendo ao Poder Judiciário colaborar para a construção do sistema jurídico como um todo, fazendo, nesse caso, um papel de colaborador no processo legislativo – e não como protagonista, ou como se detivesse monopólio sobre a palavra final – por meio de um “diálogo institucional”, o que se coaduna com o sistemática normativa vigente e, principalmente, com o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Entretanto, na ADI 3.406/RJ, a mutação constitucional entendida pelo Supremo Tribunal Federal – aceitando a abstrativização do controle difuso –, data máxima vênua, tendo em vista se tratar de um possível esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal, não há legitimidade na mutação constitucional entendida pelo STF no artigo 52, X, da Constituição Federal, já que, com isso, houve um esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal (que sequer havia sido deixada de ser aplicada na prática pelo Senado Federal), transformando-o de protagonista em mero figurante, de modo a ir diametralmente contra o limte axiológico da norma e a intenção do legislador ordinário, já que seria impossível se extrair a interpretação negativa completa de uma norma da própria norma – de modo a esvaziá-la por completo.

Desse modo, a mutação constitucional, por ser um processo informal de mudança da constituição, onde há mudança de entendimento sem mudança de texto, se não for utilizada dentro de ao menos uma limitação básica, qual seja, o respeito ao limite axiológico da norma, pode se configurar em uma legitimação legislativa irrestrita ao Poder Judiciário, podendo ir, inclusive, diametralmente contra a intenção do legislador originário, afetando, inclusive um dos pilares mais basilares do Estado Democrático de Direitos, qual seja, a separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional – Centro de Estudos Políticos y Constitucionales. Núm. 13. 2009. Disponível em:



<<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015>>. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI. nº 3.406/RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3406efeitos.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUENO, Roberto. *Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito*. Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 180, p. 275-290, 2010.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

FEYERABEND, Paul K. *Tratado contra o Método*. São Paulo: Unesp, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Embargos, conduções e recursos: o AI 5 continua em vigor?* Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/senso-incomum-embargos-conducoes-recursos-ai-continua-vigor>>. Acesso em: 15 abr. 2021.



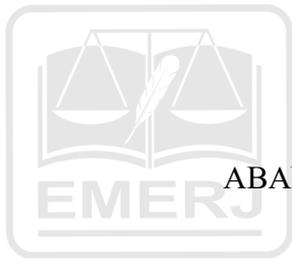
_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?* Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the Progressive Alternative*. New York: Verso, 1998.

WARAT, Luís Alberto. Sobre la dogmática jurídica. *Revista Sequência, Estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, n. 2, p. 33-55, 1980.



ABANDONO AFETIVO INVERSO: CARACTERIZAÇÃO, REPERCUSSÕES E ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO INSTITUTO

Júlia Fernandes Arcas

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

Resumo – A partir das modificações conferidas ao Direito das Famílias pela Constituição de 1988, destaca-se a afetividade e a solidariedade familiar como bases da família, instrumento para assegurar a dignidade humana de seus membros. Os idosos, como pessoas vulneráveis, recebem proteção especial do ordenamento jurídico e, no âmbito das relações familiares, podem necessitar de assistência material e/ou imaterial de outros membros da família para garantir sua sobrevivência e seu envelhecimento saudável. Este artigo aborda o abandono afetivo inverso, que consiste na falta de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos, destacando situações que caracterizam o instituto e analisando a efetividade do arbitramento de compensação por danos morais em situações de abandono. Assim, o presente trabalho desenvolve a questão da responsabilidade civil nas relações familiares e discorre sobre a função de reparação civil no âmbito familiar, apontando como as demandas compensatórias não podem acarretar na patrimonialização das relações familiares.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito das Família. Abandono Afetivo Inverso. Dever de cuidado.

Sumário – Introdução. 1. O dever jurídico de cuidado à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade familiar. 2. Caracterização e repercussões do instituto do abandono afetivo inverso. 3. Apreciação da efetividade de arbitramento de danos morais nas relações familiares, sobretudo, diante do abandono afetivo inverso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o abandono afetivo inverso, que consiste na falta de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos, apontando como o instituto é caracterizado na doutrina e na jurisprudência e analisando a efetividade do arbitramento de compensação por danos morais em razão do abandono.

Procura-se analisar o abandono afetivo inverso, especialmente no tocante à dificuldade de caracterização, às repercussões jurídicas e à efetividade do instituto, levando em consideração o dever constitucional de cuidado para com os pais idosos e a possibilidade de responsabilidade civil dos filhos.

A Constituição Federal prevê o dever dos filhos em prestar auxílio aos pais na velhice, carência ou enfermidade e o dever da família em amparar os idosos, assegurando a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida.



Inexiste previsão expressa sobre a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, logo, devem ser analisados os pressupostos do dever de indenizar; no entanto, é evidente a dificuldade de caracterização do instituto, tendo em vista a necessidade de estabelecer a diferença entre o dever de cuidado, que pode ser imposto aos pais e aos filhos, e o amor, que não pode.

Dessa maneira, considerando que a responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias não almeja a patrimonialização das relações, mas, tem função preventiva, educadora e reparadora, é fundamental a correta verificação da situação ocorrida. Nesse sentido, não há critérios objetivos pré-estabelecidos que caracterizam o instituto, devendo cada situação ser analisada individualmente.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar o dever de cuidado entre os membros da família, sobretudo em relação ao idosos, discorrer sobre a doutrina da proteção integral do idoso e desenvolver o entendimento sobre o afeto como dever jurídico, com o objetivo de justificar a possibilidade de responsabilidade civil em situações de abandono.

No segundo capítulo, busca-se expor como ocorre a caracterização do abandono afetivo inverso para diferentes operadores do direito e, conseqüentemente, analisar as principais repercussões do instituto, apresentando a posição da jurisprudência em questões de abandono no âmbito familiar, com a finalidade de demonstrar que as situações de abandono justificam o arbitramento de ações compensatórias.

No terceiro capítulo, serão feitas considerações acerca da efetividade de eventual arbitramento de compensações por danos morais em situações de abandono afetivo inverso, a fim de justificar a importância do instituto como ferramenta para garantia de direitos fundamentais às pessoas idosas.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, uma vez que se pretende analisar legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes à temática, com a finalidade de sustentar a pesquisa. O conteúdo será explorado a partir da exposição de normas jurídicas relativas às relações familiares e à responsabilidade civil e, com base nos entendimentos da doutrina e da jurisprudência sobre a caracterização do abandono afetivo e a responsabilidade civil nas relações familiares, busca-se examinar a efetividade do instituto.



1. O DEVER JURÍDICO DE CUIDADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA AFETIVIDADE E DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Gagliano e Pamplona Filho¹ definem família como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes”. Desse conceito, destaca-se a afetividade, que constitui a família e forma o vínculo entre seus membros.

A afetividade é o principal fundamento das relações familiares, de modo que o próprio conceito de família deriva do afeto, que consiste nas diversas formas de interação entre as pessoas. O princípio da afetividade está previsto na Constituição Federal², no Código Civil³, no Estatuto da Criança e do Adolescente⁴ e no Estatuto do Idoso⁵ e se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que valorizar a importância do afeto nas relações familiares é forma de concretizar a dignidade humana.

Madaleno⁶ destaca a importância da solidariedade nas relações familiares, tendo em vista que os “vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”. Assim, a solidariedade alcança a assistência material e moral recíproca entre os membros da família.

O princípio da solidariedade familiar está previsto na Constituição Federal⁷ e em demais diplomas legais e, segundo Flávio Tartuce⁸, “deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa”.

Os princípios da afetividade e da solidariedade, consubstanciados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em conjunto com outros princípios específicos e gerais, formam o arcabouço de proteção do Direito das Famílias. O afeto que une os membros da família e a solidariedade que permeia as relações familiares evidenciam o dever de cuidado.

¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 61.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

³BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

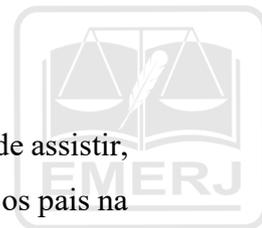
⁴BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁵BRASIL. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁶MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 20.

⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 40.



A Constituição Federal⁹, em seu artigo 229, prevê que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, evidenciando o dever recíproco de cuidado entre os pais e os filhos.

Especialmente em relação aos idosos, a Constituição Federal¹⁰, em seu artigo 230, dispõe que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

A doutrina da proteção integral ao idoso é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a vulnerabilidade das pessoas idosas, o que justifica a necessidade de proteção especial. Levando em consideração o crescimento da população idosa nas últimas décadas, tornou-se necessária a implementação de normas específicas de proteção. Dessa forma, a Constituição Federal¹¹ e o Estatuto do Idoso¹² dispõem sobre normas de proteção a esse grupo vulnerável.

Dentre as normas de proteção específicas aos idosos presentes na Constituição¹³, destacam-se a possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada ao idoso que preencher os requisitos legais, a preferência do lar do idoso para a execução dos programas de amparo, a gratuidade de transportes coletivos para os maiores de sessenta e cinco anos e, no tocante às relações familiares, o direito do idoso à manutenção dos vínculos familiares.

