



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 8 - nº 2 - Tomo I (A/L) - jul.-dez. 2016



Elaborado no 2º Semestre 2016



REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 8 - nº2 - Tomo I (A/L) - jul.-dez. 2016



Elaborado no 2º Semestre 2016



© 2017 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

2º Semestre de 2016

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior.



Alexandre Marinho Vilela dos Santos

DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO OU DIREITO FUNDAMENTAL À SO-
NEGAÇÃO FISCAL? ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º E 6º DA
LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001 E DA (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DESSES
DADOS EM PROCESSOS CRIMINAIS..... 13

Alice Alecrim Bechara

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: ANÁLISE DO INSTITUTO NO ÂMBITO DA UNIÃO ESTÁ-
VEL HOMOAFETIVA 30

Aline de Paula Barroco Passos

A FUNÇÃO DOS PAIS NA ORIENTAÇÃO DO GÊNERO DOS FILHOS E A POSSIBILIDADE
DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DESTE DEVER NO ORDENAMENTO JURÍDICO 47

Aloysio Reynato Maria Infante de Jesus Breves Beiler Filho

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXIBIÇÃO DE IMAGENS RELIGIOSAS NA ESTRUTURA
DO ESTADO BRASILEIRO 63

Ana Paula de Souza Martins Carneiro

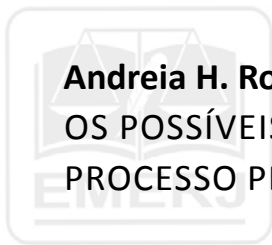
O VALOR JURÍDICO DO PRINCÍPIO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILI-
BRADO 79

Andiara Pontes Silva

ABANDONO AFETIVO INVERSO DA PESSOA IDOSO E A POSSIBILIDADE DO DANO
MORAL..... 93

Andre Luiz Evangelista Pena

DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DO CPC/15 EM SEDE DE JUIZADOS
ESPECIAIS CÍVEIS 106



Andreia H. Robert de Oliveira

OS POSSÍVEIS IMPACTOS DO CPC/2015 NO INSTITUTO DA EMENDATION LIBELLI NO PROCESSO PENAL 120

Augusto Miranda Reis

A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 137

Carine Livramento Monteiro Silva Pinto

NEGÓCIOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA A OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL 153

Carolina Coelho Bastos

OS CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO INDEVIDA DA IMAGEM UTILIZADA SOB O ARGUMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO..... 166

Carolina Lima Vaz

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): A COMPLEXIDADE DISFARÇADA DOS REQUISITOS E A BUSCA PELO FIM DA LOTERIA JURISPRUDENCIAL..... 180

Carolina Moreira Miranda

DA COMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO SISTEMA PROPOSTO PELO ECA..... 195

Carolina Silvino de Sá Palmeira

O NOVO DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 2010 212

Catharina Verboonen

A APLICABILIDADE DA FALÊNCIA ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA 225

Daniane Faria de Souza Rhodes

A ATUAÇÃO MONOCRÁTICO DO RELATOR NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: COMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 242

Denise Sirimarco Franco

A PUBLICIDADE NO INSTAGRAM FEITA POR DIGITAL INFLUENCERS À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO DEVER DE INFORMAÇÃO..... 259



Eduarda Bastos Rodrigues Silva

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMPLEMENTAÇÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO 275

Elaine Cristina Vicente Costa

A PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO PARA DELAÇÃO PREMIADA..... 288

Elisa Sabino de Azevedo Duarte Silva

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES E CULPOSAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA 305

Fabiola de Carvalho Braga

O INTERESSE RECURSAL QUANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO 322

Flávia Melo Henriques Alves

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À VIDA DO NASCITURO339

Heleno Ribeiro Pereira Nunes Filho

OS LIMITES IMPOSTOS PELA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA NOS PROCESSOS SUBMETIDOS A NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JURI..... 355

Ilanna Rosa Dantas

O RESSUSCITAR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N. 402/2015 E DO HABEAS CORPUS N. 126.292 369

Isabela Brandão da Cunha

O INSIDER TRADING NO DIREITO PENAL ECONÔMICO BRASILEIRO: SUAS CONTROVÉRSIAS, DEFASAGENS, APLICABILIDADE E (IN)EFICÁCIA 387

Isabela Maria Ferreira dos Santos

A EFETIVIDADE DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS 402

Ivie Sampaio Pires

LEI 12.462/11 E AS NOVIDADES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES 419



Jéssica Martins Torres

ABANDONO AFETIVO INVERSO..... 433

João Paulo Leal Santos

CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO 446

Juan Jasmin Almeida Faraia

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA 461

Juliana Brasil Ornellas

JUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO AO MEDICAMENTO..... 478

Juliana Mendez Monteiro

OS RECURSOS DE APELAÇÃO E AGRAVO DE INSTRUMENTO: RUPTURAS E CONTINUIDADES NO ÂMBITO DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO 495

Karyn Machado de Almeida Crissafe

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA..... 511

Larissa Brauns Santos

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS 526

Larissa de Siqueira Direito

INQUISITORIALIDADE X PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: OS IMPACTOS DA LEI N. 13.245/16 NO INQUÉRITO POLICIAL 539

Leonardo de Souza Campos Porto Lima de Mello

O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE NAS ASSOCIAÇÕES DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONDENADO..... 555

Leonardo Barreto da Silva

REVISÃO CONTRATUAL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS DA FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS..... 569

Lien Martins Bastos Soares

A SUPERPROTEÇÃO DO CONSUMIDOR, A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E O DIREITO DE INFORMAÇÃO 585



Lis Brilhante de Almeida

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA DOS DIREITOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL 597

Lívia André Oliveira

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO: UMA ANÁLISE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS 612

Livia Maria Pádua Rodrigues

A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL E A VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA..... 629

Lucas Pedrosa Castellar

APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS CAUSAS QUE ENVOLVAM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA... 643

Luiza Esteves Costa

A EVOLUÇÃO DA PARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO - FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E MULTIPARENTALIDADE 661

Luiza Azambuja Rodrigues

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS COMPATÍVEIS COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA..... 674

DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO OU DIREITO FUNDAMENTAL À SONEGAÇÃO FISCAL? ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001 E DA (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DESSES DADOS EM PROCESSOS CRIMINAIS

Alexandre Marinho Vilela dos Santos

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogado.

Resumo: No escopo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, livre da pobreza e da marginalização, a Constituição Federal positivou um extenso rol de direitos sociais e econômicos, os quais, como contrapartida, pressupõem o dever fundamental de pagar tributos. A ressignificação das finalidades históricas do tributo, até a atual função de instrumento de concretização de liberdades coletivas, traz a reboque a questão dos limites e do modo de repartição dos encargos públicos. Nesse contexto, a sonegação fiscal mina a justa distribuição da carga tributária, o que tende a onerar o principal destinatário dessas prestações positivas estatais: o hipossuficiente financeiro. Pretende-se, neste trabalho, aferir se o sigilo bancário tolhe a densificação do princípio da capacidade contributiva; analisar, à luz da atual posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001, os limites entre sigilo bancário e o poder-dever do Estado de graduar os tributos segundo a capacidade contributiva dos administrados, mediante o acesso a dados que consubstanciem rendimentos, patrimônio e atividades econômicas; e, por fim, a possibilidade de utilização desses dados, obtidos pelo Fisco sem autorização judicial perante instituições financeiras, em processos criminais, pelo compartilhamento dessas informações com o Ministério Público.

Palavras-chave: Direito Tributário. Sigilo Bancário. Capacidade Contributiva. Transparência Fiscal. Quebra e Transferência de Sigilo. Limites para a Persecução Criminal.

Sumário: Introdução. 1. Sigilo bancário *versus* capacidade contributiva: o caminho para a efetivação da justiça fiscal. 2. A constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. A (im)possibilidade de utilização, em processos criminais, de informações bancárias obtidas, sem autorização judicial, pelo Fisco. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de utilização, em processos criminais, das informações bancárias dos contribuintes obtidas pelo Fisco com fundamento no art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, sem autorização judicial, perante as instituições financeiras. Pretende-se, também, demonstrar a relação da garantia do sigilo bancário com a da capacidade contributiva, as nuances existentes entre a quebra e a mera



transferência de sigilo e a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001, em conformidade com a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A Carta Magna de 1988, entre cujos aspectos se destaca o caráter dirigente, erigiu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre da pobreza e da marginalização, à condição de objetivo fundamental da república. Para viabilizá-lo, positivou extenso rol de direitos sociais e econômicos, derivados da segunda dimensão dos direitos fundamentais, consistentes num *facere* por parte do Estado, o qual pressupõe, como condição de possibilidade, o dever fundamental de pagar tributos.

O tributo, principal ingresso público do Estado Fiscal brasileiro, densifica uma das faces da dignidade humana, na medida em concretiza direitos fundamentais carentes de prestações positivas. Essa concretização, contudo, impescinde da justa distribuição dos encargos financeiros atrelados.

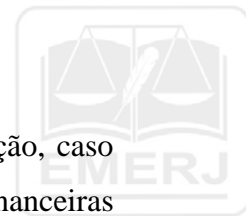
Nesse contexto, a sonegação fiscal mina o equilíbrio dessa equação, reduzindo a arrecadação esperada e redistribuindo a carga tributária, o que tende a onerar o destinatário das prestações: o hipossuficiente financeiro. Não é por outro motivo que, no âmbito internacional, é crescente o combate à evasão tributária e, por conseguinte, o relevo alcançado pela transparência fiscal.

Em solo pátrio, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.390, 2.397, 2.386 e 2.859 e Recurso Extraordinário n. 601.314), não unânime, modificou a sua jurisprudência e redefiniu as balizas do sigilo bancário, corolário do direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, da CRFB) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII), de modo a flexibilizar a oposição dessa garantia ao Fisco.

Assim, no primeiro capítulo, buscar-se-á discutir a relação da garantia do sigilo bancário com o princípio da capacidade contributiva, no intuito de analisar em que medida este atua para a concretização da justiça fiscal.

No capítulo seguinte, examinar-se-á a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 de acordo com a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Como escopo, pretende-se demonstrar a recente modificação na jurisprudência da Corte, em harmonia com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, e, sobretudo, a constitucionalidade dos indigitados dispositivos.

Em seguida, no último capítulo, analisar-se-á a possibilidade de utilização, em processos criminais, das informações bancárias dos contribuintes obtidas pelo Fisco, sem autorização judicial, perante as instituições financeiras. Objetiva-se delinear a natureza, sob o aspecto penal, da decisão final no procedimento administrativo de lançamento e da



representação fiscal para fins penais para, então, aferir se a mencionada representação, caso contenha informações obtidas pelo Fisco mediante requisição direta às instituições financeiras (art. 6º da LC n. 105/2001), configuraria quebra do sigilo bancário por via transversa.

Esta pesquisa pautar-se-á pela abordagem qualitativa, pelos objetivos descritivo e explicativo e pela metodologia do tipo bibliográfica, porquanto respaldada na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

1. SIGILO BANCÁRIO *VERSUS* CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: O CAMINHO PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL

O tributo, hodiernamente considerado como a principal receita pública do Estado Fiscal – e, desse modo, imprescindível à manutenção da estrutura administrativa –, nem sempre foi assim concebido. Na verdade, historicamente, a finalidade do tributo e os seus limites evoluíram de acordo com as transformações da civilização.

A ressignificação das finalidades do tributo (instrumento de opressão¹, preço de liberdade² e, por fim, meio concretizador das liberdades coletivas do Estado Fiscal) e sua conformação aos ditames constitucionais do Estado de Direito deu origem ao Direito Tributário, de modo a “delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que antigamente foi uma relação simplesmente de poder, em relação jurídica”.³

No modelo de Estado Fiscal, o tributo galga primazia na atividade financeira⁴ do Estado. Em outras palavras, “não é o Estado que gera sua riqueza, mas o particular é a fonte (originária) de riquezas, cabendo-lhe transferir uma parcela (por derivação) ao Estado”⁵. É nesse contexto que a capacidade contributiva, tida por limite tributável de exteriorização de riqueza, ganha relevo.

¹ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 21- 22. Na antiguidade, não cometia a toda a sociedade o pagamento de tributos. O tributo, como signo de sujeição, era incompatível com a liberdade da qual gozam os homens livres (cidadãos), isto é, aqueles que se inseriam na *polis*. Curioso é que o exercício da cidadania - e, portanto, da liberdade - estava atrelado ao exercício de deveres cívicos, entre os quais não se compreendia o ônus da tributação. Esse ônus estava surge como estigma da servidão, ao qual estavam sujeitos os povos vencidos pela guerra e os estrangeiros.

² Ibid., p. 23. A tributação, na Idade Média, assume matiz diferente. Na base da estrutura social, o vínculo de servidão - diferentemente do de escravidão, típico da Antiguidade - exigia o consentimento para a cobrança do tributo. Aos servos eram concedidos direitos (proteção, moradia e arrendamento da terra para subsistência própria e familiar) e deveres (serviços inerentes à gleba), os quais auferem natureza contratual (irresolúvel), decorrente do consentimento manifestado no juramento feudal. Assim, era por intermédio do exercício do direito de propriedade que o soberano (rei, igreja e o senhorio) angariava receita para a sua subsistência, o que foi o germen do Estado Patrimonial.

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

⁴ Atividade financeira é o conjunto de ações do Estado tendentes a angariar recursos para o custeio da máquina pública.

⁵ SCHOUERI, op. cit., p. 25



Abandonada a perspectiva absenteísta de Estado, este passa a se nortear pelo imperativo de atendimento das necessidades coletivas. No *Welfare State*, supera-se a concepção de liberdade sob um ângulo estritamente individual (liberdade negativa) – marcada por deveres de abstenção –, pela de liberdade coletiva, que demanda prestações positivas por parte do Estado, a fim de concretizar direitos econômicos e sociais. Com o agigantamento do Estado, o tributo passa a conotar "o preço que a sociedade paga para que o Estado, reduzindo desigualdades, promova a liberdade das camadas mais desfavorecidas" ⁶. O Estado Fiscal assume feição social ⁷, o que, por consequência, traz à lume duas questões: até que ponto e de que modo a população participará da repartição dos encargos públicos.