O tratamento respeitoso e preferencial aos idosos encontra amparo, também, no Estatuto do Idoso¹⁴, que, promulgado em 2003, preconizou a responsabilidade da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público como garantidores do idoso.

Assim como as crianças e os adolescentes, as pessoas idosas podem necessitar de amparo material e imaterial; no entanto, muitas vezes, são abandonadas por seus familiares e não recebem o auxílio necessário e constitucionalmente garantido, que permite que estas exerçam seu direito ao envelhecimento saudável e tranquilo.

Quando os pais não cumprem o dever de cuidado em relação aos seus filhos, resta caracterizado o abandono afetivo, que consiste na falta de afeto e na ausência dos cuidados decorrentes da paternidade, dentre eles, a assistência, a educação e o exercício da guarda.

⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰Ibid.

¹¹Ibid.

¹²BRASIL, op. cit., nota 5.

¹³BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 5.



Como o cuidado com os filhos é fundamental para o crescimento e a formação das crianças e dos adolescentes, não basta o cumprimento das obrigações pecuniárias, mas, são fundamentais a presença, a convivência e o afeto, que consistem no cuidado imaterial.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP¹⁵, paradigma em relação à temática, a Ministra Nancy Andriighi utilizou a expressão que, desde então, é repetida quando da abordagem do tema do abandono afetivo: “Amar é faculdade, cuidar é dever”. O entendimento firmado no julgamento demonstra a mudança de paradigma e a evolução do Direito Civil e do Direito das Famílias, prestigiando a situação de vulnerabilidade da criança e do adolescente.

No caso em análise, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o afeto como valor jurídico ao condenar o pai no pagamento de compensação por danos morais em razão do abandono afetivo em relação à filha, sob o fundamento de que a assistência moral está inserida no conceito de cuidado, destacando, ainda, que não se trata de obrigação de amar, mas, de efetivamente cuidar.

A violação ao dever de cuidado configura conduta ilícita e, portanto, motiva a reparação civil, por previsão dos artigos 186 e 927 do Código Civil¹⁶, se preenchidos os demais requisitos da responsabilidade civil: dano, nexo de causalidade e culpa.

Em relação aos idosos, é importante pontuar que estes também podem ser vítimas de abandono afetivo, uma vez que a assistência que os filhos maiores devem prestar também não se limita a questões materiais.

Quando os idosos necessitam de assistência material para garantir sua sobrevivência, há possibilidade de condenação dos filhos ao pagamento de prestação alimentícia em relação aos pais, ainda que não haja vínculo afetivo entre as partes, com fundamento nos princípios da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 1.696 do Código Civil¹⁷.

No tocante à assistência imaterial, entende-se que as obrigações jurídicas imateriais dos filhos em relação aos pais idosos são aquelas atinentes à garantia do convívio familiar e o amparo e auxílio moral, caracterizados pelo afeto, apoio e participação na vida do idoso.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201205021525150.votonancy_abandonoaafetivo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁷Ibid.



Nesse sentido, o abandono afetivo inverso consiste na falta de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos, que pode ocorrer pelo desprezo e indiferença no relacionamento, decorrentes da omissão de cuidado.

Assim, sob a mesma justificativa que possibilita a condenação em compensação por danos morais em virtude do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, em se tratando de pais idosos que são negligenciados por seus filhos, já que caracterizado o ato ilícito, verifica-se a possibilidade de responsabilidade civil por conta dos danos de ordem moral.

Por fim, destaca-se que diferentes autores e operadores do direito apontam em sentidos contrários sobre situações concretas que efetivamente caracterizam o abandono afetivo inverso, assunto que será analisado no próximo capítulo.

2. CARACTERIZAÇÃO E REPERCUSSÕES DO INSTITUTO DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

Diante da necessidade do ser humano de cuidar de outro ser humano para realizar sua humanidade e de ser cuidado para atingir sua plenitude¹⁸, é imprescindível a tutela das situações de abandono, tendo em vista as graves consequências oriundas do não cuidado para com os membros da família, especialmente em relação aos membros mais vulneráveis, dentre eles, os idosos.

Conforme envelhecem, os idosos passam por diversas mudanças decorrentes das limitações que se impõem e, ocasionalmente, de necessidades especiais que surgem. Nesse sentido, a rede de apoio e o cuidado da família, em especial, dos filhos, é fundamental para o envelhecimento saudável.

Considerando a dependência que normalmente decorre do envelhecimento, uma vez que é comum os idosos se tornarem dependentes de outras pessoas para realizar certas atividades cotidianas, são evidentes os danos que o abandono, na esfera material e imaterial, pode causar para a saúde física e mental dos idosos.

Idosos que são abandonados e experimentam a solidão podem desenvolver quadros de depressão, ansiedade e desmotivação. Além disso, o abandono pode ser determinante para o agravamento de doenças, tendo em vista que o acompanhamento de familiares poderia permitir eventual abrandamento ou tratamento de enfermidades.

¹⁸PEREIRA, Tânia da Silva. *Desvendando o cuidado como valor jurídico: abrigo e alternativas de acolhimento familiar*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/176.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.



No Recurso Especial 1.159.242/SP¹⁹, a Ministra Nancy Andrighi definiu que os pais devem aos filhos, além do sustento material, também o cuidado, destacando o dever de criação, educação e convívio. Assim, foi definido o abandono afetivo como a ausência de cuidado, em suas diversas vertentes; ausência esta que também pode ocorrer na relação de filhos para com seus pais, em regra, idosos.

Na doutrina e na jurisprudência não estão definidas todas as situações e contextos familiares específicos que caracterizam o abandono afetivo, tornando-se necessária a análise das peculiaridades de cada caso para verificar se presente a situação de abandono.

Segundo Leonardo Girundi²⁰, está caracterizado o abandono imaterial quando os filhos ou outros familiares entregam o idoso aos cuidados de uma casa de repouso ou de profissionais competentes e não fiscalizam se o idoso está recebendo o cuidado devido. Assim, não bastaria o pagamento da instituição ou do profissional, sendo fundamental a realização de visitas regulares para acompanhar o atendimento.

Para Janaína Palomino²¹, há abandono imaterial quando, ao chegar no imóvel que reside o idoso, verifica-se que este está descuidado, seja por falta de higienização, seja pela falta de medicamentos necessários ou quando o idoso é considerado um “estorvo pelos familiares”.

Fernanda Todsquini²² aponta como exemplos de abandono imaterial situações em que idosos são abandonadas em suas residências por seus filhos e nunca recebem visitas, contando com auxílio de vizinhos para realizar tarefas necessárias, bem como situações de idosos que são esquecidos em asilos e hospitais por seus familiares.

Joyce Lima²³ pondera que, à medida que os pais envelhecem e necessitam de atenção especial, há certa inversão de papéis, de modo que cabe aos filhos “escutá-los com paciência, ajudá-los em sua higienização, apoiá-los no caminhar e mesmo ensinar a eles o novo, inserindo-os na atualidade para que eles não se sintam excluídos da vida contemporânea”.

No tocante à relação dos filhos com os pais idosos, diversos autores apontam que o abandono afetivo inverso está caracterizado também quando há rompimento dos vínculos

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁰GIRUNDI, Leonardo. *Abandono de idosos*. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opinioao/leonardo-girundi/abandono-de-idosos-1.1853841>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

²¹PALOMINO, Janaína Gil. *Abandono afetivo inverso: o que é?* Disponível em: <<https://thathi.com.br/opinioao/a-bandono-afetivo-inverso-o-que-e/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

²²TODSQUINI, Fernanda Silva. *A inclusão do abandono afetivo no rol das causas de indignidade sucessória*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1625/A+inclus%C3%A3o+do+abandono+afetivo+no+rol+das+causas+de+indignidade+sucess%C3%B3ria>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

²³LIMA, Joyce Cibelly de Moraes. *Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1055/Abandono+afetivo+inverso%3A+%3Fa+responsabilidade+civil+dos+filhos+em+rela%C3%A7%C3%A3o+aos+pais+idosos+>>. Acesso em: 12 mar. 2021.



anteriormente estabelecidos, ou seja, quando o idoso é retirado ou impedido de participar do convívio familiar.

Especialmente no cenário da Pandemia da Covid-19, especialistas destacam que a necessidade do isolamento social e das medidas de proteção não devem representar exclusão social dos idosos, de modo que as famílias devem se valer dos meios disponíveis para manter o contato com os idosos²⁴.

Tal orientação demonstra a dimensão da importância de o idoso interagir com seu núcleo familiar, ainda que, neste momento, seja de forma remota e adaptada pelas tecnologias oferecidas, respeitando a vulnerabilidade e a necessidade de proteção em razão da idade.

Ato contínuo, reconhecido na situação concreta o abandono afetivo, seja porque o idoso está abandonado em alguma instituição ou em sua residência ou porque não é incluído na convivência familiar, faz-se necessário verificar quais são as repercussões dessa caracterização.

Alguns autores entendem que o abandono afetivo inverso deveria ser incluído no rol das causas de indignidade sucessória, de modo que, diante da ocorrência de abandono imaterial, comprovado o descumprimento do dever de cuidado, o descendente seria excluído da herança deixada pelo ascendente.