No cenário brasileiro, se, por um lado, a Carta Magna de 1988 concebeu uma série de deveres estatais, materializados em direitos fundamentais individuais e sociais, além de normas de jaez programático, por outro previu meios de captação de recursos materiais para manutenção de sua estrutura. Em sede de atividade financeira, todo recurso que ingressa no erário denomina-se "entrada" ou "ingresso", mas nem todo ingresso é receita pública. A receita pública, no dizer de Sabbag ⁸, corresponde ao ingresso definitivo de bens e valores aos cofres públicos, ao passo que o ingresso traz ínsita a noção de provisoriedade, ou seja, entrada provisória com destinação predeterminada de saída. Na receita derivada (tributos, multas pecuniárias e reparações de guerra), o Estado "valendo-se do seu poder de império, na execução de atividades que lhe são típicas, fará 'derivar' para seus cofres uma parcela do patrimônio das pessoas sujeitas à sua jurisdição" ⁹.

É o povo, vale ressaltar, quem detém o Poder de Tributar (art. 1º da CRFB). A atividade arrecadatória, porém, dentro de certos limites, é transferida ao Estado, para que realize a sua missão precípua, qual seja, prover as necessidades coletivas ¹⁰. Nesse diapasão, a própria Constituição Federal circunscreve os limites do poder de tributar – isto é, define as balizas da invasão patrimonial instrumentalizada no tributo –, por meio de normas de competência tributária e princípios constitucionais tributários.

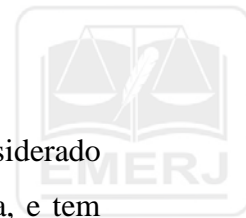
⁶ Ibid., p. 29.

⁷ Ibid., p. 30-32. O Estado Social Fiscal é, no século XXI, substituído pelo Estado Democrático e Social Fiscal, que resulta da constatação que o custo para a manutenção da estrutura estatal não compensa os resultados (insatisfatórios). A excessiva transferência de recursos do particular ao Estado tolhe a iniciativa daquele e mina o desenvolvimento econômico. Assim, há diminuição do aparelho estatal, com primazia da atividade regulatória do Estado por intermédio de agências reguladoras e crescente participação da sociedade civil.

⁸ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

⁹ Ibid., p. 38.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 63-64.



O princípio constitucional da capacidade contributiva (ou econômica) é considerado corolário do sobreprincípio da isonomia tributária, embora com ele não se confunda, e tem como cerne axiológico a justiça fiscal ¹¹.

Prevista no art. 145, § 1º ¹², da Constituição da República, consiste na capacidade econômica individual de pagar tributo "sem que haja perecimento da riqueza tributária que a lastreia, calcada no mínimo existencial" ¹³, entendido este como o mínimo de riqueza necessário para manutenção da vida digna, individual e familiar ¹⁴. Dito de outro modo, "o limite existencial e a vedação aos confisco são limites opostos, dentro dos quais gravitará a tributável capacidade contributiva" ¹⁵, a qual, no escólio de Ricardo Lobo Torres, impõe o dever de "contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira" ¹⁶.

Subjaz à capacidade contributiva a noção de "equidade na tributação", que compreende a isonomia formal e a isonomia material. Pelo primeiro conceito, aproxima-se a isonomia do princípio da legalidade, pois a quem se subsumir à hipótese de incidência nascerá a obrigação tributária ¹⁷. Em outras palavras, todo aquele que possui capacidade de pagar deve contribuir com o mesmo numerário ¹⁸. É o ideal do "tratamento igual para os iguais". Pelo segundo, os contribuintes que possuam desigual capacidade de pagamento contribuirão com diferentes importes ("tratamento desigual aos desiguais").

Tradicionalmente, o sigilo bancário constitui direito fundamental implícito, haurido da exegese dos arts. 5º, X (direito à intimidade) e XII (direito ao sigilo de dados) da CRFB. Em sede infraconstitucional, caracterizava-se pela proibição genérica, imposta às instituições financeiras, de publicização injustificada de dados bancários referentes a seus clientes (artigo 38 da Lei 4.595/64, hoje revogado). Difere do sigilo fiscal, que corresponde ao dever do Fisco de não divulgação das informações obtidas sobre a situação econômica ou financeira dos contribuintes (art. 198 do CTN).

A interpretação abrangente dada ao sigilo bancário, todavia, servia de óbice à aferição da capacidade contributiva – e também do programa constitucional insculpido no art.

¹¹ SABBAG, op. cit., p. 155.

¹² BRASIL. CRFB/88, art. 145, § 1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

¹³ SABBAG, op. cit., p. 234.

¹⁴ Ibid., p. 152.

¹⁵ Ibid., p. 152.

¹⁶ TORRES, op. cit., p. 94.

¹⁷ CANOTILHO apud SABBAG, op. cit., p. 130.

¹⁸ SABBAG, op. cit., p. 149.



3º, I, da CRFB –, porquanto oponível à Fazenda Pública no exercício de seu *múnus* fiscalizatório. De certa forma, colidia com o poder-dever do Estado de graduar os tributos segundo a capacidade contributiva dos administrados (art. 145, §1º, do CP), mediante o acesso a dados que consubstanciem rendimentos, patrimônio e atividades econômicas.

A antinomia, contudo, é aparente. Nesse sentido, ensina Lodi que a Constituição tutela “o sigilo dos dados relacionados à intimidade como desdobramento da própria personalidade, e não aquelas informações que se relacionam diretamente ao quinhão que cabe ao indivíduo no rateio das despesas públicas. Estas últimas não se traduzem em dados de caráter íntimo, sendo eminentemente de interesse público”¹⁹. Essa conclusão vai ao encontro da teoria dos poderes implícitos: se a Constituição atribui competência tributária aos entes federados, que é o mais, a eles também confere o menos, isto é, os meios para fiscalizar o recolhimento adequado das exações.

O garantia do sigilo bancário não deve tolher a densificação da isonomia tributária, e consequentemente do subprincípio da capacidade contributiva, cuja aferição concreta se dá em função da capacidade econômica do sujeito passivo. Assim, elide-se a incidência da mesma carga tributária sobre grupos economicamente distintos, em prejuízo das camadas pobres e médias da população, que passam a contribuir para além do podem, ao passo que as classes mais abastadas suportam a carga tributária aquém do que devem²⁰.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001 E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

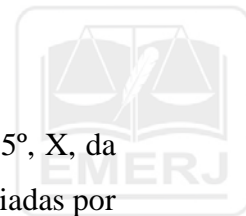
O sigilo bancário, consoante art. 1º, caput, da LC n. 105/2001²¹, corresponde a dever jurídico de não divulgação de informações, por parte de instituições financeiras *lato sensu*²², sobre movimentações financeiras²³ de seus clientes, como aplicações, depósitos e saques.

¹⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *STF coloca o Brasil entre os países que levam transparência fiscal a sério*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/ricardo-lodi-stf-acerta-levantar-serio-transparencia-fiscal>>.

²⁰ SABBAG, op. cit., p. 134.

²¹ BRASIL. LC n. 105/2001, art. 1º, caput: As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

²² BRASIL. LC n. 105/2001, art. 1º, § 1º: São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V – sociedades de crédito imobiliário; VI – administradoras de cartões de crédito; VII – sociedades de arrendamento mercantil; VIII – administradoras de mercado de balcão organizado; IX – cooperativas de crédito; X – associações de poupança e empréstimo; XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII – entidades de liquidação e



Lastreia-se em duplo fundamento, quais sejam: i) direito à intimidade (art. 5º, X, da CRFB/88) do cliente e de terceiros possivelmente envolvidos nas operações intermediadas por instituição financeira, porquanto os dados financeiros têm o condão de revelar hábitos e minúcias do dia-a-dia de uma pessoa, informações essas excluídas do domínio público; e ii) dever de sigilo profissional, na medida em que certas profissões, para melhor desempenho do mister, impescindem da transmissão de dados íntimos e, por vezes, confidenciais. Nessa linha, o sigilo financeiro exigido da atividade de intermediação de crédito consistiria em verdadeiro segredo profissional.

O dever de sigilo incide não só sobre as instituições financeiras, mas também sobre os seus respectivos funcionários²⁴, os quais, como fiduciários da informação de clientes e terceiros no exercício de suas atividades, podem responder nas esferas penal, disciplinar e cível - nesta, solidariamente com a instituição financeira - pelo indevido *disclosure*.

O campo de incidência do sigilo bancário não abrange toda e qualquer informação de cliente ou de terceiro titularizada pela instituição financeira. Dessa forma, a doutrina²⁵ se orienta no sentido de que simples dados cadastrais (qualificação pessoal, filiação e endereço) não estão albergados pelo sigilo financeiro, por não dizerem respeito essas informações à intimidade de clientes de operações financeiras.

Era essa orientação do Supremo Tribunal Federal, firmada desde o julgamento do RE n. 389.808²⁶, em 15/12/2010, segundo a qual o acesso dados bancários do contribuinte, pelo Fisco, consistiria em matéria sujeita à reserva de jurisdição.

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Salientava-se que o sigilo bancário, a despeito de possuir assento constitucional, também se revelava corolário da intimidade financeira das pessoas, em nítida aplicação da

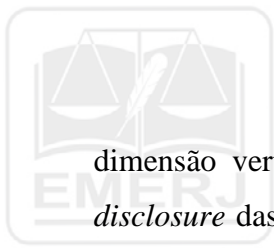
compensação; XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

²³ BRASIL. LC n. 105/2001, art. 5º, § 1º.

²⁴ BELLORQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 449, jan. 1993.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 389.808. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 18 set. 2016.



dimensão vertical dos direitos fundamentais. Desse modo, “a pretensão estatal voltada à *disclosure* das operações financeiras constitui fator de grave ruptura das delicadas relações - já estruturalmente tão desiguais - existentes entre o Estado e o indivíduo”²⁷.

No Superior Tribunal de Justiça também era essa a posição prevalente, conforme apregoa Renato Brasileiro²⁸:

Para ambas as Turmas Criminais do STJ, afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, está apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo – decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas aos indivíduos em geral e aos contribuintes, em especial – e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias. Nesse contexto, diante da ilicitude da quebra do sigilo bancário realizada diretamente pela autoridade fiscalizadora sem prévia autorização judicial, deve ser reconhecida a inadmissibilidade das provas dela advindas, na forma do art. 157 do CPP.

Todavia, no dia 24/2/2016, o plenário da Corte Suprema, no julgamento das ADIs 2.390²⁹, 2.397, 2.386 e 2.859 e do RE 601.314³⁰, por maioria de votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio³¹ e Celso de Mello³², assentou que não viola o direito fundamental à intimidade o acesso aos dados bancários e financeiros dos contribuintes, sem prévia autorização judicial, mediante requisição direta às instituições financeiras por parte da Administração Tributária.

Assim, o art. 6º da LC n. 105/2001 não autorizaria a “quebra do sigilo bancário”, mas, ao contrário, reafirmaria esse direito, na medida em que (i) as informações transferidas ao Fisco, em caráter sigilo, assim permanecem, por não se permitir a circulação desses dados para terceiros (art. 5º, § 5º, da LC n. 105/2001) e (ii) o preceptivo legal tipifica como crime divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na lei (art. 10 da LC n. 105/2001), além de prever responsabilização civil do servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização dessas informações (art. 11 da LC n. 105/2001 e art. 198

²⁷ Ibid. RE n. 601.314. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto vencido: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310303477 &tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016, p. 165.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 984.

²⁹ Ibid. ADIs 2.390/DF, 2.397/DF, 2.386/DF e 2.859/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

³⁰ Ibid. RE n. 601.314. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310303477 &tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016.

³¹ Ibid. Voto vencido: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310303477 &tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016, p. 103-123.

³² Vide nota 27, p. 152-172.



do CTN), sem prejuízo da responsabilidade e objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Correlato aos direitos fundamentais, de natureza individual e social, exsurge, num modelo de Estado Social que se propõe a assegurar a existência dignidade dos cidadãos, o dever fundamental de pagar tributos. Para garantir a isonomia e a capacidade contributiva, no escopo da justa distribuição dos encargos financeiros para funcionamento do Estado, advém para Poder Público, na expressão do Min. Dias Toffoli, o dever bem tributar e fiscalizar.

Numa palavra: a identificação de patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela administração tributária, na forma do art. 145, § 1º, da CRFB/88 concretiza princípio da capacidade contributiva.

Nesse sentido, os art. 5º e 6º da LC n. 105/2001 conceberiam relevantes instrumentos de fiscalização e combate à sonegação fiscal em solo pátrio - que, em 2015, ultrapassou R\$ 420, de acordo com o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda (SINPROFAZ)³³. E, se inexistentes, inviabilizariam a aferição da verdadeira disponibilidade econômica do contribuinte pela Administração Tributária, sobretudo nos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Ademais, indigitado diploma disciplina medida fiscalizatória sigilosa e pontual, balizada pelo postulado da proporcionalidade - sem promover, aliás, a "devassa" na vida financeira dos contribuintes, como sustentam alguns. Isso porque a atividade fiscalizatória inicia-se da forma menos gravosa ao contribuinte, com acesso a dados genéricos e cadastrais, mais especificamente a identificação dos "titulares das operações e montantes globais mensalmente movimentados"³⁴, sendo vedada a inclusão de qualquer outro elemento que permita identificar sua origem ou natureza dos gastos a partir deles efetuados"³⁵.

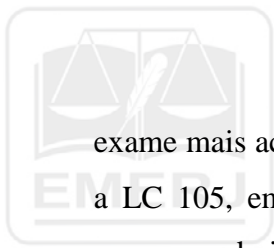
Se do cruzamento dessas informações com aquelas prestadas anualmente por pessoas naturais e jurídicas na declaração anual de imposto de renda forem "detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos"³⁶. E, mesmo assim, "para o

³³ FAGUNDES, Mateus. Sonegação de impostos chega a R\$ 420 bilhões no Brasil em 2015. *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sonegacao-de-impostos-no-brasil-chega-a-r-420-bi-em-2015,1784149>>. Acesso em: 18 set. 2016.