Assim, importante salientar a existência do Projeto de Lei nº 3.145/2015²⁵, que, buscando um equilíbrio no cenário de abandono, visa incluir incisos aos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil²⁶, de forma a possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. O Projeto de Lei prevê a inclusão do “abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres” como hipótese de deserção.

Ainda, ressalta-se que o Estatuto do Idoso²⁷, em seu artigo 98, considera crime, com pena de detenção de seis meses a três anos e multa, “abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado”.

Além da existência do Projeto de Lei, do entendimento de doutrinadores acerca da temática da deserção e da tipificação do abandono como crime, destaca-se como repercussão do instituto do abandono afetivo inverso sua caracterização como ato ilícito.

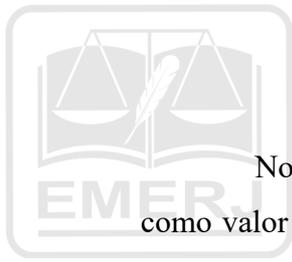
²⁴MUNDO AO MINUTO. *Covid-19. Peritos da ONU condenam abandono e discriminação de idosos.*

Disponível em: <<https://www.noticiasominuto.com/mundo/1444009/covid-19-peritos-da-onu-condenam-abandono-e-discriminacao-de-idosos>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

²⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.145, de 29 de setembro de 2015.* Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei nº 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 5.



No julgado paradigma já citado²⁸, o Superior Tribunal de Justiça definiu o cuidado como valor jurídico objetivo, de modo que, em razão de descumprimento da imposição legal de cuidado, é reconhecida a ocorrência de ilícito civil, sob a forma de omissão, possibilitando a compensação por danos morais.

Nesse sentido, destaca-se decisão da Oitava Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal²⁹, que condenou um pai ao pagamento de cinquenta mil reais a título de compensação por danos morais por abandonar afetivamente sua filha, apontando que “não se pode exigir (...) o cumprimento da ‘obrigação natural’ do amor”, mas, que “cuidar é uma obrigação civil”. Dessa forma, o Tribunal entendeu que a compensação por danos morais diante da falta de cuidado não consiste no “preço do amor”, mas, “mitiga a falta do que poderia ter sido melhor”.

Em sentido contrário, há julgados do Superior Tribunal de Justiça que destacam a impossibilidade de arbitramento de compensação por danos morais diante do abandono afetivo, sob o fundamento de que convivência e afeto são sentimentos naturais, espontâneos e genuínos.

O argumento favorável à possibilidade de compensação está amparado na dignidade humana, enquanto o argumento desfavorável está amparado na afirmação de que o amor e o afeto não se impõem e em uma suposta monetarização do afeto³⁰.

A jurisprudência apresentada se refere ao abandono de pais em relação aos filhos, mas, a fundamentação, no tocante à caracterização de ato ilícito, se aplica ao abandono dos filhos em relação aos pais idosos, uma vez que as relações familiares são fundadas na solidariedade e na afetividade e norteadas pelo acolhimento, ajuda mútua e respeito entre os familiares.

Dessa forma, ainda que não consolidado no ordenamento jurídico, diante da omissão no cuidado para com os pais idosos, há possibilidade de ajuizamento de ação compensatória por danos morais quando os elementos fáticos demonstrarem nexo de causalidade entre a conduta de abandono e eventuais danos emocionais ou psíquicos. Assim, devem estar presentes os requisitos da responsabilidade civil, previstos na legislação, mas, sobretudo, deve ser demonstrada que a ausência gerou lesão emocional que tenha perturbado o bem-estar do idoso, caso contrário, o instituto pode acabar por acarretar na patrimonialização das relações familiares.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível nº 0015096-12.2016.8.07.00 06*. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190515-13.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

³⁰TARTUCE, op. cit., 2019, p. 36.



A análise quanto à concreta efetividade do arbitramento de compensação por danos morais no caso de abandono afetivo inverso e também no âmbito das relações familiares será realizada no próximo capítulo.

3. APRECIÇÃO DA EFETIVIDADE DE ARBITRAMENTO DE DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES FAMILIARES, SOBRETUDO, DIANTE DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

Com a transformação do Direito das Famílias ocasionada pela Constituição Federal de 1988, que promoveu a despatrimonialização das relações privadas, a família deixa de ser encarada como instituição e passa a servir como instrumento para assegurar a dignidade da pessoa humana, de modo que a família é ambiente adequado para realização e desenvolvimento da personalidade de seus membros.

No tocante à temática da responsabilidade civil no âmbito familiar, a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial já citado³¹, destacou que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”. Dessa forma, aplicam-se às situações familiares a teoria da responsabilidade civil.

Nesse sentido, a título de exemplo, destaca-se que a jurisprudência brasileira tem reconhecido a responsabilidade civil em razão de fim de noivado, em situações de rompimento abrupto e violador das regras da boa-fé³². Ademais, o STJ reconheceu a possibilidade de arbitramento de danos morais na hipótese em que o marido foi enganado pela esposa sobre a paternidade biológica de filhos nascidos na constância do casamento, tendo a vista a violação de sua honra subjetiva³³.

Destaca-se, ainda, que decisões de tribunais estaduais já condenaram os réus ao pagamento de compensação por danos morais em razão de situações vexatórias e humilhantes envolvendo adultério. Além disso, o STJ também reconheceu a ocorrência de conduta ilícita

³¹BRASIL, op. cit., nota 16.

³²BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2001.001.17643*. Relator: Desembargador Humberto de Mendonça Manes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003979E0F588466476515A98358C7B97C38E8C40245401B>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 922.462/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23336120/recurso-especial-resp-922462-sp-2007-0030162-4-stj/inteiro-teor-23336121>>. Acesso em: 26 mar. 2021.



passível de compensação na hipótese em que o pai batizou o filho sem conhecimento da mãe³⁴. Por fim, quanto ao abandono afetivo, diversos julgados já reconheceram a omissão em prestar assistência moral como conduta ilícita passível de reparação diante da violação a direito da personalidade.

Nestes termos, quanto à responsabilidade civil nas relações familiares, Ruy Rosado de Aguiar Junior³⁵ entendia haver conflito entre dois valores constitucionais: dignidade da pessoa humana e necessidade de proteção da entidade familiar. Para o autor, eventuais pleitos reparatórios de danos morais entre membros da família poderiam acabar por abalar a preservação da família pelo Estado. No entanto, segundo o autor, a partir da tendência à sociabilidade no Direito das Famílias, o interesse predominante passa a ser da pessoa e não da entidade familiar, de maneira que o foco de proteção é a realização dos membros da família e não da instituição.

Maria Celina Bodin de Moraes³⁶ aponta que “como em todas as demais relações existenciais, onde tiver havido lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade, terá havido dano moral indenizável”.

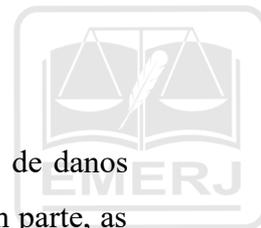
Dessa forma, a possibilidade de reparação civil no âmbito das relações familiares é amparada pela necessidade de proteção da personalidade dos membros da família, tendo em vista a relevância da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas. Assim, quando membros da família, mediante a prática de atos ilícitos, lesionam interesses extrapatrimoniais de outros membros, a responsabilidade civil funciona como instrumento para o ordenamento jurídico garantir a dignidade da pessoa humana, principalmente porque a família é centro da preservação da pessoa.

Nessa perspectiva, é importante que as demandas compensatórias de danos morais ajuizadas no âmbito das relações familiares sejam analisadas criteriosamente, considerando as peculiaridades de cada caso, observando as regras da responsabilidade civil e levando em conta a razoabilidade para o arbitramento e a equidade para fixação do *quantum*, de modo que as demandas não representem patrimonialização das relações familiares, mas, efetiva ferramenta para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.117.793/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/2082536/pai-pagara-idenizacao-por-batizar-filho-sem-consentimento-da-mae?ref=serp>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no direito de família*. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/85.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais e relações de família*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/136.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.



Flávio Tartuce³⁷ sustenta que predomina na doutrina brasileira o conceito de danos morais como lesão a direitos da personalidade, assim, a reparação busca atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial. O autor aponta que prevalece na jurisprudência que a compensação por dano moral possui um caráter principal reparatório e um caráter acessório pedagógico ou disciplinador, visando coibir novas condutas.

No que se refere aos objetivos da reparação civil no âmbito familiar, Rolf Madaleno³⁸ afirma que, diante da lesão aos direitos e deveres de ordem familiar, o arbitramento de reparação moral estimula os demais integrantes da sociedade a cumprirem com os deveres éticos impostos nas relações familiares e, para Valéria Silva Galdino Cardin³⁹, perante situações de dano causadas pelos próprios membros da família, “a reparabilidade do dano moral funciona como forma de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano”.

Em se tratando de abandono afetivo, Regina Beatriz Tavares da Silva⁴⁰ entende que a reparação por abandono tem o objetivo de aliviar o sofrimento da vítima e desestimular o ofensor à prática de novas ofensas. Ainda, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁴¹ apontam o acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico da compensação.