³⁴ O art. 5º da LC n. 105/2001 permite que o Poder Executivo edite um ato normativo (no caso, a Instrução Normativa RFB n. 1.571, de 2 de julho de 2015) determinando as instituições financeiras que informem à Receita Federal a existência de operação financeira acima de determinado valor: i) R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoa física; ii) 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas.

³⁵ BRASIL. LC n. 105/2001, art. 5º, § 2º.

³⁶ BRASIL. LC n. 105/2001, art. 5º, § 4º.



exame mais acurado das informações financeiras, por autoridades e agentes fiscais tributários, a LC 105, em seu art. 6º, traça requisitos rigorosos, uma vez que requer a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, bem como a inexistência de outro meio hábil para esclarecer os fatos investigados pela autoridade administrativa" ³⁷.

Por derradeiro, infere-se que a mudança na jurisprudência do Excelso Pretório vem ao encontro dos compromissos internacionais ³⁸ assumidos pelo Brasil no tocante à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate a ilícitos como lavagem de dinheiro e evasão de divisas, alçando-o ao seletivo grupo de Estados-Nação que levam a transparência fiscal a sério.

3. A (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, EM PROCESSOS CRIMINAIS, DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS OBTIDAS, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, PELO FISCO

A utilização, em processos criminais, dos dados bancários e financeiros dos contribuintes obtidos pelo Fisco, mediante o compartilhamento dessas informações com a autoridade responsável pela *persecutio criminis*, é controvertida nos planos doutrinário e jurisprudencial.

A sonegação fiscal, capitulada no art. 1º da Lei n. 8.137/90, não contempla o especial fim de agir como elemento constitutivo do tipo. Exige apenas o dolo (direito ou eventual) voltado à supressão ou redução do tributo mediante alguma das condutas (fraudulentas) elencadas nos incisos no citado dispositivo. Trata-se de crime material ou de resultado ³⁹, de sorte que somente é admissível a persecução criminal – seja na fase pré-processual (investigação preliminar), seja na fase processual (*persecutio criminis in judicio*) ⁴⁰ – após a constituição definitiva do crédito tributário, a qual se dá com o exaurimento dos meios de impugnação disponíveis para o contribuinte no contencioso administrativo-fiscal ⁴¹.

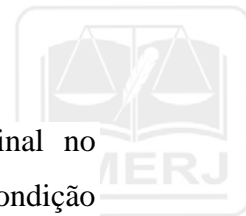
³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIs 2.390/DF, 2.397/DF, 2.386/DF e 2.859/DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2016, p. 14.

³⁸ Entre outros, vale explicitar, o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para fins Tributários (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), composto atualmente por 127 países, inclusive os do G20, consiste em órgão criado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE). Tem por fito a fixação de padrões internacionais de transparência e intercâmbio de informações tributárias, para o combate à concorrência fiscal danosa gerada pelos paraísos fiscais e aos ilícitos internacionais nessa seara.

³⁹ LIMA, op. cit., p. 272 e 672. Crime material ou de resultado é aquele cuja consumação depende da produção naturalística de um determinado resultado, expressamente previsto pelo tipo penal.

⁴⁰ Ibid., p. 274.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.



De acordo com o entendimento doutrinário prevalente ⁴², a decisão final no procedimento administrativo de lançamento tem, sob o aspecto penal, natureza de condição objetiva de punibilidade nos crimes materiais ⁴³ contra a ordem tributária ⁴⁴. Em outras palavras, consiste em evento futuro e incerto, cujo implemento é condição *sine qua non* para a deflagração da persecução penal. Somente após essa decisão que se reputa constituído crédito tributário, passando a obrigação tributária a ser dotada de certeza (quanto à existência), liquidez (quanto ao valor) e exigibilidade.

Nesse diapasão, já foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal se a representação fiscal para fins penais (art. 83 da Lei n. 9.430/96) relativa aos crimes contra a ordem tributária capitulados nos art. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 seria condição de procedibilidade para a ação penal por delito tributário. A Corte, ao julgar a ADI n. 1571 ⁴⁵, concluiu não se tratar a aludida representação de condição específica da ação penal nesses delitos, mas mera *notitia criminis* exarada pela administração fazendária. Dessarte, pode o Ministério Público, em nome de sua autonomia institucional (art. 129, I, da CRFB/88) oferecer denúncia independentemente da citada comunicação se, por outros meios, estiver a par do lançamento definitivo ⁴⁶. É o que ensina Renato Brasileiro ⁴⁷:

Portanto, embora a denúncia do Ministério Público não esteja condicionada à representação da autoridade fiscal (ADI 1.571), já que se trata de crime de ação penal pública incondicionada, enquanto não houver o lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo, o Estado não pode dar início à persecução penal em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária.

O Supremo Tribunal Federal, consoante exposto, assentou que a transferência de informações sigilosas da instituição financeira à Administração Tributária Federal (LC n. 105/2001, Lei n. 10.174/2001 e Decreto n. 3.724/2001) não caracteriza quebra do sigilo ou da privacidade, mas mera transferência de dados sigilosos de um órgão, que tem o dever de sigilo

⁴² LIMA, op. cit., p. 273 e 415. Não se ignora a existência de outras duas correntes sobre a matéria. A primeira, segundo a qual o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público não está condicionado ao exaurimento da via administrativa, de modo que a apuração do tributo nessa seara corresponde à questão prejudicial heterogênea (art. 93 do CPP) conducente à suspensão do processo até o deslinde do processo administrativo tributário. A segunda, aparentemente encampada pela Súmula Vinculante n. 24 (“não se tipifica...”) e no HC 101.900/SP – embora esse entendimento não prevaleça no próprio STF (HC 86.032/RS) e no STJ (Apn 449/AM e HC 77.424/RJ) – identifica a decisão final no procedimento administrativo de lançamento como elementar do delito.

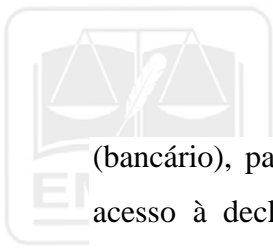
⁴³ Quanto aos crimes formais contra a ordem tributária, a exemplo do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/90, a conclusão do processo administrativo é desnecessária para a persecução penal (STF, RHC 90.253/ED).

⁴⁴ A mesma *ratio* é empregada para os crimes de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do Código Penal) e apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal), tidos também como crimes materiais.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.571. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385547>>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁴⁶ LIMA, op. cit., p. 272.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 274.



(bancário), para outro com igual dever de sigilo (fiscal). É que “se a Receita Federal tem acesso à declaração do patrimônio total de bens dos contribuintes, conjunto maior, não haveria razão de negá-lo quanto à atividade econômica, à movimentação bancária, que seria um conjunto menor”⁴⁸.

Questão que, porém, permanece inconclusiva – haja vista que, nas ações de controle concentrado em comento, os Ministros do Pretório Excelso deixaram de se pronunciar expressamente sobre – é a possibilidade de utilização em processos criminais dos dados obtidos pela Receita Federal, sem prévia autorização judicial, com fundamento no art. 6º da LC n. 105/2001, mediante requisição direta às instituições financeiras.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça há orientações diametralmente opostas, a depender do titular dessas informações bancárias.

Se de titularidade de órgãos públicos, não são nulas as provas obtidas por meio da indigitada requisição para apuração de crimes perpetrados por agentes públicos contra a Administração Pública⁴⁹. Isso porque o sigilo bancário, espécie de direito à intimidade (art. 5º, X e XII, da CRFB), acoberta tão somente as pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado, ao passo que as contas públicas⁵⁰ se norteiam pelos princípios da Administração Pública, sobretudo a publicidade e a moralidade, razão pela qual aos entes públicos é, em regra, inaplicável o conceito de sigilo bancário.

No entanto, caso pertençam a particulares, prevalece o entendimento^{51 e 52} pela impossibilidade da utilização, sem prévia autorização judicial, dos dados hauridos via requisição direta às instituições bancárias em sede de processo administrativo fiscal.

Com efeito, o envio ao Ministério Público de representação fiscal para fins penais contendo informações obtidas pelo Fisco mediante requisição direta às instituições financeiras (art. 6º da LC n. 105/2001) – informação essa que não integra ordinariamente o processo administrativo tributário – traduz-se em inequívoca quebra do sigilo bancário sem autorização

⁴⁸ Ibid., p. 983.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 308.493-CE. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1454396&num_registro=201402884063&data=20151026&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁵⁰ Imperioso frisar que até mesmo Tribunais de Contas podem requisitar informações sobre operações de crédito que envolvam recursos públicos, porque o controle da legitimidade do emprego verbas públicas é consectário do Estado Democrático de Direito, o que atrai a incidência de todos os princípios insculpidos no art. 37, caput, da CRFB (STF, MS 33.340/DF).

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 41.532/PR. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296041&num_registro=201303405552&data=20140228&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁵² Ibid. REsp 1.361.174-RS. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326773&num_registro=201300084170&data=20140610&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

judicial, porque fornecidas por órgão sem competência constitucional específica, cujo interesse e atribuição se circunscreve ao processo administrativo tributário^{53 e 54}.

Posição em sentido contrário equivaleria a fazer letra morta a cláusula de reserva de jurisdição, alinhavada no art. 5º, XII, da CRFB/88, para a revelação de dados pertinentes a operações financeiras, ativas e passivas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal⁵⁵.

Longe de criar embaraço à atuação investigatória do Estado, a inviolabilidade do sigilo de dados, garantida pela Constituição Federal em seu art. 5º, X e XII, apenas ilide o rompimento injusto da esfera de privacidade das pessoas, em prol da eficácia vertical desse direito fundamental. E, por não ser absoluto, assegura-se a quebra do sigilo bancário com fins criminais, mediante o escrutínio do magistrado competente, que poderá, fundamentadamente, na forma do art. 93, IX, da CRFB/88, deferir ou não o pleito.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 concebeu a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, livre da pobreza e da marginalização, como um dos objetivos fundamentais da república. Para tanto, previu uma série de direitos sociais e econômicos, corolários do princípio fundamental da dignidade humana, os quais, como contrapartida, pressupõem o dever fundamental de pagar tributos.

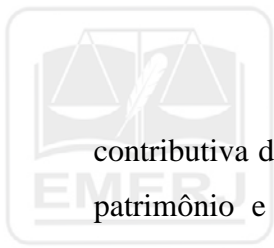
A ressignificação das finalidades históricas do tributo, até a atual função de instrumento de concretização de liberdades coletivas, traz a reboque a questão dos limites e do modo de repartição dos encargos públicos. É nesse contexto que, entre as limitações constitucionais do poder de tributar, ganha destaque o princípio da capacidade contributiva, pautado, de um lado, pelo mínimo existencial e, de outro, pela vedação ao confisco.

Subjacente à análise da constitucionalidade dos art. 5º e 6º da LC n. 105/2001, no bojo das ADIs 2.390, 2.397, 2.386 e 2.859 e do RE 601.314, questionava-se se o sigilo bancário poderia tolher o poder-dever do Estado de graduar os tributos segundo a capacidade

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 19.914. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15329406428&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 41.931/ES. Relator Ministro Maria Thereza Assis de Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1380123&num_registro=201303570410&data=20150220&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁵⁵ Importante ressaltar que, no RHC 121429/SP, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/4/2016, a Segunda Turma do STF entendeu não haver nulidade em condenação criminal baseada em prova produzida pela Receita Federal, por meio da obtenção de informações de instituições financeiras sem prévia autorização judicial, em razão da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC n. 105/2001.



contributiva dos administrados, mediante o acesso a dados que consubstanciem rendimentos, patrimônio e atividades econômicas (art. 145, § 1º, da CRFB/88). Em outras palavras, indagava-se se o acesso às informações dos contribuintes, detidas por instituições financeiras, constituiria desarrazoada ingerência estatal sobre a esfera privada.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo a sua jurisprudência, decidiu que não viola o direito fundamental à intimidade o acesso aos dados bancários dos contribuintes, sem prévia autorização judicial, mediante requisição direta às instituições financeiras por parte da Administração Tributária. E o fez por três boas razões.

A primeira: a LC n. 105/2001 não autoriza a quebra do sigilo bancário, mas a mera transferência dele, o que, em última análise, reforça essa garantia, porquanto as informações transferidas ao Fisco, em caráter sigiloso, assim permanecem. É defesa, destarte, a circulação desses dados perante terceiros.

A segunda: a atuação fiscalizatória se orienta pelo postulado da proporcionalidade, porque se inicia da forma menos gravosa ao contribuinte, com acesso a dados genéricos e cadastrais, como operações e montantes globais movimentados por mês (art. 5º, § 2º, da LC n. 105/2001). Não tem o Fisco, desse modo, livre acesso à origem do numerário e à natureza dos gastos. Apenas na hipótese de incongruência entre essas informações e as prestadas na declaração anual de imposto de renda é que a autoridade fiscal poderia requisitar maiores informações e documentos (art. 5º, § 4º, da LC n. 105/2001), desde que inexista outro meio hábil de esclarecimento dos fatos e que seja instaurado ou esteja em curso em processo administrativo, com todas as garantias que lhe são inerentes (art. 6º da LC n. 105/2001).

A terceira: a sonegação fiscal, além de desequilibrar a justa distribuição dos encargos sociais, tende a onerar o hipossuficiente financeiro, principal destinatário dos direitos sociais, razão por que a concretização do princípio da capacidade tributária depende da correta identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte.

Com a mudança de orientação da Corte, passa a ser debatida a possibilidade de utilização, em processos criminais, dos dados bancários dos contribuintes, obtidos pelo Fisco sem autorização judicial perante instituições financeiras, mediante o compartilhamento dessas informações com o Ministério Público.

A decisão final no procedimento administrativo de lançamento tem, sob o aspecto penal, natureza de condição objetiva de punibilidade nos crimes materiais contra a ordem tributária. Todavia, a representação da autoridade fiscal para fins penais não é condição específica da ação penal nesses delitos, mas mera *notitia criminis* emitida pela Administração



Tributária, podendo o *parquet* oferecer denúncia independentemente da comunicação caso, por outros meios, esteja ciente do lançamento.