Em contrapartida, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁴² argumenta pela necessidade de o instituto do abandono afetivo ser encarado não como circunstância individual, mas, como comportamento socialmente danoso. Assim, cabe ao Direito atuar pedagogicamente, exercendo, portanto, sua função social.

Segundo a autora, para não funcionar como instrumento de vingança ou busca de lucro, a compensação por abandono afetivo deve ser bem utilizada, de modo a servir de instrumento para um Direito das Famílias mais adequado à contemporaneidade, desempenhando papel pedagógico nas relações familiares.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira⁴³, não é possível obrigar ninguém a dar afeto, logo, a única sanção possível é a reparatória e não estabelecer tal sanção significa premiar

³⁷TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 753.

³⁸MADALENO, Rolf. *O dano moral na investigação de paternidade*. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/o-dano-moral-na-investigacao-de-paternidade>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁹CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Do dano moral no direito de família*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_1673_1714.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁴⁰SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil nas relações de família*. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1222/819>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁴¹GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., 2019, p. 783.

⁴²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo.>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁴³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/392/Nem+s%C3%B3+de+p%C3%A3o+vive+o+Homem:+Responsabilidade+civil+por+abandono+afetivo.>>. Acesso em: 26 mar. 2021.



a irresponsabilidade e o abandono. Dessa forma, ao proferir decisões que arbitram compensação por danos morais em situações de abandono, o Poder Judiciário promove uma Justiça mais contemporânea, pautada na proteção de direitos fundamentais.

No que se refere especificamente ao abandono afetivo inverso, eventual arbitramento de compensação por danos morais busca reparar justamente o dano causado pelas atitudes que traduzem a falta de assistência imaterial. A conduta omissiva de não cuidar produz o resultado dano, que é reparável em razão do descumprimento da norma de cuidado entre os membros da família, oriunda da solidariedade e da afetividade familiar.

A violência contra a pessoa idosa é definida como a “prática de ações ou omissões cometidas uma ou muitas vezes que prejudiquem a integridade física e emocional da pessoa idosa, impedem seu desempenho social e quebram sua expectativa em relação às pessoas que a cercam”⁴⁴. Assim, a proteção especial do ordenamento jurídico busca garantir a dignidade da pessoa idosa e seu envelhecimento saudável. Todo o sistema protetivo destinado ao idoso visa efetivar a igualdade material, levando em consideração a vulnerabilidade da idade, bem como coibir qualquer tratamento que impeça o desempenho social.

Nessa seara, quando os operadores do direito enfrentam o abandono afetivo inverso, é evidente a busca pela concretização dos direitos dos idosos, pois, quando há dever de agir, a omissão deve ser repreendida. A reparação civil quando a falta de assistência imaterial do filho causa danos ao seu genitor idoso possui caráter reparatório ao idoso abandonado, quando se pretende amenizar os danos causados, mas, também reflete caráter pedagógico para a sociedade em geral, que é advertida pela reação da Justiça diante da violação aos direitos da personalidade do idoso, efetivando a dignidade da pessoa humana.

Assim, busca-se que a reparação civil em razão da omissão no dever de cuidado também repercute nas demais relações familiares, sobretudo para que as novas gerações possuam senso do dever jurídico do cuidado com os mais velhos.

Por fim, Laura Marcondes⁴⁵ afirma ser desnecessária e, ao mesmo tempo, inconveniente a tipificação de condutas que geram danos morais nas relações familiares, pois os requisitos gerais da responsabilidade civil são suficientes para avaliação do dano moral e a análise dos pressupostos se faz diante do caso concreto.

⁴⁴MINAYO, Maria Cecília de Souza; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *Importância da Política Nacional do Idoso no enfrentamento da violência*. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9134/1/Import%C3%A2ncia%20da%20pol%C3%ADtica.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁴⁵MARCONDES, Laura de Toledo Ponzoni. *Dano moral nas relações familiares*. 2013. 311 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Dessa forma, a ausência de previsão expressa quanto à possibilidade de danos morais por abandono afetivo inverso não representa impedimento à sua caracterização, uma vez que as hipóteses de responsabilidade civil nas relações familiares são indefinidas. Assim, na relação entre filhos e pais idosos, se verificada a violação de direitos da personalidade, causada pela conduta omissiva, aplicando os pressupostos da responsabilidade civil, há possibilidade de arbitramento de reparação, que, para além da compensação, exercerá sua função social.

CONCLUSÃO

A pesquisa buscou abordar o abandono afetivo inverso, contextualizando-o com o atual Direito das Famílias, demonstrando como o instituto é caracterizado na doutrina e na jurisprudência e analisando a efetividade do arbitramento de compensação por danos morais nas situações concretas.

A família, instrumento para assegurar a dignidade da pessoa humana, é fundada na afetividade e na solidariedade, princípios previstos na Constituição Federal, de modo que é imposto aos membros da família o dever de cuidado.

No que se refere às pessoas idosas, cabe ressaltar que a doutrina da proteção integral ao idoso prevê uma série de direitos e garantias conferidos aos idosos com o objetivo de salvaguardá-los e oferecer-lhes o envelhecimento saudável.

A partir da atual concepção de família, conferida pela Constituição Federal, e da necessidade do ser humano de cuidar e de ser cuidado, as situações de abandono, seja na esfera material, como na esfera imaterial, merecem tutela do ordenamento jurídico, principalmente em se tratando de abandono dos membros mais vulneráveis, tais como as crianças e os idosos.

O abandono afetivo inverso, objeto deste trabalho, consiste na falta de assistência imaterial dos filhos em relação aos pais idosos. Nesse sentido, a partir de decisões judiciais sobre a temática e de posições de diferentes autores, buscou-se discorrer sobre quais situações concretas efetivamente caracterizam o abandono afetivo inverso, tendo em vista que tais situações não estão previamente definidas.

Dentre os reflexos do abandono afetivo, destacou-se possibilidade de ajuizamento de ação compensatória por danos morais. Como o abandono afetivo consiste na omissão em prestar cuidado, nestas situações resta configurado o ato ilícito que, se causar dano à direitos da personalidade, pode ser reparável.

Quanto à possibilidade de reparação civil em razão do abandono afetivo, destacou-se o argumento de que a compensação está amparada na dignidade da pessoa humana, enquanto



que, para aqueles que não admitem a compensação nas hipóteses de abandono, a justificativa é no sentido de que não é possível impor amor e afeto.

Dessa maneira, em julgamento paradigma pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou consignado o cuidado como valor jurídico objetivo, possibilitando a compensação por danos morais decorrente de ilícito civil sob a forma de omissão, em razão da ausência de cuidado.

O presente trabalho demonstrou a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil nas relações familiares, apresentando situações diversas nas quais houve arbitramento de danos morais em razão de lesão a direitos da personalidade no âmbito familiar. Dessa forma, a prática de atos ilícitos que lesionem interesses extrapatrimoniais é passível de reparação, uma vez que a possibilidade de reparação civil no âmbito das relações familiares é amparada pela necessidade de proteção da personalidade dos membros da família.

Em se tratando da efetividade em arbitrar reparação por danos morais, a pesquisa apontou que a compensação por abandono afetivo pode servir como instrumento para um Direito das Famílias mais adequado à contemporaneidade. Dessa forma, destacam-se as funções reparatória e pedagógica da reparação civil, bem como a possibilidade de o arbitramento de compensação repercutir em outras relações familiares.

A partir do que foi apresentado no trabalho, restou demonstrado que a ausência de tipificação de condutas que geram danos morais não obsta a possibilidade de reparação civil no âmbito das relações familiares, devendo-se, portanto, aplicar às situações concretas a teoria da responsabilidade civil.

A despeito da ausência de previsão legal e de certa incerteza para arbitramento de reparação por parte da doutrina e da jurisprudência, concluiu-se que, aplicando a teoria da responsabilidade civil, a ausência de assistência imaterial dos filhos em relação aos pais idosos caracteriza ilícito civil, por descumprimento do dever de cuidado. Assim, havendo nexo de causalidade entre esta conduta omissiva e eventuais danos aos direitos da personalidade dos pais idosos, há possibilidade de reparação.