No entanto, sob pena de vulnerar o núcleo essencial de proteção ao sigilo bancário, no tocante à reserva de jurisdição preconizada no art. 5º, XII, da CRFB/88, não se revela possível o envio ao Ministério Público de representação fiscal para fins penais contendo informações obtidas pelo Fisco mediante requisição direta às instituições financeiras (art. 6º da LC n. 105/2001). A remessa desse tipo de informação, que não integra ordinariamente o processo administrativo tributário, traduzir-se-ia em inequívoca quebra do sigilo bancário por via transversa, porque realizada por órgão sem competência constitucional específica, cujo interesse e atribuição se circunscreve ao processo administrativo tributário.

Essa solução, portanto, não configura em óbice à persecução criminal do Estado, mas em medida que impede rompimento injusto da esfera de privacidade das pessoas, submetendo a quebra do sigilo bancário ao controle judicial prévio, tal qual previsto pelo Constituinte Originário no art. 5º, XII, da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Parecer n. 2102/2014 PGR – RJMB da Procuradoria-Geral da República. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-2-de-18-06-2015/docs/RE-601314.pdf/view>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BELLORQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário*: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

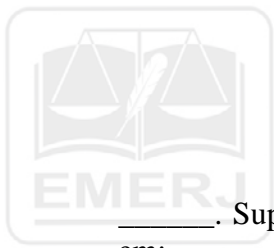
BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1188>>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIs 2.390/DF, 2.397/DF, 2.386/DF e 2.859/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.571. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385547>>. Acesso em: 2 out. 2016.



_____. Supremo Tribunal Federal. RE 601.314. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310303477&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 389.808. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 33.340/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978494>>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 19.914. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15329406428&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.361.174-RS. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326773&num_registro=201300084170&data=20140610&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 308.493-CE. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1454396&num_registro=201402884063&data=20151026&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 41.532/PR. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296041&num_registro=201303405552&data=20140228&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 41.931/ES. Relator Ministro Maria Thereza Assis de Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1380123&num_registro=201303570410&data=20150220&formato=PDF>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. *A relativização do sigilo bancário através da Lei Complementar nº 105/2001 pela Receita Federal*. 2008. Trabalho monográfico (pós graduação *lato sensu* em Direito Processual Tributário) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/arquivos_monografias/arquivo.2013-04-17.2127071142. Acesso em: 18 abr. 2016.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O que resta do sigilo bancário após a decisão do Supremo?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-12/observatorio-constitucional-resta-sigilo-bancario-decisao-supremo>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

DRUMMOND, Carlos. *Sonegação de impostos é sete vezes maior que a corrupção*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/sonegacao-de-impostos-e-sete-vezes-maior-que-a-corrupcao-9109.html>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

FAGUNDES, Mateus. Sonegação de impostos chega a R\$ 420 bilhões no Brasil em 2015. *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sonegacao-de-impostos-no-brasil-chega-a-r-420-bi-em-2015,1784149>>. Acesso em: 18 set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELO, Marciano Almeida. *Quebra do sigilo bancário LC 105 de 2001 – Violação da intimidade pessoal*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6952>. Acesso em: 18 abr. 2016

NOTAS DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA ADI 2.390/DF. Disponível em: <<http://www.oab-niteroi.org/noticia.php?id=20202>>. Acesso em: 20/3/2016.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *STF coloca o Brasil entre os países que levam transparência fiscal a sério*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/ricardo-lodi-stf-acerta-levar-serio-transparencia-fiscal>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário e a Administração Tributária no Brasil. *RVMD*. Brasília, v. 7, n. 2, p. 174-268, jul-dez. 2011. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/4452/3161>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: ANÁLISE DO INSTITUTO NO ÂMBITO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Alice Alecrim Bechara

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O objetivo precípua deste trabalho é a análise do instituto do Direito Real de Habitação e sua aplicabilidade às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Sabe-se que, em razão da evolução das relações sociais, o Direito das Famílias e das Sucessões sofreram diversas mudanças desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. Assim, tendo em vista a contraposição entre a dinamicidade que envolve as interações humanas e a morosidade do poder legiferante, busca-se nos princípios norteadores do direito, nos entendimentos doutrinários e na jurisprudência, uma forma de sanar a omissão legal e aplicar também aos que possuem uma relação homoafetiva os benefícios concedidos aos casais heterossexuais que contraem matrimônio ou vivem em união estável.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito real de habitação. Entidade familiar. União Estável. União homoafetiva.

Sumário - Introdução. 1. O Direito Real de Habitação à luz do Direito Civil-Constitucional. 2. A União Estável e o Direito Real de Habitação. 3. A Extensão do Direito Real de Habitação às Relações Homoafetivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a aplicação do instituto do direito real de habitação nas relações de união estável, mais especificamente, nas uniões estáveis homoafetivas. Para tanto, far-se-á uma leitura dos dispositivos do Código Civil em atenção aos preceitos da Constituição Federal de 1988.

Sabe-se que o direito sucessório é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal, direito esse intimamente ligado à outra garantia fundamental, o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CRFB/88). Nesse sentido, a proteção do patrimônio no seio da família visa, além da conservação da propriedade privada, a concretização do princípio da solidariedade constitucional. Ademais, reconhece-se que a proteção do herdeiro do de cujos nada mais é do que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o direito sucessório objetiva a preservação da família, por constituir a base da sociedade conforme o art. 226 da Constituição Federal. Logo, a fim de fazer uma análise correta dos institutos sucessórios é preciso entender que a família, assim como outros

institutos do nosso ordenamento jurídico, possui uma função social, e por consequência, precisa estar alinhada aos princípios constitucionais. Da mesma maneira, é obsoleta a ideia de família como vínculo constituído exclusivamente entre um homem e uma mulher através do casamento a fim de dar lugar ao chamado princípio da pluralidade das entidades familiares norteadas pelo afeto.

Nesse contexto, o trabalho enfoca a temática do direito real de habitação, isso é, a garantia conferida ao cônjuge sobrevivente (ou companheiro) de permanecer habitando no imóvel que servia de residência para o casal (art. 1.831 CC).

Dessa forma, tendo em vista o caráter protetivo do instituto ora estudado, é necessário realizar uma análise da sua extensão às relações de união estável, incluindo-se as uniões homoafetivas, em razão do número crescente de pessoas que optam por não contrair o matrimônio, ou até mesmo por conviver com pessoas do mesmo sexo. É bom destacar que a Constituição Federal confere especial proteção à família, base da sociedade, sem distinguir a sua origem.

Sendo assim, na primeira parte deste trabalho, com objetivo de viabilizar uma melhor compreensão sobre o tema, busca-se apresentar de uma maneira geral o instituto do direito real de habitação. Nesse viés, serão apresentados requisitos legais, seu conceito, requisitos legais, críticas doutrinárias, e principalmente, a sua aplicação pelos tribunais superiores, tudo isso a partir de uma leitura atenta e atual sobre a constitucionalização do direito privado.

No segundo capítulo, busca-se desvendar a aplicação do instituto às relações de união estável. É bem verdade que o Código Civil não conferiu ao companheiro a garantia do direito real de habitação, mas isso por si só não é capaz de afastar essa garantia dos conviventes.

No terceiro capítulo, depois de feitas essas considerações e partindo das premissas estabelecidas, passa-se a analisar a extensão desse direito às relações homoafetivas. Apesar do art. 226, § 3º da CRFB/88 mencionar expressamente que se reconhece a união estável entre o homem e a mulher, o Supremo Tribunal Federal alargou o texto constitucional ao reconhecer os mesmos direitos às relações homoafetivas no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 132.

Por fim, diga-se que a metodologia a ser aplicada é a de natureza qualitativa, descritiva e bibliográfica, na medida em que se valerá da bibliografia analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar sua tese.



1. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

O direito real de habitação é uma garantia conferida pelo art. 1.831 do Código Civil de 2002¹ ao cônjuge supérstite, com intuito de garantir-lhe o direito constitucional de moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal².

Nesse seguimento, é determinante ressaltar que o instituto encontra-se inserido no rol do art. 1.225 do CC³, rol taxativo que ao dispor dos direitos reais elenca o direito real de habitação, espécie dos chamados direitos reais em coisa alheia. Desse modo, tais direitos surgem em razão da possibilidade de fracionamento das faculdades inerentes ao direito de propriedade – uso, gozo, disposição e reivindicação -, o que se dá em razão do princípio da elasticidade, surgem tais direitos. Em outras palavras, enquanto o proprietário se conserva como titular único e exclusivo do bem, outra pessoa passa a titularizar um novo direito real, no caso o direito de habitar⁴.

Isso posto, como o direito das coisas tem como objeto tudo aquilo que é passível de apropriação pelo homem, isto é, bens corpóreos com caráter econômico, o direito real de habitação consiste no direito de habitar gratuitamente casa alheia com único objetivo de ocupá-la com sua família. Trata-se de direito limitado à habitação, já que o art. 1.414 do CC⁵ veda a fruição do imóvel ao dispor que o titular deste direito não pode alugar nem emprestar o bem.

Por consequência, desde já, destaca-se a importância do olhar constitucional sobre o direito civil, de maneira que o princípio da função social incida não somente no direito de propriedade, mas também nos direitos reais em coisa alheia, como no direito de habitação. Assim, em cada caso concreto, buscar-se-á a compatibilização tanto dos interesses do proprietário, como do titular do direito real limitado, além da sociedade como um todo.⁶ Isso porque o direito de propriedade deve ser compatibilizado com os objetivos da República

¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 set 2016.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

³ Vide nota 1.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 12. ed. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 734.

⁵ Vide nota 1.

⁶ FARIAS; NELSON, op. cit., p. 737.

Federativa do Brasil, como a construção de uma sociedade solidária, e a erradicação da pobreza (art. 3º, I e III, CRFB/88⁷).

Outrossim, como já foi adiantado, o estudo do direito real de habitação possui maior relevância jurídica no âmbito do direito sucessório, já que o art. 1.8131 CC⁸ assegura direito real de habitação vitalício ao cônjuge sobrevivente. Nesse diapasão, apesar de manter certas características, como de guardar a finalidade única de moradia, aqui, o direito inserido possui uma característica ímpar, qual seja, a forma de constituição *ex lege*, por imposição legal.

Ainda, atente-se também que, nesse caso, não há imposição de registro imobiliário, o que não afasta a oponibilidade erga omnes, característica do direito real, que pode ser exercida através dos interditos possessórios, inclusive contra os herdeiros. Na verdade, a nua propriedade do bem pertence aos herdeiros, sendo o cônjuge sobrevivente o possuidor direto do bem, o que justifica o uso dos interditos.

O direito também se caracteriza pela sua gratuidade e impenhorabilidade, logo o habitante tem a faculdade de invocar a proteção do bem de família. Aliás, também se torna possível a percepção dos frutos, desde que não sejam extraídos em escala comercial, o que descaracterizaria a finalidade do instituto⁹.

Resumindo-se, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias em coautoria com Nelson Rosenvald¹⁰:

o direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge (e ao companheiro) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte do outro componente da sociedade afetiva, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e independentemente do regime de bens.

É claro o objetivo do legislador de assegurar ao cônjuge sobrevivente o direito constitucional de moradia, com base no princípio da solidariedade familiar. O seu objetivo é o de preservar o ambiente em que o viúvo residia, quando esse concorrer com seus descendentes e ascendentes pelo acervo hereditário, sendo que não há qualquer diferenciação se os descendentes são ou não filhos exclusivos do falecido¹¹. Trata-se, portanto, de mais uma

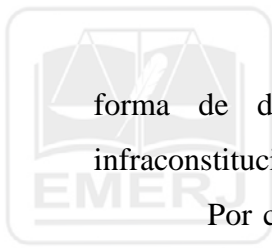
⁷ Vide nota 2.

⁸ Vide nota 1.

⁹ BLINKSTEIN apud DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 7. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 269.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Resp n. 1.134.387/SP, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901508033&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.



forma de dar azo ao princípio da dignidade da pessoa humana na legislação infraconstitucional.

Por conseguinte, a garantia se impõe mesmo que o cônjuge não seja herdeiro, nem meeiro, quer dizer, pouco importa o regime do matrimônio, podendo, inclusive, ter sido o da separação de bens, pois, segundo Maria Berenice Dias¹², o instituto é próprio ao ramo de do direito real, e não do direito hereditário.

É evidente que a garantia ao cônjuge do direito real de habitação não prejudica o seu direito sucessório, pois esse direito nada mais é do que garantia imposta pela lei, de maneira que o STJ¹³ já ratificou essa posição, ao decidir que, por se tratar de direito *ex vi lege*, o seu reconhecimento não precisa se dar obrigatoriamente no momento da partilha, assim como a sua declaração posterior não depende da sua anulação.

De mais a mais, o texto legal traz certa limitação ao dispor que o direito recai sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza. Entretanto, a disposição não está imune à críticas, Maria Berenice¹⁴ argumenta assim:

a limitação é descabida. Não há como excluir o direito somente pelo fato de compor o acervo sucessório mais de um bem, ou ainda que mais de um com destinação residencial, ou o fato de o casal possuir mais de uma residência. A lei assegura a possibilidade de a pessoa ter mais de uma residência, sendo considerada qualquer delas seu domicílio (art. 71 CC). Assim, duplo domicílio não pode excluir o direito real de habitação. Seria restrição incompreensível. No entanto, não há como assegurar o direito de habitação sobre ambos os imóveis. É de livre escolha do sobrevivente optar por um deles.

Todavia, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenthal¹⁵ citam José Luiz Gavião de Almeida, Desembargador do TJSP, que determina que a existência de outros imóveis residenciais só afasta o direito em relação ao próprio bem no qual o cônjuge sobrevivente residia. Por conseguinte, deve ser oferecido imóvel com as mesmas condições do anterior. Entretanto, fato é que o STJ¹⁶ já entendeu que o direito real de habitação incide sobre o imóvel que residia o casal, mesmo que haja outros imóveis a inventariar.

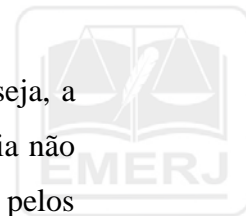
¹² DIAS, op. cit., p. 67.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.125.901/RS, Ministro Relator Marco Buzzi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901338830&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice, op cit., p. 69.

¹⁵ ALMEIDA apud FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, op. cit., p. 272.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Resp n. 1.220.838/PR, Ministro Relator Sidnei Beneti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002080445&dt_publicacao=27/06/2012>. Acesso em 12 ago. 2016.