Por fim, o presente trabalho assentou que as situações devem ser analisadas concretamente, levando em conta os requisitos da responsabilidade civil e as peculiaridades de cada caso, sobretudo para que eventuais demandas compensatórias não representem patrimonialização das relações familiares.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no direito de família*. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/85.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.145, de 29 de setembro de 2015*. Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201205021525150.votonancy_abandonoafetivopdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível nº 0015096-12.2016.8.07.0006*. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190515-13.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Do dano moral no direito de família*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_1673_1714.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GIRUNDI, Leonardo. *Abandono de idosos*. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opiniao/leonardo-girundi/abandono-de-idosos-1.1853841>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo.>>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

LIMA, Joyce Cibelly de Moraes. *Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1055/Abandono+afetivo+inverso%3A+%3Fa+responsabilidade+civil+dos+filhos+em+rela%C3%A7%C3%A3o+aos+pais+idosos+>>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



_____. *O dano moral na investigação de paternidade*. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/o-dano-moral-na-investigacao-de-paternidade>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MARCONDES, Laura de Toledo Ponzoni. *Dano moral nas relações familiares*. 2013. 311 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *Importância da Política Nacional do Idoso no enfrentamento da violência*. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9134/1/Import%C3%A2ncia%20da%20pol%C3%ADtica.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais e relações de família*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/136.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MUNDO AO MINUTO. *Covid-19. Peritos da ONU condenam abandono e discriminação de idosos*. Disponível em: <<https://www.noticiasaminuto.com/mundo/1444009/covid-19-peritos-da-onu-condenam-abandono-e-discriminacao-de-idosos>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

PALOMINO, Janaína Gil. *Abandono afetivo inverso: o que é?* Disponível em: <<https://thathi.com.br/opiniao/abandono-afetivo-inverso-o-que-e/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Desvendando o cuidado como valor jurídico: abrigo e alternativas de acolhimento familiar*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/176.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/392/Nem+s%C3%B3+de+p%C3%A3o+vive+o+Homem:+Responsabilidade+civil+por+abandono+afetivo>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil nas relações de família*. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1222/819>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TODSQUINI, Fernanda Silva. *A inclusão do abandono afetivo no rol das causas de indignidade sucessória*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1625/A+inclus%C3%A3o+do+abandono+afetivo+no+rol+das+causas+de+indignidade+sucess%C3%B3ria>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

O CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHO NA COPARENTABILIDADE E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA EM OPOSIÇÃO À PROTEÇÃO DA CRIANÇA

Juliana Fagundes dos Santos

Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. Pós-Graduada em Educação. Graduada em História pela UFMG. Servidora pública do TRT1.

Resumo – As formas de constituição de famílias sofreram profundas transformações com o passar do tempo. A coparentalidade se apresenta como uma estrutura familiar cada vez mais comum na sociedade atual, de forma que se torna essencial discutir suas características e a forma como ela pode ser juridicamente formalizada. A essência do trabalho é verificar qual a relevância do contrato de geração de filhos na coparentalidade e discutir a necessidade ou não de uma homologação judicial.

Palavras-chave – Direito de família. Filiação. Coparentalidade. Contratos.

Sumário – Introdução. 1 Das transformações das formações familiares e o surgimento da coparentalidade. 2. Uma discussão acerca da eficácia e da validade do contrato de geração de filhos na coparentalidade. 3. A autonomia da vontade dos parceiros coparentais face as garantias da criança (previstas no ECA e na CRFB/88). Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o instituto da coparentalidade e o contrato de geração de filhos estabelecido entre os genitores e suas implicações do ponto de vista jurídico e social. Busca-se analisar os limites da atuação da autonomia privada dos genitores em oposição à garantia do melhor interesse da criança.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a igualdade entre cônjuge e filhos, a autonomia individual, pluralidade familiar e o afeto como fundamentos das relações familiares. Dentre as novas configurações de família da atualidade, a coparentalidade desponta como o instituto no qual duas pessoas, que não desejam o amor romântico entre si, se unem com o objetivo comum de exercer a maternidade e/ou a paternidade e planejam, desde a concepção, a divisão dos cuidados com a criança, numa relação de parentalidade responsável, que envolve cooperação, respeito, amizade e afeto.

O Direito, como ramo do conhecimento que se constrói e se molda a partir das mudanças da sociedade, não pode se privar de analisar a coparentalidade como fenômeno social com implicações jurídicas. Assim, é imprescindível discutir de que forma uma relação coparental atende ao princípio do melhor interesse da criança e se de fato estabelece uma paternidade responsável.



Trata-se de uma realidade ainda não abarcada no ordenamento jurídico e pouco debatida na doutrina e jurisprudência. Como não há legislação específica sobre o tema, as partes têm optado por estabelecer o chamado contrato de geração de filhos como forma de definir regras prévias. É fundamental discutir quais são os limites do que pode ser acordado pelos genitores, de forma que, ao mesmo tempo em que os direitos da criança sejam atendidos, seja garantida a liberdade negocial que a estrutura impõe.

No primeiro capítulo é abordada a modificação das relações familiares na contemporaneidade e o surgimento da coparentalidade como uma dessas novas estruturas. Para tanto, se discute o conceito de coparentalidade dentro da perspectiva tratada na Psicologia e no Direito de Família, ou seja, tanto no aspecto da parentalidade responsável e compartilhada quanto nos efeitos jurídicos desse instituto.

Em sequência, o segundo capítulo trata do contrato firmado entre os genitores coparentais, o chamado contrato de geração de filhos. Inicialmente, analisa-se a importância de se atender aos requisitos de validade dos contratos previstos no art. 104 do Código Civil. Além disso, busca-se discutir se este instrumento contratual mostra-se hábil e pertinente para determinar questões tão fundamentais na vida da criança, quais são os seus limites negociais e se há necessidade ou não da homologação judicial.

No terceiro Capítulo discute-se como o instituto da coparentalidade e o contrato de geração de filhos se relacionam ao princípio do melhor interesse da criança e os princípios da paternidade responsável previstos no art. 227 da Constituição Federal. Pondera-se se deve prevalecer a liberdade contratual entre as partes, desde que obedecidos os princípios determinados no Direito Civil, ou se cabe alguma intervenção estatal para assegurar a observância dos direitos fundamentais da criança.

Ressalta-se que foi utilizada pesquisa pelo método hipotético-dedutivo com o levantamento de questões iniciais norteadoras, elaboração de proposições hipotéticas e revisão bibliográfica.

Assim, pode-se afirmar que se trata de uma pesquisa qualitativa na qual foi analisada bibliografia atual sobre o tema, aliada à legislação pertinente e pesquisa jurisprudencial.

1. DAS TRANSFORMAÇÕES NAS FORMAÇÕES FAMILIARES E O SURGIMENTO DA COPARENTALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) trouxe significativas mudanças para a área do Direito de Família, que possibilitaram, inclusive, que alguns autores



defendam a mudança do nome da disciplina para “Direito das Famílias”, como Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Tal denominação se deve ao fato que a CRFB/88, mesmo trazendo de forma expressa apenas três tipos de formação familiar (casamento, União Estável e família monoparental), permitiu o reconhecimento da existência de uma pluralidade de tipos famílias, como apresentado pelo ministro Luiz Fux¹ no voto no RE 898060-SC:

A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226 § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada a discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

O reconhecimento da pluralidade de formações familiares da contemporaneidade possibilitou que o Direito se aproxime mais da realidade brasileira e sejam assegurados os direitos fundamentais dos indivíduos. Tipos de família como a família recomposta, família mosaico, família simultânea e família homoafetiva, por exemplo, que eram ignoradas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, atualmente são amparadas pelo Direito das Famílias.

Outra mudança fundamental ocorrida após a Carta Magna foi a igualdade de gênero estabelecida no texto constitucional. Flávio Tartuce² ressalta que essa igualdade propiciou o que ele denomina como Princípio da Igualdade na chefia familiar, previsto nos arts. 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634 do Código Civil³ e art. 226, §§ 5.º e 7.º da CRFB/88⁴. Para o autor essa inovação constitucional “desconstrói a hierarquia” existente na família patriarcal e estabelece uma diarquia, na qual as tarefas familiares são vistas como deveres dos adultos envolvidos, de forma igual.

Também foi uma mudança fundamental trazida pela CRFB/88 o reconhecimento da igualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento do art. 227 § 6º⁵. Tal mudança impõe que não pode haver qualquer diferenciação de tratamento e direitos entre filhos dentro de um núcleo familiar e outro, ou entre filhos biológicos e adotados ou socioafetivos. Essa igualdade, aliada à igualdade de gêneros e o reconhecimento da criança e adolescente como

¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 898060-SC*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 21/09/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. V.5. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.50.

³BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm, Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 31 mar. 2021.

⁵Ibid.



sujeitos de direitos, constituiu o que Maria Celina Bodin de Moraes⁶ denomina “democratização das relações familiares” na qual é preservada a dignidade dos membros, na medida em que esses podem participar ativamente das decisões tomadas.

Porém, sem dúvida a mudança mais relevante na concepção de família nas últimas décadas foi o reconhecimento do afeto como elemento central nas relações familiares. Com isso foi possível que o Direito admitisse a parentalidade socioafetiva e a pluralidade de formações familiares. Rodrigo da Cunha Pereira⁷ afirma que o afeto legitima todas as formas de família.

Acerca da implementação do afeto como princípio do Direito de família, Flávio Tartuce⁸ afirma que se trata de um princípio implícito do sistema civil-constitucional brasileiro e que:

Buscar-se-á analisar o Direito de Família do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional. Isso porque, no seu atual estágio, o Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade, frase que é sempre repetida e que pode ser atribuída a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Professora Titular da Faculdade de Direito da USP e uma das fundadoras do IBDFAM.

A centralidade do afeto nas relações familiares se relaciona diretamente com a ideia de família eudemonista, que tem como objetivo a busca da felicidade. Tem-se, portanto, uma perda da função sacralizada, religiosa ou patrimonialista da família na sociedade para a configuração de um novo papel da instituição na sociedade brasileira. Acerca dessa mudança, Maria Berenice Dias⁹ afirma:

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

As mudanças ocorridas no campo do Direito de Família nas últimas décadas permitiram que uma nova forma de configuração familiar passasse a ser objeto de discussão na doutrina, a Coparentalidade. Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰ define a família coparental: “É a família parental, cujos pais se encontram apenas para ter filhos, de forma planejada, para

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Anais do V Congresso Brasileiro do IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.99.