Ademais, o direito é vitalício e incondicionado – mas não indisponível¹⁷, ou seja, a construção de nova entidade familiar não importa extinção do direito, embora a garantia não seja transmissível ao novo cônjuge ou companheiro. A previsão é alvo de críticas pelos autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁸, ao dispor que “permitir que o cônjuge se mantenha residindo no imóvel que não lhe pertence, mesmo que constitua uma nova família, implica em alteração da natureza protetionista do instituto, transmudando em abuso do direito real sobre a coisa alheia [...]”.

Por derradeiro, os autores defendem a tese da derrotabilidade (defeseability) ou superabilidade, ao permitir a construção de soluções episódicas voltadas ao caso concreto em defesa do princípio da razoabilidade¹⁹.

Na verdade, a ideia advogada pode ser vista em alguns julgados do STJ que já afastou o direito real de habitação em alguns casos como, por exemplo, no julgado noticiado no informativo de jurisprudência 541²⁰, em que foi sopesado o direito de moradia do cônjuge supérstite, baseado no princípio da solidariedade familiar, com o direito de propriedade de outros coproprietários do imóvel que já sustentavam essa qualidade antes do óbito do de cujos. Em outro caso semelhante, o direito foi negado, pois o bem pertencia em condomínio ao falecido e mais doze irmãos²¹.

A todo o momento, vê-se que o direito positivo é desafiado por uma releitura embasada na constitucionalização do direito civil. Dessa forma, é mister fazer a análise do instituto com base no princípio da solidariedade social, a fim de garantir a maior eficácia possível do direito conferido em lei, evitando injustiças sociais.

2. A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Apesar de o Código Civil ter feito menção expressa ao direito real de habitação do cônjuge supérstite, o mesmo não ocorreu em relação ao companheiro. A omissão legal deve

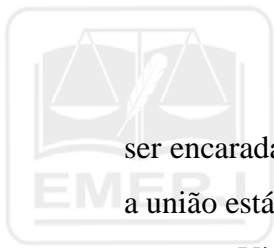
¹⁷ Enunciado 271 da III Jornada de Direito Civil: O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2016.

¹⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 271.

¹⁹ Ibid., p. 273.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.184.492, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000375282>. Acesso em 12 ago. 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.212.121/RJ, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001620861&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.



ser encarada como verdadeiro retrocesso, já que o art. 7º da Lei n. 9.278/96²², ao dispor sobre a união estável, previa essa garantia ao companheiro sobrevivente.

Vista inicialmente com nome de concubinato e sem produzir efeitos no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões, a figura mudou de lado com a Constituição Federal de 1988 que reconheceu a qualidade de natureza familiar das relações entre o homem e a mulher, diferentes do casamento. Dessa maneira, o art. 226, §3º da CRFB/88²³ legitimou a união estável como entidade familiar.

A novidade foi bem vista, pois conforme destaca Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁴, a família deixa de ser um fim em si mesmo, passando a ser funcionalizada em prol da dignidade de cada integrante, fala-se, portanto em despatrimonialização e repersonalização das relações.

Não se nega que casamento e união estável não compõem o mesmo instituto jurídico, note-se, inclusive, que o próprio texto constitucional determina a facilitação da conversão da união estável em casamento. Entretanto, não se pode admitir tratamento discriminatório à união estável, de forma a rebaixá-la a uma relação de menor importância.

Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares²⁵ destaca que elevar o casamento em razão da celebração de um ato formal fere o princípio da igualdade, até porque o princípio da dignidade da pessoa humana deve atingir todas as pessoas indiscriminadamente. Logo, se a família é meio de concretização desse princípio não há como diferenciar o grau de proteção das diferentes entidades familiares.

Igualmente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal²⁶ ponderam:

ora, seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, é certo que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o afeto. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena dos seus componentes.

Não obstante, é sempre bom lembrar que o Código Civil de 2002 não foi concebido nesse contexto de visão plural das entidades familiares, elencando mais uma razão para a existência de deficiências no estudo do Direito de Família²⁷.

²²BRASIL. Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em 03 out 2010.

²³ Vide nota 2.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos, A Função Social da Família: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Minas Gerais, ano VIII, nº 39, dez/jan. 2007, p. 157.

²⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 140

²⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 279.

Por essas razões, mesmo diante da omissão legal, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência a tese acerca da extensão do direito real de habitação ao companheiro do de cujos²⁸. Contudo, é oscilante o fundamento utilizado.

A primeira corrente²⁹ sustenta a tese de que o art. 7º da Lei nº 9.278/96³⁰ não teria sido revogado pelo Código Civil, em virtude da ausência de incompatibilidade entre as referidas normas. Aliás, essa interpretação prestigia o direito de moradia consagrado no texto constitucional (art. 6º, CRFB³¹), além da especial proteção à família conferida pelo art. 226, §3º da CFRF³². O entendimento foi enfim consolidado pelo enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil³³.

A terceira turma do STJ possui alguns julgados nesse sentido. No julgamento do AgRg no REsp nº 1.436.350/RS³⁴, embora o direito não tenha sido reconhecido no caso concreto, foi confirmada a sua possibilidade, posto que o CC de 2002 não revogou as disposições da Lei nº 9.278/96³⁵.

Todavia, é preciso observar que o art. 7º da Lei nº 9.278/96³⁶ previa como condição que o companheiro continuasse solteiro. Assim, apesar de se entender que esse dispositivo continua em vigor, a condição deve ser afastada visto que este óbice não se faz presente no direito reconhecido ao cônjuge. Alerta Maria Berenice Dias³⁷ que em razão do princípio da igualdade só há duas soluções, impõe ou afasta restrição para ambos, mas como não se admite a restrição do direito por analogia, e, nesse caso, haveria uma restrição do direito do cônjuge,

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 137.

²⁸ Tabela doutrinária em que constam os adeptos desse entendimento, tais quais, Christiano Cassettari, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Daneluzzi, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Sílvio de Salvo Venosa, Zeno Veloso, Flávio Tartuce, encontrada em CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 190.

²⁹ DIAS, op. cit. p. 83.

³⁰ Vide nota 21.

³¹ Vide nota 2.

³² Ibid.

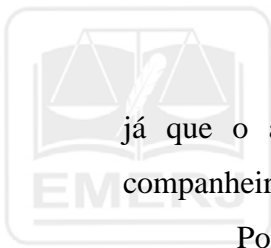
³³ Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil: Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88. Disponível em: <aleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 18 ago. 2016.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 1.436.350/R. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400395495&dt_publicacao=19/04/2016>. Acesso em 15 ago. 2016.

³⁵ Vide nota 21.

³⁶ Ibid.

³⁷ DIAS, op. cit., p. 68.



já que o art. 1.831 CC³⁸ não aceita tal condicionante, a solução é afastá-la para o companheiro.

Por essa razão, uma segunda corrente defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sustenta que o mais correto é aplicar o direito real de habitação ao companheiro nos mesmos moldes do direito previsto no art. 1.831 CC³⁹ ao cônjuge, ou seja, direito vitalício, incondicionado, e que independe de eventual direito à herança ou meação⁴⁰.

Nesse mesmo sentido vem se posicionando a quarta turma do STJ. Em um julgado noticiado no informativo de jurisprudência nº 533⁴¹, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão reconheceu o direito de a companheira de residir no imóvel no qual convivia com o falecido, mesmo no caso de ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido do seguro de vida do de cujos. Trata-se, na verdade, do mesmo entendimento aplicável ao art. 1.831 CC⁴², de modo a afastar a restrição legal que impõe que o imóvel objeto do direito real seja o único de natureza residencial a ser inventariado.

Atente-se, no entanto, que não se pode dizer que o entendimento seja unânime na quarta turma, pois o Ministro Raul Araújo entende de forma minoritária que o direito real de habitação não deve ser estendido ao companheiro em razão da ausência de previsão no art. 1.831 do CC⁴³. Ademais, o ilustre Ministro fundamenta seu voto no sentido de que a Constituição Federal não impôs a igualdade entre os regimes do casamento e da união estável.

Outrossim, nessa mesma turma, é preciso dizer que o Ministro Marco Buzzi, apesar de entender que a companheira merece ser beneficiada pelo instituto do direito real de habitação, defende que o fundamento aplicável é a Lei. 9.278/96⁴⁴, já que a legislação especial subsiste frente à omissão do Código Civil. O entendimento foi exposto no julgamento do Resp nº 1.329.993/RS⁴⁵, em que o Ministro fez menção à sua posição já adotada no Resp nº 1.156.744/MG, julgado em 2012.

Interessante notar que a mesma quarta turma entendeu que o direito real de habitação deve ser garantido sem embargo de reconhecimento prévio da união estável pelo poder

³⁸ Vide nota 1.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 294.

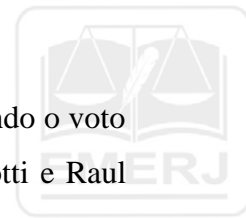
⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.249.1/SC, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100849912&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁴² Vide nota 1.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Vide nota 21.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.329.993/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002222363&dt_publicacao=18/03/2014>. Acesso em 15 ago. 2016.



judiciário⁴⁶. Observe-se que o recurso especial foi negado de forma unânime, seguindo o voto do relator, os Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo – que fez a sua ressalva acerca do seu entendimento sobre a matéria.

Enfim, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência defendem que a companheira, apesar da omissão do Código Civil, tem direito real de habitação sobre o imóvel que residia com o de cujus, restando controvertido tão somente o fundamento para sua aplicação.

No mais, aplicam-se as mesmas considerações feitas no capítulo anterior no que tange ao direito previsto expressamente em favor do cônjuge sobrevivente.

3. A EXTENSÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ÀS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.

As uniões homoafetivas, quer dizer, as uniões envolvendo pessoas do mesmo sexo, não possuem regulamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, o art. 226, §3º da CRFB/88⁴⁷ menciona apenas o casamento e a união estável entre o homem e a mulher.

Mesmo assim, é possível encontrar alguns diplomas legislativos que fazem referência a essas uniões como entidades familiares. Dessa forma, o art. 2º da Lei n. 11.340/2006⁴⁸, conhecida como Lei Maria da Penha, faz previsão ao expor que toda mulher, independentemente de orientação sexual goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Ainda, o art. 17, II, da Lei n. 12.852/2013⁴⁹, Estatuto da Juventude, prevê que todo jovem tem o direito de não ser discriminado por motivo de orientação sexual, fora a imposição ao poder público de fazer a inclusão do tema da orientação sexual e de gênero na formação de profissionais de educação, saúde, segurança pública, e dos operadores do direito (art. 18, III do Estatuto).

A despeito disso, a omissão legal não é capaz de gerar a negativa de direitos àqueles que optaram por se relacionar com pessoas do mesmo sexo. Maria Berenice Dias⁵⁰, advogada especializada em direito homoafetivo e desembargadora aposentada, argumenta que a

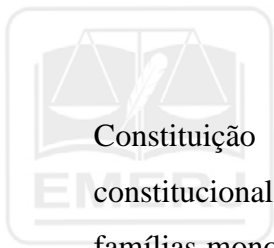
⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.203.144/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35834965&num_registro=201001278654&data=20140815&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁴⁷ Vide nota 2.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 12.852 de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.



Constituição Federal de 1988 inovou ao alargar o conceito de família, pois o texto constitucional previu a proteção tanto para o casamento quanto para a união estável e para as famílias monoparentais, o que retirou a heterossexualidade como um requisito para formação da família.

Nesse sentido, a autora afirma que a ausência de regulamentação legal ofende os princípios da dignidade, da igualdade e da liberdade, trazendo a seguinte ponderação:

a diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para reconhecer a entidade familiar como merecedora de especial tutela do Estado. O moderno enfoque dado à família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à identidade sexual de seus membros⁵¹.

Soma-se a isso o fato de que a justificativa da proteção da família como base da sociedade é a mútua assistência afetiva, também indistintamente presente nas relações homoafetivas. Nesse diapasão, novamente Maria Berenice Dias⁵² é categórica ao dizer que “o direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par.”

Além disto, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, possui relevante papel no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões para concretizar o direito de liberdade do indivíduo de constituir a sua família da forma que melhor entender. Trata-se, portanto, do chamado direito à busca da felicidade, de forma que é reconhecida ao sujeito de direito a sua capacidade de autodeterminar-se conforme suas convicções pessoais

Nesse aspecto, fala-se no surgimento da chamada família eudemonista, como aquele núcleo familiar que busca implementar a felicidade dos seus componentes ao deslocar a proteção do instituto em si para os próprios integrantes da família⁵³.

Em razão de tal omissão, o Poder Judiciário possuía julgados conflitantes sobre o tema. Naquele cenário, muitas decisões foram proferidas no sentido de declarar que as uniões homoafetivas não careciam de qualquer direito, por outro turno, alguns julgados entendiam que deveria ser aplicada as mesmas disposições relativas às sociedades de fato. Esse segundo entendimento gerava consequências rigorosas ao parceiro, visto que por ser sociedade de fato não era reconhecido o status de herdeiro. Posteriormente, alguns avanços foram alcançados na

⁵¹ DIAS, op. cit., p. 88.

⁵² Ibid, 2014, p. 112.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

jurisprudência, como o reconhecimento de direitos previdenciários aos parceiros sobreviventes⁵⁴.

Atento às demandas da sociedade moderna, o Supremo Tribunal Federal adotou posição paradigmática no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) n. 132 em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n.4.277⁵⁵. Naquela ocasião, o Tribunal Pleno do STF, por votação unânime, julgou procedente a ação com eficácia erga omnes e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, a fim de estender a proteção constitucional às relações de união estável entre um homem e uma mulher às uniões homoafetivas. Após, com base nessa decisão, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175 com objetivo de vedar que as autoridades competentes recusassem os pedidos de habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O Ministro Relator Ayres Britto⁵⁶ explicitou bem a questão em seu voto ao trazer como parâmetro o próprio art. 3º, inciso IV da CRFB/88⁵⁷ que veda expressamente o preconceito em razão do sexo. Veja, por exemplo, o seguinte trecho do acórdão:

prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

Importa também dizer como bem ressaltou o Ministro⁵⁸ que “[...] a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”.