⁸ TARTUCE, op. cit., 2019. p.28.

⁹ DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual de Direito de família*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.420.

¹⁰ PEREIRA, op. cit., 2020, p.29.



cria-los em sistema de cooperação mútua, sem relacionamento conjugal ou mesmo sexual, entres eles.”

Trata-se de uma parentalidade exercida conjuntamente, ou seja, dois adultos que se juntam com o objetivo de realizar um sonho de exercer a maternidade e/ou paternidade e agem em prol do interesse da criança ou adolescente, ao mesmo tempo em que são preservadas as características individuais dos parceiros coparentais. Kumpel¹¹ afirma que:

A coparentalidade ou parentalidade responsável (*coparenting*) é a relação entre pais de uma criança em que ambos se apoiam na criação do menor e em suas funções de "chefes de família", compartilhando o poder parental e dividindo funções sem que necessariamente haja equilíbrio entre elas. Nesse sentido, as atribuições de cada um podem ser estipuladas contratualmente, mas sempre com as partes em consenso.

Essa forma de configuração familiar só foi possível com a dissociação da maternidade/ paternidade da conjugalidade, fenômeno bastante recente na sociedade. Além da ausência de conjugalidade, também não há necessidade de qualquer relacionamento sexual entre as partes. Na coparentalidade é indiferente a orientação sexual dos envolvidos e, na maior parte das vezes o processo de geração dos filhos é feita por inseminação artificial assistida ou caseira.

Observa-se que a coparentalidade pressupõe uma participação efetiva dos parceiros coparentais na criação e educação da criança, o que se aproximaria, segundo seus defensores, do princípio da paternidade responsável previsto no art. 226 § 7º da CRFB¹² e do princípio do melhor interesse da criança previsto no art. 227 caput da CRFB¹³. A questão será discutida nos próximos capítulos do presente artigo.

Entre as características da coparentalidade, Kumpel¹⁴ ressalta a visão do instituto como formação familiar praticamente imune à alienação parental. Isso ocorreria porque como os coparentais estabelecem uma parceria, não haveria o interesse de macular a imagem do parceiro perante a criança.

Outro aspecto importante a ser ressaltado é que a coparentalidade já é uma prática mais comum em outros países. Nos Estados Unidos o aplicativo *Modamily* se popularizou como uma forma de encontrar um parceiro coparental.

No Brasil, atualmente é possível encontrar perfis em redes sociais criados específicas sobre a coparentalidade como a @fazumfilhocomigo no Instagram, a www.paisamigos.om.br

¹¹KUMPEL; Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. *Coparentalidade*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>. Acesso em: 19 out. 2020.

¹²BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³Ibid.

¹⁴KUMPEL, op. cit., nota 11.



e algumas comunidades no Facebook. Os ambientes se diferem, ora facilitando o encontro dos parceiros coparentais, ora fornecendo um ambiente de discussão e informação. O número de interessados vem aumentando nos últimos anos e a rede @fazumfilhocomigo já conta com quase 10.000 seguidores.

Após o encontro dos parceiros coparentais e a decisão de levar adiante o projeto de maternidade e/ou paternidade, tem sido cada vez mais frequente a formalização por meio do chamado “Contrato de Geração de filho”. A eficácia, os limites desse contrato e as tensões entre a autonomia privada dos contratantes e a intervenção estatal serão objeto de análise em capítulo próprio desse artigo.

O instituto da Coparentalidade ainda não foi contemplado no ordenamento jurídico, embora já se manifeste como realidade na sociedade na realidade brasileira e tenha ganhado espaço nos últimos anos. No entanto, como afirma Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵, o Direito não pode se privar à análise e proteção das diversas formas de constituição familiar, pois o reconhecimento da pluralidade dessas relações vai muito além do que um mecanismo de garantia dos direitos patrimoniais ou previdenciários; trata-se, também do exercício da cidadania e da concretização do princípio da dignidade humana.

2. UMA DISCUSSÃO ACERCA DA EFICÁCIA E VALIDADE DO CONTRATO DE GERAÇÃO DE FILHOS NA COPARENTALIDADE

Uma vez que o instituto da coparentalidade apresenta-se como uma realidade dentro da sociedade atual brasileira, faz-se necessária uma análise pormenorizada do instrumento mais frequentemente utilizado pelos parceiros coparentais para formalização jurídica desse novo tipo de família: o contrato de coparentalidade.

Flávio Tartuce¹⁶ ressalta a conceituação clássica de contrato: “Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”.

O autor cima referido também cita a doutrina de Pontes de Miranda conhecida como a Escada Ponteano, que define como pressupostos de existência do contrato que o objeto contratual seja lícito, não contrarie o ordenamento jurídico, a boa fé, a função social e econômica e os bons costumes.

¹⁵ PEREIRA, op. cit., 2020, p.9.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Manual de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 636.

Uma vez definido o conceito de contrato, dentro da doutrina civilista, uma importante discussão diz respeito aos tipos de contrato que devem e podem ser utilizados em cada situação. Evidenciam-se casos em que deve ser utilizado um instrumento de escritura pública, previstos em lei, enquanto em outros é permitida a livre contratação entre as partes para a realização de um negócio jurídico.

Em ambos os casos, para que haja validade no que foi acordado, devem ser atendidos os requisitos previstos no Art. 104 do Código Civil¹⁷: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Com relação ao instituto da Coparentalidade, não há regulamentação atualmente no Brasil quanto à possibilidade de serem realizados contratos, requisitos ou validade dos mesmos. O que ocorre é que muitos advogados aconselham seus clientes a firmar o chamado contrato de geração de filhos como forma de resguardar os direitos das partes e diferenciar a formação familiar coparental da união estável.

O contrato de geração e filhos é abordado por Maria Berenice Dias¹⁸ como a possibilidade viável para as pessoas que desejam ter filhos sem que exista uma relação amorosa ou que haja conjugalidade. Segundo a autora trata-se da formação de uma família parental pela via contratual. O conceito utilizado por ela foi retirado da obra Dicionário de Direito de Família e Sucessões, na qual Rodrigo da Cunha Pereira elucida conceitos considerados inovadores na área de Direito de Família.

Em recente artigo escrito pelo presidente do IBDFAM, acima referido, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹ afirma: “Isso já é uma realidade brasileira. Pessoas fazem contratos de geração de filhos e, portanto, formam apenas uma família parental. O número desses contratos no Brasil tem aumentado proporcionado pelos sites de relacionamento”.

O momento ideal para realização do ajuste contratual seria, segundo os advogados especialistas na área, ainda no período de gestação da criança. Outra orientação comum é que o contrato também deve ser feito de forma escrita. Com relação ao que deve ser contratado, aconselha-se²⁰ que estejam previstas questões como o nome da criança, guarda, convivência, alimentos, suporte financeiro, forma de criação, entre outras.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ DIAS, op. cit., p. 427.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O contrato de geração de filhos e os novos paradigmas da família contemporânea*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-13/processo-familiar-contrato-geracao-filhos-novos-paradigmas-familia>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias ectogenéticas e o contrato de geração de filhos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/processo-familiar-familias-ectogeneticas-contrato-geracao-filhos>. Acesso em: 14 mar. 2021.

Dessa forma, seria possível que as partes já definissem questões relevantes da vida da criança de forma prévia. Além disso, ressalta-se que a existência do contrato de geração de filhos traz segurança aos parceiros coparentais tanto no sentido de afastar eventual reconhecimento de uma união estável quanto no estabelecimento de condutas e obrigações a serem realizadas pelas partes e que se descumpridas poderiam ser objeto de tutela judicial. Vanuza Pires Costa e Cláudia Magalhães Teixeira²¹ ressaltam: “Assim, aqueles que pretendem gerar filhos por meio dessa medida devem constituir um contrato de geração de filhos, dando uma maior segurança jurídica e social para a nova formação familiar”.

Acerca da segurança jurídica promovida pelo contrato de geração de filhos e a possibilidade de rever termos dele, Kumpell²² afirma: “Deve-se, contudo, frisar que as disposições contratuais não representam garantia absoluta contra eventuais conflitos, por exemplo, no que toca à formação moral da criança. Pode haver, em certa altura, divergência quanto à religião que será sugerida à criança”.

Se por um lado é pacificamente reconhecido que a existência do contrato de geração de filhos traz mais segurança jurídica à coparentalidade, por outro lado, faz-se necessário um questionamento quanto ao valor jurídico de tal contrato, pois, ao tratar-se de um contrato atípico e não previsto em lei, indaga-se sobre sua eficácia perante o Poder Judiciário e possibilidade de ser rediscutido pelas partes em momento posterior. Questiona-se se a eficácia do contrato de geração de filhos é a mesma do acordo extrajudicial de guarda compartilhada homologado por um juiz, por exemplo.