Bem vistas as coisas, é possível dizer que ao estender às relações homoafetivas os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis, reconhece-se que os parceiros sobreviventes

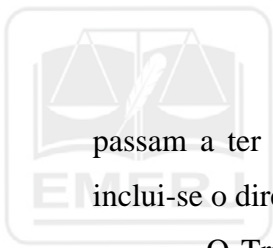
⁵⁴ Ibid., p. 90.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Ministro Relator Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=132&origem=AP.>>. Acesso em 07 set 2016. O Ministro relator entendeu que a ADPF n. 132 e a ADI n. 4277 possuíam o mesmo objeto, qual seja, a interpretação conforme à constituição do art. 1.723 do CC, razão pela qual o relator entendeu por converter a ADPF em ADI a fim de fazer um julgamento conjunto.

⁵⁶ Vide nota 36.

⁵⁷ Vide nota 2.

⁵⁸ Vide nota 36.



passam a ter os mesmos direitos sucessórios dos companheiros. Nessa esteira, claramente, inclui-se o direito real de habitação.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem se pronunciado nesse mesmo sentido. Nos autos da Apelação Cível nº 0070007-89.2012.8.19.0002 o Desembargador Relator Antônio Iloízio Barros Bastos⁵⁹ negou o pedido da herdeira de receber alugueres sobre o imóvel que pertencia a um dos conviventes. No caso, foi reconhecida a união estável homoafetiva que perdurou 27 anos de modo que foi reconhecido ao parceiro supérstite o direito real de habitação sobre o imóvel, em prol da aplicação analógica da legislação aplicável às relações heteroafetivas.

Em outro processo que tramitou em segredo de justiça, o Desembargador Relator Luciano Rinaldi⁶⁰ desproveu recurso de agravo de instrumento interposto em face da decisão interlocutória que antecipou os efeitos da tutela para determinar a anotação no RGI do usufruto vidual em favor da parceira sobrevivente. Isso posto, a decisão agravada foi reformada parcialmente para incluir na anotação o “usufruto vidual, com consequente direito real de habitação”.

Por fim, diga-se que o STJ⁶¹ já se mostrou simpático à hipótese de concessão do direito real de habitação ao companheiro homoafetivo. Explique-se melhor, no caso concreto, o pedido inicial da ação envolvia apenas o reconhecimento do direito real de habitação, o que foi acolhido pelo juiz de primeiro grau, sem recurso de apelação. Entretanto, foi pleiteado em sede de recurso especial a propriedade plena do imóvel em debate, o que foi negado sob pena de se julgar de forma extra ou ultra petita. Apesar do resultado final do julgamento, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão salientou em seu voto que o STJ possui diversos julgados reconhecendo as uniões estáveis homoafetivas em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade e o repúdio à discriminação. Expressou, ainda, que o mesmo tribunal também entende pela viabilidade do reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Por isso, não há outra conclusão senão a de que seria viável a concessão do direito real de habitação ao parceiro sobrevivente.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0070007-89.2012.8.19.0002. Desembargador Relator Antônio Iloízio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000444CDDD5C46870B17920FD2348FC4FF08C50418553151>>. Acesso em 07 set 2016.

⁶⁰ BRASIL. . Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0021390-02.2015.8.19.0000. Desembargador Relator Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201500217755&CNJ=0021390-02.2015.8.19.0000>>. Acesso em: 07 set 2016.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.204.425/MG. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802457580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 07 set 2016.



Sendo assim, conclui-se que embora haja certa reticência do legislador em positivar na lei os direitos daqueles que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência vem exercendo importante papel de inclusão social ao garantir-lhes os mesmos direitos dos heterossexuais. Afinal, cabe frisar que o próprio conceito de cidadania abrange tanto a igualdade quanto a desigualdade, sendo de suma relevância entender que se vive hoje em dia em uma sociedade cada vez mais plural.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é forçoso reconhecer a extensão do direito real de habitação àqueles que vivem em união estável homoafetiva. Nesse prisma, apesar de se reconhecer a omissão legislativa quanto ao assunto, não há como sustentar a restrição de direitos às pessoas que optaram por viver em uniões com pessoas do mesmo sexo. O direito real de habitação nada mais é do que uma garantia conferida pelo legislador ao cônjuge sobrevivente de continuar morando no imóvel que residia com seu falecido, ou seja, nada mais é do que uma proteção ao direito constitucional de moradia.

Logo, por caracterizar a positivação de um mandamento constitucional, mesmo que esse direito seja previsto no Código Civil tão somente ao cônjuge sobrevivente, aquele que contraiu matrimônio na forma da lei, tanto a doutrina como a jurisprudência dos tribunais superiores reconhecem amplamente a sua aplicabilidade aos casais que viveram em relações de união estável, em vida.

Nesse diapasão, novamente, a própria Constituição Federal reconheceu o status de natureza familiar da união estável entre o homem e a mulher, razão pela qual se faz necessário o reconhecimento do direito real de habitação aos companheiros.

Em sequência, entende-se que se o texto maior legitimou as relações havidas fora do matrimônio não há porque restringir essa hipótese apenas às relações entre um homem e uma mulher, já que as relações homoafetivas possuem como base o mesmo valor que embasa tanto o próprio casamento quanto à união estável, qual seja, o afeto e a solidariedade entre os seres humanos.

É certo que a Constituição Federal, lei maior do nosso ordenamento, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo um dos objetivos da República a promoção do bem geral, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade. Sendo assim, não é



razoável que a omissão do legislador infralegal resulte no cerceamento de direitos do cidadão brasileiro.

Dessa forma, compreende-se também que a sociedade atual não se prende mais aos conhecidos padrões tradicionais da família, de forma que o Poder Judiciário deve exercer o relevante papel de sanar eventuais omissões legislativas a fim de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos que não possuem proteção legal.

Por todas essas razões, conclui que o direito real de habitação, este como um instituto conferido pelo legislador com o nítido intuito protetivo, deve ser estendido aos parceiros sobreviventes que viveram em uma união estável homoafetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 set 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal Disponível em: <daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 18 ago. 2016

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

_____. Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em 03 out 2010.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

_____. Lei n. 12.852 de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça Resp nº 1.134.387/SP, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901508033&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.125.901/RS, Ministro Relator Marco Buzzi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumer>>

oRegistro&termo=200901338830&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça Resp nº 1.220.838/PR, Ministro Relator Sidnei Beneti. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002080445&dt_publicacao=27/06/2012>. Acesso em 12 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.184.492, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000375282>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.212.121/RJ, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001620861&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 1.436.350/R. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400395495&dt_publicacao=19/04/2016>. Acesso em 15 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.249.1/SC, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100849912&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 15 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.329.993/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002222363&dt_publicacao=18/03/2014>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.203.144/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35834965&num_registro=201001278654&data=20140815&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.204.425/MG. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802457580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 07 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132. Ministro Relator Ayres Britto. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=132&origem=AP.>>. Acesso em 07 set 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0070007-89.2012.8.19.0002. Desembargador Relator Antônio Iloízio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000444CDDD5C46870B17920FD2348FC4FF08C50418553151>>. Acesso em 07 set 2016.



_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0021390-02.2015.8.19.0000. Desembargador Relator Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201500217755&CNJ=0021390-02.2015.8.19.0000>>. Acesso em: 07 set 2016

CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 12. ed. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos, A Função Social da Família: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Minas Gerais, ano VIII, nº 39, dez/jan. 2007.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

A FUNÇÃO DOS PAIS NA ORIENTAÇÃO DE GÊNERO DOS FILHOS E A POSSIBILIDADE DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DESTE DEVER NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Aline de Paula Barroco Passos

Graduada em Direito pela Universidade Federal
Fluminense.

Resumo: As novas formas de se relacionar chamam atenção da sociedade, sendo objeto constante de debates comunitários, matérias jornalísticas e pesquisas científicas. Tais mudanças, iniciadas no meio adulto, abrangem também as relações travadas entre crianças e adolescentes, onde se mostram ainda mais velozes. Diante desse cenário, desponta a discussão sobre a necessidade de maior controle não só por parte dos pais, mas também por parte do Estado, diante das inegáveis repercussões que as relações interpessoais causam na vida em sociedade.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito da Criança e do Adolescente. Direito de Família. Poder Familiar e deveres decorrentes.

Sumário: Introdução. 1. Orientação de gênero: direito da criança e obrigação dos pais. 2. Dignidade humana e a questão de gênero: repercussão das mudanças sociais no desenvolvimento da criança e do adolescente e na sociedade. 3. Como estabelecer uma obrigação jurídica dirigida aos pais no sentido da orientação sexual em meio às questões de gênero. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Neste artigo científico pretende-se analisar a função dos pais na orientação de gênero dos filhos e a possibilidade de institucionalização desse dever no ordenamento jurídico. O dever dos pais e responsáveis em relação à orientação de gênero se torna mais relevante na atual era da chamada geração Z, onde diversidade e tolerância são as palavras de ordem, trazendo à tona um terceiro gênero: o gênero neutro.

Na história da humanidade é antiga a notícia de relações homossexuais, cada vez mais aceitas pelas comunidades em geral, inclusive a jurídica, ganhando respaldo na jurisprudência das cortes superiores, já que a legislação ainda é incipiente ao tratar do tema. Porém, a sociedade tem avançado para o que se denominou de pansexualidade, modelo que vai além da sexualidade.

Uma grande mudança geracional está em curso, marcada pelo conceito de “gênero flutuante”, em movimento de abandono do sistema binário (dois sexos, dois gêneros).

Deve-se, então, questionar: a antiga distinção entre papéis sociais a serem desempenhados por homens e aqueles a serem desempenhadas por mulheres se perdeu por completo, ou ela ainda fazem parte de nossa cultura? Se ainda são valores sociais a serem preservados, de certo caberia aos pais repassá-los a seus filhos; responsabilidade esta que se mostraria similar ao dever geral de educação que possuem em relação à prole e, portanto, geradora de consequências jurídicas.

No primeiro capítulo, analisa-se no que se consubstanciaria a orientação de gênero. Para isso deve-se observar as mudanças atuais na forma como as pessoas se relacionam e a velocidade e intensidade que este fenômeno se mostra no seio das gerações do novo milênio, avançando para situações até então pouco discutidas no momento em que são chamadas a se autocolocarem na sociedade.

No segundo capítulo, considera-se quais são os reflexos da ausência de orientação, para analisarmos se a orientação de gênero se traduziria num no novo direito para os filhos e, conseqüentemente, uma nova obrigação para os pais. Haveria prejuízo para os seres em desenvolvimento e para a sociedade a ponto de demandar a intervenção do direito? Neste ponto, a análise recai sobre a repercussão deste fenômeno social não só no desenvolvimento destas crianças e adolescentes, como no ordenamento jurídico.

No terceiro capítulo, enfrenta-se a possibilidade de tornar essa uma obrigação jurídica e, caso positivo, qual seria o meio adequado: a instituição de novos princípios ou de novas regras legais? Diante desse quadro, o objetivo final é refletir sobre a responsabilidade dos pais frente a comportamentos negligentes que repercutam negativamente na formação do menor.

Não se pode fechar os olhos para as repercussões do fenômeno da pansexualidade, enquanto proposição da extinção de distinção entre os gêneros; e o passo inicial é revisar a postura a ser adotada pelos pais, enquanto primeiro modelo, a saber se a eles são atribuídos novos deveres e em que grau, e se é possível ou mesmo necessário fixar regras a respeito em nosso ordenamento jurídico, diante do impacto que tais mudanças, já visíveis na sociedade brasileira, geram na sociedade como um todo.

A pesquisa será de natureza descritiva, qualitativa, exploratória, e a metodologia do tipo bibliográfica.

1. ORIENTAÇÃO DE GÊNERO: DIREITO DA CRIANÇA E OBRIGAÇÃO DOS PAIS

A criança e o adolescente, enquanto seres em desenvolvimento, sempre foram considerados seres mais vulneráveis. Dada a maior suscetibilidade deste grupo de indivíduos às formas de coação e pressões sociais, há muito se exige, dos pais e da sociedade, uma maior preocupação com a exposição desses indivíduos à violência moral, física ou psicológica e também ao uso de drogas, por serem extremamente influenciáveis.

Os jovens, em sua maioria, sempre tenderam a descumprir regras, estatais ou sociais, ainda que não houvesse motivos razoáveis para repudiá-las, ou seja, não o fazem por uma luta de causas identificáveis, mas por buscarem uma vida livre de limites. Neste contexto, a preocupação com o uso de drogas e com os vários tipos de violência se mantém e, na constante dinâmica social, novas preocupações surgem.

Tamanha vulnerabilidade tem se mostrado preocupante, também, quando nos deparamos com mudanças de ordem social capazes de subverter por completo a estrutura tradicional de sociedade atual, que são as novas formas de relacionamento. Essas mudanças encontram raízes na coletividade adulta e não na juventude, mas, por estarem em constante aprendizado, os jovens tendem a reproduzir comportamentos e, muitas vezes reproduzem aqueles que destoam da regra geral numa busca constante para individualizar-se do coletivo comum.

Não se pretende criticar tais mudanças havidas. O que se analisa, primeiramente, é o impacto dessas mudanças no desenvolvimento da criança e do adolescente. Sabe-se que estes indivíduos nem sempre fazem as melhores escolhas, seja por falta de conhecimento ou por falta de experiência. Num movimento desenfreado de autodeterminação, podem acabar por optar pelo diferente apenas por o ser, sem qualquer reflexão sobre sua real personalidade, ainda em formação, e os impactos que tais escolhas podem gerar em seu desenvolvimento.

Em razão disso, é de extrema importância que recebam adequada orientação por parte de pessoas que lhes servem de modelo e lhes transfiram segurança. Nota-se que muitos pais entregam a educação de seus filhos inteiramente à escola, sempre cobrando resultados e que esta se dê da forma que menos lhes exijam participação. Porém, este é um assunto delicado, que vai além saber científico sobre as funções dos órgãos reprodutores, a ebulição de



hormônios, meios de contracepção e de evitar o contágio por doenças sexualmente transmissíveis.

A escola também tem o dever de educar e orientar a criança e o adolescente sobre como se portar na vida em comunidade, como exercer sua cidadania e como pautar sua atuação em sociedade, o que desemboca no papel dos gêneros, que nada mais são do que comportamentos socialmente impostas ao macho e a fêmea. Há, ainda, na maior parte do tempo, uma preocupação com a não discriminação, o que faz com que os educadores tratem temas relacionados à sexualidade de maneira mais generalizada e neutra. Neste contexto, nem sempre é possível conferir ao aluno um tratamento mais direcionado aos seus questionamentos pessoais. É aí que ganha destaque o papel dos pais.

Conforme expõe Alicia H. Puelo¹ em seu artigo, a palavra gênero faz referência a um conceito constituído pelas ciências sociais para analisar a construção sócio-histórica das identidades masculina e feminina. A teoria afirma que entre todos os elementos que constituem o sistema de gênero existem discursos de ideologia sexual. Esses discursos visam legitimar a ordem estabelecida, justificam a hierarquização dos homens e do masculino e das mulheres e o do feminino em determinada sociedade.

Já o conceito de sexualidade é algo mais amplo e moderno. Comumente se reduz a sexualidade com a ideia de atos sexuais, porém, a sexualidade ultrapassa o campo das necessidades fisiológicas. A sexualidade reflete de forma ampla a maneira como o indivíduo orienta a concretização de seus anseios de carinho, amor e afeto, por isso, está diretamente relacionado com os valores histórico-sociais de determinada comunidade.

A identidade de gênero, por sua vez, mostra-se como um conceito de ordem individualista. Reflete a forma como o indivíduo internaliza os papéis de gênero definidos pela sociedade, em que grau ele se identifica. Em síntese, a identidade de gênero diz respeito à maneira como o indivíduo se vê, o gênero com que se identifica e se considera pertencente. É aqui que têm lugar fenômenos que, socialmente, são enxergados como distorções, quando a pessoa pertencente ao sexo masculino ou feminino não se identifica com o respectivo gênero.

Por último, e mais importante, a orientação sexual reflete para qual dos sexos biológicos o indivíduo direciona a sua sexualidade. A expressão está ligada aos desejos, à indicação do que desperta atração no indivíduo, levando, inicialmente, à divisão entre homossexuais e

¹ PUELO, Alicia H. Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro. In: Seminário Gênero e feminismo: desvelando trajetórias, 2003, São Paulo. *Políticas Públicas e Igualdade de Gênero*. São Paulo: 2004, p.13.

heterossexuais. Atualmente, observa-se um abandono desta dualidade, uma tendência de se admitir o pansexualismo, reconhecendo a possibilidade de indivíduos sentirem atração não só por pessoas do mesmo ou do sexo oposto, de forma estanque, como também explorar essas diferentes orientações de forma concomitante.

Fugindo à questão de ser a orientação sexual uma questão de escolha pessoal ou parte integrante da personalidade desde o seu nascimento, teses que dividem os próprios especialistas da psicologia, o que interessa notar é que algo a princípio referente apenas ao mundo dos desejos vem ditando o estabelecimento de novos comportamentos sociais. A decisão de relacionar-se de formas ditas não tradicionais trará reflexos que ultrapassam a vida daquele que opta por este modo diferente. Ademais, quando o indivíduo expõe sua orientação ao meio social em que vive, essa situação perpassa pela aceitação interna, pela aceitação da família e pela aceitação da comunidade.

Como se disse alhures, as crianças e adolescentes são seres em construção, que, para tanto, buscam na sociedade valores e comportamentos para lhes servirem de orientação. Na fase da adolescência, sua vulnerabilidade é assoberbada pelo enfrentamento de inúmeras questões pessoais, relacionadas à descoberta de seu papel na sociedade e problemas com autoestima que os tornam ainda mais influenciáveis.

E, é justamente nesta fase da adolescência, de afirmação da personalidade em formação, associada à explosão dos desejos, que se busca definir uma orientação sexual. Neste momento, a exposição a comportamentos não tradicionais podem gerar maior euforia, levando o adolescente a adotar determinada orientação sexual apenas para ser diferente, pela vontade de fazer parte de algo novo, ou calcado na vontade oposta, de ser aceito. Além disso, ainda que se trate de uma verdade que lhe é interna, a exposição de uma opção sexual não tradicional pode lhe ensejar enorme sofrimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua em diversos de seus dispositivos o direito à educação e à orientação, em sentido amplo. Ao lado destes, também estão os direitos à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, previstos nos artigos 4º, 5º, 6º do ECA². Este conjunto de direitos, e os deveres a eles respectivos, formam a teoria da proteção integral da criança e do adolescente.

² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

Para Cury, Garrido e Marçura³ a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a todos e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes de sua especial condição.

A condição peculiar de pessoas em desenvolvimento é relevante, pois estes indivíduos estão formando sua personalidade, e a sexualidade é um traço da personalidade que merece atenção. É neste ponto que a sexualidade se relaciona com o direito à dignidade e ao respeito.

De acordo com Enézio de Deus Silva⁴:

É ponto assentado, na melhor doutrina, que as variantes da orientação afetivo-sexual (...) constituem direitos fundamentais, encontrando-se tutelados, implícita ou literalmente, em relevantes diplomas jurídicos-positivos - como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e na maioria das constituições democráticas, a exemplo da Lei Magna brasileira de 1988 (art.3º, IV e 5º caput) (...) sendo o respeito à dignidade um dos pilares do atual sistema jurídico e a edificação de uma sociedade justa, livre e solidária um dos objetivos da República Federativa do Brasil, tem-se a base para o reconhecimento e 'a construção do direito à educação sexual como um direito personalíssimo atributo inerente e inegável da pessoa humana' (Fachin, 1999:95).

A criança e o adolescente têm direito a construir sua individualidade e direito a ter suas escolhas respeitadas. Porém, diante da constatação de que toda escolha ou mudança na vida destes seres em desenvolvimento, podem lhes gerar sofrimento, traumas, ou más experiências que os acompanharão ao longo da vida, fazendo parte do que se tornarão, a orientação, principalmente por parte da família, é primordial.

O Estatuto da Criança e do adolescente⁵, no segundo capítulo do título II, trata do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, traz no art.16 os aspectos do direito à liberdade, que compreende a participação da vida familiar e comunitária, sem discriminação e também a busca de auxílio e orientação. É possível enxergar neste direito geral a existência de um dever correspondente, principalmente por parte dos pais, de orientar seus filhos quanto às questões de gênero, pois esta orientação é indispensável para que a liberdade seja exercida de forma adequada.

³ CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.21.

⁴ SILVA apud DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e suas nomenclaturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111.

⁵ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

2. DIGNIDADE HUMANA E A QUESTÃO DE GÊNERO: REPERCUSSÃO DAS MUDANÇAS SOCIAIS NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NA SOCIEDADE.

Nota-se, então, que os pais vêm falhando no seu dever - ainda que, a princípio, meramente moral - de repassar aos filhos regras sociais outrora sedimentadas a respeito do que é pertencer aos distintos sexos, feminino e masculino. Resta saber em que grau isso realmente significa falhar enquanto educadores, o que exige a análise do impacto dessa conduta na formação da criança e do adolescente e na sociedade atual, ponto de relevo para o Direito, enquanto ordenador das relações sociais.

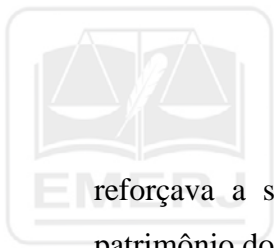
Hodiernamente observa-se que, anunciada uma gestação, a curiosidade geral certamente paira sobre o sexo do bebê. Quando este nasce, são os pais e as pessoas que o cercam que lhe ensinarão a que sexo pertence, pois a forma com irão interagir, os gestos e as brincadeiras são desde já diferentes. A forma de interação social é determinante para a formação de sua identidade sexual, como explica a autora Regina Navarro Lins⁶:

Atitudes e comportamentos femininos e masculinos são ensinados às crianças desde muito cedo e, dessa forma, vão sendo assimilados a ponto de serem confundidos, mais tarde, como fazendo parte de suas naturezas. Sem dúvidas existe uma diferença nítida nas atitudes sociais dos homens e das mulheres e é fácil então concluir que são realmente diferentes. Na realidade, a natureza só traz a anatomia e a fisiologia. Tudo o mais é produto de cada cultura e de cada grupo social.

Dessa forma, é única e exclusivamente o ciclo social em que se encontra a criança que determinará a maneira como ela se percebe e se relaciona. Contudo, a sociedade é um organismo dinâmico, assim como deve ser o direito que a rege. Muitos valores sociais e regras jurídicas que ainda hoje vigoram são oriundos de uma sociedade patriarcal, mas essa sociedade está em declínio já há muitos séculos, desde os primeiros movimentos feministas.

O mesmo destino está reservado a outros institutos jurídicos oriundos do modelo patriarcal. Vide o casamento, que como se sabe, tem origem religiosa. Sua razão de ser era a união de patrimônios e o controle da fecundidade da mulher, como forma de garantir a legitimidade dos filhos e proteger a herança. A igreja tinha interesse nessa forma de união, pois

⁶ LINS, Regina Navarro. *A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito do amor e sexo*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007, p.137.



reforçava a submissão da mulher em relação ao homem e, assim, assegurava-se que o patrimônio dos fiéis, verdadeiros contribuintes, não se dissiparia.

Sedimentado o Estado laico, o casamento passou a ser encarado como instrumento meramente jurídico. A outro passo, com a evolução da sociedade em direção ao reconhecimento da igualdade entre os sexos, o casamento passou a carregar ideal ainda maior de romantismo e estabilidade emocional, a ponto de a comunhão de vidas ser reconhecida como a finalidade jurídica precípua do casamento.

A estabilização do patrimônio perde a importância diante de novos institutos jurídicos e regras de regimes de bens, e da evolução tecnológica do teste de DNA, capaz de assegurar que a herança seja repartida apenas entre herdeiros legítimos, nos termos da lei.

Além disso, conforme alertam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁷, impõe-se uma releitura do instituto do casamento à luz da Constituição, que em diversas passagens valoriza a família como primeiro núcleo de desenvolvimento do ser humano e, além de vedar a discriminação entre os sexos, veda a discriminação entre filhos. Não mais se justifica o ato de qualificar famílias como legítimas e ilegítimas.

Nessa esteira, ganham espaços outras formas de constituição de família, como a União Estável. Valoriza-se cada vez mais a formação de reais vínculos de amor e afeto e abandona-se aos poucos a necessidade de formalismos; é notório o contínuo processo de mudanças sociais. Nas novas gerações que neste artigo se explora, o movimento que surge em contraposição à histórica instituição do casamento é o poliamor, as chamadas uniões estáveis paralelas.

Há precedentes judiciais, pautados no direito à liberdade, igualdade, no princípio da afetividade e nas mudanças sociais apontadas, que admitem o reconhecimento de uniões “grupais” ou simultâneas. Porém, as cortes superiores ainda estão relutantes. Veja este paradigmático julgado do STJ⁸, que rechaçou o paralelismo de uniões afetivas, classificando-o como concubinato:

[...] A despeito do reconhecimento na dicção do acórdão recorrido da união estável entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado entre os ex-cônjuges a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 135.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1157273/RN. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1157273&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 24 Ago. 2016.

nos moldes da norma civil vigente art. 1.724 do CC/02, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. (...) Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade que integra o conceito de lealdade para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais (...) Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido.

Isso porque, na sociedade ocidental, em que a monogamia ainda é considerada como o único modelo de família capaz de atender de maneira plena às necessidades dos envolvidos, o poliamor é considerado um retrocesso que levaria à destruição da base da sociedade. Ainda não se vê nas teorias psicológicas do polimorismo uma nova tendência, mas sim uma mera tentativa de tonar ciência as antigas práticas de poligamia.

Esclarece a já citada autora, Regina Navarro Lins⁹, que o poliamor “defende a possibilidade prática e sustentável de se estar envolvido de modo responsável em relações íntimas, profundas e eventualmente duradouras com vários parceiros simultaneamente”.

Ora, a existência de relações afetivas paralelas é uma realidade, assim como a dificuldade em ter uma vida a dois contínua e duradoura como antes se pregava. O direito, ciência do comportamento que é, deve sempre se amoldar à realidade social. O tipo de relacionamento que prega o poliamor é um relacionamento estável e que estimula sim o dever de lealdade entre os envolvidos, merecendo igual proteção estatal, já que formadora de uma comunhão de vida apta a atender às necessidades dos envolvidos.

As mudanças nas formas de se relacionar impactam na forma como se percebe e, conseqüentemente, nos papéis que se busca desempenhar. O casamento se transformou em um símbolo de insatisfação e repressão, e esses mesmos sentimentos são experimentados por aqueles que tentam se encaixar no papel feminino ou masculino, nos restritos contornos definidos pela sociedade.

Ser feminina, na acepção geral, ainda significa ser delicada, emotiva e dependente, características que afastam das mulheres a opção de serem verdadeiramente autônomas, prendem-nas a um ideal de doçura e fraqueza para se sintam aceitas. Já a definição de masculinidade se dá por exclusão: é tudo aquilo que não é feminino. Os homens não devem

⁹ LINS op. cit., p.400.



sentir demais, buscar apoio ou zelar pelo outro; por isso, são constantemente exigidos a provar sua virilidade, o que fazem através de comportamentos agressivos e do isolamento emocional.

Esses padrões sociais buscavam garantir o alcance de uma ordem social baseada na castidade, repressão dos desejos mais profundos, no esconderijo do verdadeiro eu. Num Estado de Direito cada vez mais calcado em princípios – preceitos valorativos mais amplos e elevados do que as velhas regras – e em que a cada dia novas gerações de direitos fundamentais são cristalizadas, não se justifica a manutenção de regras que diminuam as chances da criança e do adolescente desenvolverem de maneira plena suas personalidades. Portanto, não se justifica a reprodução cega deles pelos pais que, como agentes sociais, devem também atuar na promoção das mudanças que se mostrem necessárias.