Questionado sobre a necessidade de homologação do contrato de geração de filhos por um juiz, o presidente do IBDFAM Rodrigo da Cunha Pereira²³, respondeu em uma postagem realizada na rede social Instagram em 26/11/2020:

Os que eu fiz, nenhum deles eu homologuei judicialmente. Até porque na homologação desses contratos a gente arrisca o juiz não homologar. No contrato de união poliafetiva arriscamos o juiz não homologar. Mas aqui é uma realidade e a realidade é muito mais viva, né, do que o direito. Tanto é que a principal fonte do Direito são os costumes. Todos os que eu fiz, em nenhum deles eu homologuei e eu não levaria para homologar. Mas é possível também, ou então se o juiz não homologar, não homologou. Daria um pouco mais de força, um pouco mais de legitimidade porque o Direito ele tem essa coisa de legitimar, né? Mas eu não fiz Bruna. Os que eu fiz, nenhum deles eu homologuei. Mas é até uma boa ideia porque como o contrato de coparentalidade ele é diferente do contrato de união poliafetiva.”

²¹ COSTA, Vanuza Pires. TEIXEIRA, Cláudia Magalhães. *Da filiação Decorrente da Coparentalidade e a Validade Jurídica do Contrato de Geração de Filhos*. Disponível em: <http://propi.ifo.edu.br/ocs/index.php/jice/9jice/paper/viewFile/9134/4183>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²² KUMPEL, op. cit., nota 11.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Contrato de Coparentalidade precisa de homologação?* São Paulo. 26 nov. 2020. Instagram: @rodrigodacunhapereira. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CIEnjvTgAIW/>. Acesso em: 20 mar. 2021.



Autores que defendem a validade do contrato de geração de filhos como instrumento legítimo e suficiente para o instituto da coparentalidade argumentam que no caso de necessidade de serem revistos os termos do acordo judicialmente, haverá a intervenção do MP por se tratar de demanda em que se busca o melhor interesse da criança.²⁴

No entanto, a participação do MP ocorre previamente quando são homologados os acordos de guarda compartilhada e alimentos, conforme determinado no Art. 178 do CPC²⁵, o Ministério Público deve ser intimado para intervir como fiscal da ordem nos processos que envolvam interesse de incapaz. Dessa forma, ainda permanece o questionamento acerca da necessidade ou não da homologação judicial e da participação do *parquet* para atendimento pleno das necessidades da criança.

É possível, inclusive, encontrar precedente no julgamento da Apelação Cível n. 2015.003429-6 (TJ-SC)²⁶, no qual um acordo extrajudicial de guarda compartilhada e alimentos que não foi homologado judicialmente e não passou por intervenção do MP foi considerado nulo:

APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL- SENTENÇA QUE HOMOLOGA O ACORDO EXTRAJUDICIAL ENTRE AS PARTES E JULGA EXTINTO O FEITO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO- RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ALÉM DA DIVISÃO DE BENS DO CASAL, SOBRE A GUARDA, O DIREITO DE VISITAS E OS ALIMENTOS A SEREM PAGOS PELO GENITOR PARA A FILHA MENOR IMPÚBERE- AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO PARQUET- RECONHECIMENTO DO VÍCIO PROCEDIMENTAL- MEDIDA QUE SE IMPÕE COMO FORMA DE RESGUARDAR OS INTERESSES DA CRIANÇA- RECURSO PROVIDO. Não oportunizada a intervenção do Ministério Público em demanda que a lei faz obrigatória – versando acerca de direitos de incapazes- verifica-se a ocorrência de nulidade absoluta do feito (CPC, art. 84 e 246). (TJSC, Apelação Cível n. 2015.003429-6, de Anchieta, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 28-09-2015).

Tendo em vista que não há legislação específica sobre o contrato de geração de filhos e que frequentemente é feita uma analogia com os acordos extrajudiciais de guarda e alimentos, questiona-se a efetividade deste tipo de contrato. Não tem o presente artigo a pretensão de afirmar definitivamente a validade e eficácia dele, mas apenas levantar o questionamento.

²⁴KUMPEL, op. cit., nota 11.

²⁵BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁶BRASIL. TJSC. *Apelação Cível n. 2015.003429-6*. Relator: Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944381108/apelacao-civel-ac-20150034296-anchieta-2015003429-6>. Acesso em: 14 mar. 2021



3. A AUTONOMIA DA VONTADE DOS PARCEIROS COPARENTAIS FACE AS GARANTIAS DA CRIANÇA (PREVISTAS NO ECA E NA CRFB/88)

Além da discussão acerca da forma como a coparentalidade se materializa no mundo jurídico, realizada no capítulo anterior, faz-se necessário refletir se essa formação familiar, que tão bem expressa a autonomia da vontade dos parceiros coparentais, atende aos princípios de proteção à criança expressos na Constituição Federal e no Estatuto da criança e do adolescente.

Inicialmente ressalta-se que a coparentalidade mostra-se como tipo de família que surge de uma materialização do desejo de dois ou mais parceiros, de forma consciente e planejada e, por isso reflete-se numa estrutura familiar que expressa plenamente o princípio da autonomia privada. Sobre esse princípio, Flávio Tartuce²⁷ ressalta que a autonomia privada confere ao indivíduo a liberdade de regular os próprios interesses.

No entanto, embora o referido autor²⁸ afirme que “(...) sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da natureza humana, um direito essencial da personalidade advindo do princípio da liberdade”; há limitações à autonomia privada que precisam ser ressaltadas. A ideia de uma liberdade irrestrita de contratar perdeu espaço com os princípios sociais e a definição de matérias de ordem pública.

Especialmente quando a relação contratual trata de questões que ultrapassam o mero interesse patrimonial das partes, a função social do contrato ganha peso ainda maior, como previsto no Enunciado nº 23 da CJF/STJ²⁹:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo código civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

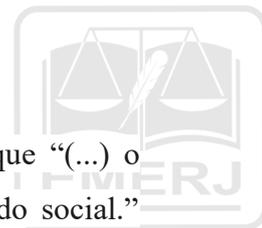
Importante ressaltar que segundo Tartuce³⁰, as situações de limitação à autonomia privada constituem exceções, não se admitindo analogia ou interpretação extensiva. E em caso de dúvida sobre o que deve prevalecer, deve-se privilegiar a liberdade das partes contratante. Cabe, no entanto uma interpretação extensiva ou analogia para proteção de uma parte mais vulnerável, como consumidor ou trabalhador, por exemplo.

²⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Manual de direito civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p.879.

²⁸ *Ibid.*, p. 878.

²⁹ *Ibid.*, p. 881.

³⁰ *Ibid.*, p. 883



Quanto ao princípio da função social dos contratos, Tartuce³¹ afirma que “(...) o contrato não pode mais ser visto como uma bolha, que isola as partes do mundo social.” Nesse sentido, para o autor, um contrato não visa apenas conferir segurança jurídica entre as partes, mas também atende aos interesses da sociedade.

No que se refere ao Direito das Famílias, Tartuce afirma que as normas a ele pertencentes são normas de ordem pública e, portanto não podem ser objeto de convenção entre as partes. Tal impossibilidade se verifica, por exemplo, na impossibilidade de se fazer um contrato no qual um filho se exime da responsabilidade de cuidado como pai idoso.

Ao mesmo tempo em que há questões em Direito das Famílias que são indisponíveis e objeto de proteção pelo Estado, o princípio da não intervenção ou da liberdade expresso no art. 1513 do CC³², define que não pode haver intervenção do Estado na comunhão de vida instituída pela família. Flávio Tartuce³³ afirma que o princípio da não intervenção se relaciona diretamente com o princípio da autonomia privada e se traduz nas escolhas familiares feitas pelos indivíduos. Não cabe ao poder público qualquer intervenção nessas escolhas.

Portanto, não há obstáculo para que se realize contrato de namoro, de união estável, de guarda compartilhada, entre outros. O que se procura discutir, no presente artigo, é se o contrato de geração de filhos, por envolver o interesse de um menor, parte hipossuficiente na relação e objeto de proteção do Estado, configura-se de forma ainda mais veemente a necessidade de que se atenda à função social do contrato e aos princípios de proteção à criança.

A partir dessa discussão é preciso pensar o instituto da coparentalidade, materializado no contrato de geração de filhos, não apenas como manifestação da vontade das partes, mas sim em uma visão ampliada de seus efeitos sobre os interesses sociais. Verifica-se que o objeto do contrato de geração de filhos não se encontra no rol expresso das matérias definidas como matéria de ordem pública, por isso não há exigência formal de realização por meio de escritura pública. Tendo em vista o princípio da intervenção mínima do Estado no âmbito familiar, Viegas e Pamplona³⁴, afirmam que esse instrumento não deve ser submetido à validação do poder público.

³¹ Ibid., p. 886

³² BRASIL, op. cit., nota 3.

³³ TARTUCE, op. cit., 2019. p.52

³⁴ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança*. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/859758717/coparentalidade-a-autonomia-privada-dos-genitores-em-contraponto-ao-melhor-interesse-da-crianca>. Acesso em: 31 mar. 2021



Resta discutir se a coparentalidade atende ao princípio do melhor interesse da criança. O princípio do melhor interesse da criança está expresso na Constituição federal no art.227 caput da CRFB³⁵.

Rodrigo da Cunha Pereira³⁶ ressalta que esse princípio “[...] deveria ser o suficiente para que o ordenamento jurídico brasileiro garantisse o convívio do(s) filhos(s) com ambos os pais e a assistência de ordem não material aos filhos, ou seja, participar, interferir, colocar limites, enfim, educar”. Para o autor, as necessidades da criança devem ser supridas independentemente da existência de uma conjugalidade entre os pais (ou entre as mães).

Torna-se fundamental que o acordo previsto no contrato de geração de filhos abarque todas as necessidades da criança garantindo a proteção integral prevista no texto constitucional e no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, a coparentalidade não se configura por si só como prejudicial à criança, mas apenas se o acordo que dela advier não abarcar o que é devido:

Desse modo, rechaça-se a afirmativa de que ausência de relação amorosa feriria o melhor interesse da criança, pois não há como prever se os filhos decorrentes da coparentalidade serão felizes, ou infelizes, como quaisquer outros filhos de famílias tradicionais. Afinal, não se pode esquecer que casais heterossexuais abandonam seus filhos, cometem alienação parental, e seus filhos sofrem *bullying* como qualquer outra criança ou adolescente³⁷.

Outro ponto fundamental a ser discutido é a correlação do instituto da coparentalidade e o princípio da paternidade responsável. Para Rodrigo da Cunha Pereira³⁸ “A paternidade responsável é um desdobramento do princípio da responsabilidade. Significa que os pais devem arcar com os ônus e os bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não”.

Tendo em vista que a coparentalidade inicia-se a partir de um planejamento familiar, fruto do desejo dos parceiros coparentais envolvidos, pode-se dizer que se traduz como uma formação familiar na qual há a concretização da paternidade responsável como um ideal desde o princípio. Além disso, por se tratar de uma relação na qual não houve o fim de uma conjugalidade, é quase nula a possibilidade de haver alienação parental.

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho³⁹. ressaltam que a coparentalidade por vezes é alvo de críticas, como a de Regina Beatriz Tavares da Silva:

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁶ PEREIRA, op. cit., 2020, p.390.

³⁷ VIEGAS, op. cit., nota 34.

³⁸ PEREIRA, op. cit., 2020, p.389.

³⁹ VIEGAS, op. cit., nota 34.

O filho, por outro lado, não decidiu ser gerado dessa maneira; não será um “filho da coparentalidade” por opção; não terá culpa nenhuma do mesmo estigma que nascerá e que tanto prejuízo emocional e psicológico certamente lhe trará. Tudo lhe será imposto pelo capricho egoísta de seus genitores, como se seus infortúnios fosse um preço pequeno a pagar pela autossatisfação de seus genitores.

No entanto, como entende-se que o tipo de família em que a criança está inserida não possui o condão de definir a sua felicidade e sim, se os princípios de proteção à criança estão sendo garantidos pelos membros daquele grupo.

CONCLUSÃO

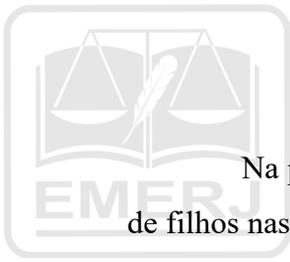
Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, os efeitos no mundo jurídico da coparentalidade como nova forma de estrutura familiar. A grande controvérsia materializa-se na necessidade ou não da utilização e da formalização de um contrato de geração de filhos, qual a validade do documento e se este precisa de alguma forma de homologação judicial.

A partir das reflexões fundamentadas na leitura de pesquisas acadêmicas e análises de perfis e sites de relacionamento sobre a coparentalidade, que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que essa nova formação familiar possui características bastante peculiares.

É possível concluir que a coparentalidade expressa a autonomia da vontade dos parceiros coparentais ao mesmo tempo em que se apresenta como uma estrutura familiar na qual há maiores chances de que os princípios de proteção à criança sejam atendidos. Isso ocorre porque existe um planejamento familiar e um sistema de cooperação mútua que tende a minimizar ou até extinguir a alienação parental.

Quanto ao contrato de geração de filhos, problemática analisada no segundo capítulo, verifica-se que de um lado, há uma defesa por sua utilização como forma de dar segurança jurídica às partes ao resguardar seus direitos e definir o tipo de relação dos parceiros coparentais, diferenciando-a de uma união estável, por exemplo. Além disso, tal contrato é visto como uma forma de definir previamente a divisão das obrigações dos pais com a guarda, convivência, alimentos, educação, dentre outras necessidades da criança.

Por outro lado, não há impedimento legal para que se tenha relações coparentais sem a formalização contratual. Em caso de reprodução assistida, o Provimento 63/2017 do CNJ, bem como a Resolução do CFM – 2168/2017 regulam a situação de forma plena. E é importante ressaltar que as relações de coparentalidade que se formam sem a constituição de um contrato de geração de filhos não possuem menos legitimidade por causa disso e nem tampouco os direitos dos filhos devem ser desrespeitados.



Na prática, não há ainda legislação específica sobre o tema e os contratos de geração de filhos nas relações coparentais têm sido realizados por meio de instrumento particular, uma vez que não há determinação legal para que sejam feitos de forma diversa.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que é bastante pertinente a realização do contrato de geração de filhos na coparentalidade, pois além da segurança jurídica às partes envolvidas, proporciona uma definição clara dos papéis dos parceiros coparentais no atendimento das necessidades da criança.

Quanto à questão da necessidade ou não da homologação judicial, que se descortinou ao longo do segundo capítulo, entende-se que a homologação judicial poderia garantir de forma plena que todas as necessidades da criança foram previstas, mas não há forma de garantir o pleno atendimento.

Assim, da mesma forma que ocorre após um divórcio, em que o juiz homologa um acordo de guarda compartilhada, não há como o judiciário garantir que as necessidades do menor serão atendidas pelo casal. Não são raros os casos em que uma das partes busca o judiciário solicitando o cumprimento de alguma cláusula.

E em ambos os casos, coparentalidade ou guarda compartilhada após o divórcio, os acordos firmados podem ser revistos, a pedido de uma das partes, para maior proteção dos interesses da criança.

Torna-se evidente, portanto, que a existência de um contrato sem homologação, por si só, não tem o condão de causar prejuízo às partes. Tratando-se de documento realizado em respeito ao que determina o Código Civil, não há que se questionar a sua validade.

Tampouco há que se cobrar do poder público que edite uma legislação sobre a coparentalidade afirmando a necessidade de realização de contrato de geração de filhos e/ou a homologação desse. Tal determinação estaria seria uma afronta à liberdade e autonomia dos sujeitos constituírem suas famílias conjugais e parentais da forma que melhor entenderem.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a coparentalidade é uma forma de constituição familiar que vem crescendo na nossa sociedade e deve ser reconhecida e amparada como os tipos de famílias.

Da mesma forma, as escolhas dos parceiros coparentais quanto à formalização contratual ou homologação judicial devem ser respeitadas, com base no princípio da não intervenção estatal nas formações familiares.

Assim, o Direito precisa acompanhar as transformações da sociedade e de suas formações familiares, de forma a amparar as partes envolvidas, garantindo que os princípios de proteção à criança sejam plenamente atendidos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Rita Edite Lopes. *A intervenção do Estado na Relação de Família após a Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79607>>>. Acesso em: 14 mar. 2021

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm. Acesso em: 14 mar. 2021

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm. Acesso em: 14 mar. 2021

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2020

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> . Acesso em: 22 set. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 898060-SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919> . Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. TJSC. *Apelação Cível n. 2015.003429-6*. Relator: Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944381108/apelacao-civel-ac-20150034296-anchieta-2015003429-6>. Acesso em: 14 mar. 2021

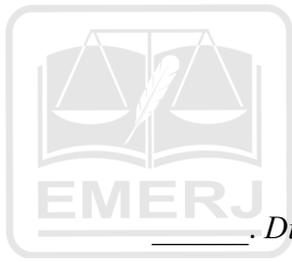
COSTA, Vanuza Pires. TEIXERA, Cláudia Magalhães. *Da filiação Decorrente da Coparentalidade e a Validade Jurídica do Contrato de Geração de Filhos*. Disponível em: <http://propi.ifto.edu.br/ocs/index.php/jice/9jice/paper/viewFile/9134/4183>. Acesso em: 14 mar. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

KUMPEL; Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. *Coparentalidade*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>. Acesso em: 19 out. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Anais do V Congresso Brasileiro do IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Contrato de Coparentalidade precisa de homologação?* São Paulo. 26 nov. 2020. Instagram: @rodrigodacunhapereira. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CIEnjvTgAIW/>. Acesso em: 20 mar. 2021.



_____. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

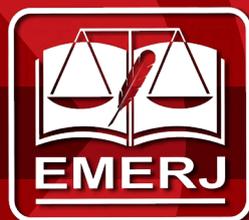
_____. *O contrato de geração de filhos e os novos paradigmas da família contemporânea*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-13/processo-familiar-contrato-geracao-filhos-novos-paradigmas-familia>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. *Famílias ectogenéticas e o contrato de geração de filhos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/processo-familiar-familias-ectogeneticas-contrato-geracao-filhos>. Acesso em: 14 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. V.5. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

_____. *Manual de direito civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2018

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança*. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/859758717/coparentalidade-a-autonomia-privada-dos-genitores-em-contraponto-ao-melhor-interesse-da-crianca>. Acesso em: 31 mar. 2021.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br