3. COMO ESTABELEECER UMA OBRIGAÇÃO JURÍDICA DIRIGIDA AOS PAIS NO SENTIDO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL EM MEIO ÀS QUESTÕES DE GÊNERO

Um texto legal deve refletir os anseios da sociedade, e não deve ser diferente caso se pretenda a positivação de direitos referentes à sexualidade infanto-juvenil. Porém, este é um tema pouco debatido no meio social. No âmbito das famílias, ambiente considerado mais íntimo, a falta de diálogo sobre a sexualidade é um obstáculo quase tangível ao desenvolvimento do tema, que dirá na comunidade. Até mesmo nas instituições de abrigo e nos Conselhos Municipais de Direito, entidades do Poder Público que atuam diretamente com crianças e adolescentes, estes são tratados como assexuados, em razão não só de dificuldades técnicas, como a falta de investimento em políticas públicas voltadas para o tema, mas também éticas.

A dificuldade ética se traduz no preconceito existente em torno do assunto, principalmente no que tange aos adolescentes que, considerados apenas sob aspecto biológico, são vistos como seres em fase de transição hormonal, dominados por instintos que precisam ser controlados. Toda política pública envolvendo a sexualidade na adolescente tem um viés preventivo, seja contra a gravidez precoce ou contra o contágio de doenças venéreas. Os profissionais que atuam nestas instituições e a comunidade em geral se negam a enxergar a realidade de que o adolescente busca experiências de prazer, pois não sabe como lidar com ela.

A insistente vinculação dos direitos sexuais à saúde não se mostra útil à afirmação da sexualidade como um direito fundamental. Fala-se muito de prevenção, e pouco sobre este primeiro contato, sobre carinho, sobre a necessidade dessa relação. Falta-lhes a consciência de



que saúde não se resume a ausência de doença, é um estado de bem estar físico, mental e social, por isso, deve-se assegurar aos indivíduos que tenham uma vida sexual segura e satisfatória.

O período da adolescência, principalmente, é uma fase de experimentações e aprendizado que, no âmbito da sexualidade não se resume à experiência da primeira relação sexual, mas um conjunto de experiências que contribuem para o autoconhecimento. Contudo, este autoconhecimento é limitado pelas expectativas sociais e roteiros preestabelecidos que, segundo o seu sexo e seu gênero, pretendem engessar suas condutas. As diferenças entre os gêneros ainda são demarcadas por regras sociais que delimitam seus papéis, e interferem diretamente na forma como meninos e meninas exercem sua autonomia no âmbito da sexualidade.

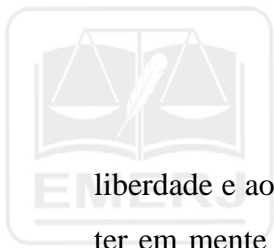
Na realidade, neste campo da personalidade, assim como os demais, pouco há de natural. O que predomina são comportamentos sociais apreendidos. Acontece que este aprendizado é silencioso, quase inconsciente, de forma que faz parecer como um comportamento natural, como reflete a pesquisadora Maria Luiza Heliborn¹⁰. A busca por um parceiro não é apenas uma questão de instituto, mas de afirmação da autonomia, um reforço de sua liberdade e individualidade em relação ao grupo familiar.

No Direito da Criança e do Adolescente uma dificuldade que sempre se faz presente é como garantir a esses sujeitos espaço para que exerçam e desenvolvam autonomia e, ao mesmo tempo, estabelecer limites. Há uma constante tensão entre o reconhecimento desta autonomia e a necessidade de tutela.

No que tange à criança, sem dúvidas o espaço de conformação dessa autonomia é muito mais restrito, e os pais, a sociedade e o Estado devem tomar medidas mais enérgicas para frear o movimento de inicialização na vida sexual, que se mostra cada vez mais precoce, em razão do desejo comum que há de se antecipar a fase adulta. Já no que tange ao adolescente, deve haver uma mudança de perspectiva. Aqui, trata-se de fato de uma fase de transição para a vida adulta que, como dito acima, envolve necessariamente a experimentação e o desenvolvimento da sexualidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não trata da sexualidade como um direito, mas trata de outros direitos que podem ser relacionados aos ditos “direitos sexuais”. O direito à

¹⁰ HEILBORN, Maria Luiza. *O aprendizado da sexualidade: reprodução e trajetórias sociais de jovens brasileiros*. Rio de Janeiro: Garamond e Fiocruz, 2006, p.35-39.



liberdade e ao respeito à dignidade, por exemplo, positivados no art.15 do Estatuto¹¹. Deve-se ter em mente que a criança e o adolescente não podem mais ser visto como mero objeto de intervenção e controle dos pais. Os pais não podem sujeitá-los de forma cega a seus próprios caprichos e desejos, devem sim intervir, mas apenas o necessário para garantir que esta fase seja experimentada da forma mais saudável o possível.

Outro direito já instituído que supre em parte esta lacuna é o direito à informação, previsto no art.71 do referido texto legal¹². Aqui também se exige cuidado, pois, assim como o excesso de liberdade, o excesso de informação pode prejudicar a criança e o adolescente. Não se quer que essa informação venha em momento ou meio inadequado, gerando uma banalização do tema, como se vê nas redes sociais, programas de TV e até no convívio exacerbado e inapropriado em locais destinados a adultos. Pode-se notar um constante apelo sexual, extremamente valorizado, o que atrai a atenção de crianças e adolescentes de forma equivocada.

A outro passo, as políticas públicas e normatizações não podem se manter restritas a uma abordagem negativa e repressiva. No texto do ECA, até encontramos normas relacionadas à liberdade sexual, mas sempre voltadas para o cenário de abuso e violência sexual, como se extrai dos tipos penais especiais nele previstos. Há muita resistência em ver o contato sexual na adolescência como algo positivo, e à possibilidade de uma vivência prazerosa e autônoma da sexualidade na adolescência, como critica Vanessa Leite¹³ em suas pesquisas.

Princípios como o da proteção integral não podem servir de entrave, não podem ser invocados para manter o adolescente numa posição de completa dependência. A proteção em excesso obsta o crescimento. Assim como a inicialização precoce é prejudicial, uma sexualidade tardia também pode ser traumática. O corpo é um instrumento de prazer, quem divide a sexualidade boa da sexualidade ruim é sociedade, a partir de valorações e julgamentos.

O direito à informação merece maior atenção, pois só assim estes sujeitos poderão exercer sua liberdade, enquanto poder de autodeterminar-se, de forma plena e adequada à sua fase de desenvolvimento. O desenvolvimento da personalidade pressupõe o exercício dos direitos a ela inerentes, e os direitos sexuais inegavelmente se inserem nesta categoria de direitos.

¹¹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2016.

¹² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2016.

¹³ LEITE, Vanessa. *Sexualidade adolescente como direito?* a visão de formuladores de políticas públicas. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2013. p. 138.

Conforme os ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁴ o rol de direitos da personalidade constantes do Código Civil não são taxativos, pois a personalidade é um valor em constante evolução. Contudo, ainda que se possa afirmar a existência de direitos não positivados, é certo que, num Estado de Direito, a fonte precípua de proteção ainda é o ordenamento jurídico, em especial os textos legais. No Brasil, carecemos de uma normatização sobre os direitos sexuais, não só no âmbito da criança e do adolescente.

No plano internacional, o primeiro avanço no sentido do reconhecimento dos direitos se deu na Conferência de Beijing sobre a mulher, de 1995, que passou a incorporar a sexualidade não apenas associada à reprodução, mas como uma das vertentes dos direitos humanos. Vide o parágrafo 96, da seção C da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher¹⁵:

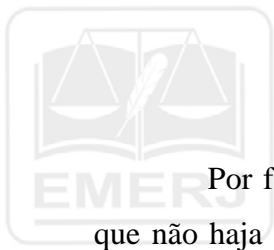
96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências.

Contudo, essas iniciativas também se mostram resistentes ao tratamento da sexualidade infanto-juvenil. Elas surgiram após avanços na luta feminista, asseguram direitos da mulher e de LGBTs, ou seja, direito de grupos, outra perspectiva que precisa ser ultrapassada. Os direitos sexuais devem ser encarados como direito de todos e, enquanto direitos da personalidade, devem ser reconhecidos também à criança e ao adolescente, que têm igual direito ao respeito de sua dignidade.

Para o sucesso da implementação das mudanças que aqui se propõe, é fundamental não só a tutela, mas a educação dos menores nesta área, de responsabilidade dos pais, do Estado e da comunidade, para que estes direitos sejam exercidos de forma saudável, mental e fisiologicamente, e não em seu próprio prejuízo. Sem dúvidas é matéria a ser tratada por políticas públicas, evitando que o mau uso destes direitos termine por sobrecarregar hospitais e programas sociais voltados para famílias mais abastadas.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 188.

¹⁵ PEQUIM. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher de 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acessado em: 20 set. 2016.



Por fim, na busca da normatização deste direito subjetivo, deve-se ter cuidado para que não haja um retrocesso e que a questão da sexualidade continue a ser tratada de forma diferente para meninos e meninas, retomando a ideia de hierarquia de gêneros. O legislador deve incentivar a aceitação das diversidade de gênero, começando pela elaboração de uma legislação mais neutra. É o que clama a sociedade atual, que já superou o moelo tradicional de união apenas entre homens e mulheres e progrde para o reconhecimento do direito à felicidade e à individualidade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer à reflexão os direitos sexuais na perspectiva da criança e do adolescente e a viabilidade da normatização desses direitos, principalmente no que diz respeito ao dever que a ele corresponde: o dever dos pais de orientar seus filhos também no desenvolvimento de sua sexualidade, enquanto aspecto da personalidade.

A postura atual dos pais e educadores é meramente preventiva, o que reforça a ideia de que, no campo dos direitos sexuais, a criança e o adolescente ainda são fortemente tratados como objeto de controle e não como sujeito de direitos. A ciência ensina que a busca por prazer e satisfação de desejos por meio do próprio corpo é natural. E a realidade mostra que, principalmente em relação aos adolescentes, os pais e educadores não conseguem estabelecer total controle sobre esses sujeitos. Crianças e adolescentes são curiosos por natureza e, diante dos estímulos constantes da sociedade e da mídia no âmbito da sexualidade, essa curiosidade é ainda mais aguçada.

A sociedade deve admitir a inviabilidade de se evitar a ocorrência de tais experiências, já que não há como exigir dos adolescentes a completa abstinência, não porque são seres em fase de explosões hormonais e confusões emocionais, mas por ser a sexualidade um aspecto da personalidade humana. Deve-se promover o desenvolvimento, a segurança pessoal e o autoconhecimento, trabalhar meios de garantir aos adolescentes uma inicialização na vida sexual saudável, prazerosa e sem traumas.

O direito não pode se manter alheio à essa realidade e pode surgir como um dos instrumentos de orientação da sociedade nesta nova perspectiva. Uma vez consolidada a premissa de que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, o reconhecimento de que estes direitos compreendem também os direitos sexuais é o primeiro passo a ser dado pelo legislador

brasileiro para caminhar em sentido à normatização da obrigação dos pais na orientação de gênero.

A produção legislativa, assim como a elaboração de qualquer política pública, pressupõe um diálogo com a sociedade, que deve ser o mais amplo e aberto o possível, e livre de qualquer preconceito. E esse diálogo, que tanto se estimula entre familiares, na escola e na comunidade, não pode ficar restrito à questões de saúde pública, como a gravidez precoce e a prevenção às DST's. O que se defende aqui é uma mudança de perspectiva.

Importante passo é a superação dos papéis sociais e modelos de relacionamento outrora existentes, com a compreensão de que outras necessidades surgem ao longo das gerações. Assim como mudam os interesses e prioridades de cada geração, mudam as formas de relacionar-se, seja por influência de inovações tecnológicas ou mudanças culturais, ligadas às evoluções sociais na luta de reconhecimento de um número cada vez maior de direitos fundamentais.

A inexistência de legislação nacional sobre o tema, mesmo no que se refere aos adultos, demonstra uma natural resistência ao enfrentamento do tema, afinal, como se imaginar numa sociedade ainda tradicional o reconhecimento igualitário de direitos sexuais a meninos e meninas? Além disso, ainda assola os pais o “medo” de que este diálogo estimule o afloramento de tendências homossexuais. Muito se fala em informação e educação social dos filhos, mas pode-se afirmar que muitos pais também necessitam de novas informações e educação.

A partir de uma análise das mudanças sociais havidas no campo da divisão de papéis e da repercussão sócio-jurídicas destas mudanças, conclui-se que os textos normativos do novo século devem se desprender de divisões rígidas de gênero caso queira se manter genérica e atemporal, dispensando reformas constantes. E sempre tendo em mente que o fim último do Estado Democrático de Direito é o bem-estar de todos os indivíduos, que são a razão e fonte de sua existência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 20 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1157273/RN. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1157273&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 24 Ago. 2016.



CURY, apud DE PAULA, Paulo Afonso Garrido; MARÇURA, Jurandir Norbeto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 1.17. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

HEILBORN, Maria Luiza. *O aprendizado da sexualidade: reprodução e trajetórias sociais de jovens brasileiros*. Rio de Janeiro: Garamond e Fiocruz, 2006.

LEITE, Vanessa. *Sexualidade adolescente como direito? A visão de formuladores de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2013.

LINS, Regina Navarro. *A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito do amor e sexo*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

PUELO, Alicia H. Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro. In: Seminário Gênero e feminismo: desvelando trajetórias, 2003, São Paulo. *Políticas Públicas e Igualdade de Gênero*. São Paulo, 2004.

PEQUIM. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher de 1995. Disponível em: < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acessado em: 20 set.2016.

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXIBIÇÃO DE IMAGENS RELIGIOSAS NA ESTRUTURA DO ESTADO BRASILEIRO

Aloysio Reynato Maria Infante de Jesus Breves Beiler Filho

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado. Pós-graduando em Direito no Curso de Preparação para Carreira da Magistratura da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O artigo proposto tem por objetivo a discussão da licitude da exibição de imagens religiosas na estrutura do Estado brasileiro, especialmente crucifixos. No decorrer do trabalho, será analisada a história dos símbolos e sua relação com a laicidade do Estado, aludir-se-á a precedentes jurisprudenciais brasileiros e internacionais e sopesar-se-á os entendimentos doutrinários e pretorianos com a prática brasileira, como forma de avaliar se o hábito de manter os crucifixos é ou não válido em face da Constituição da República.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Internacional. Crucifixos nos tribunais.

Sumário: Introdução. 1. Os símbolos e a laicidade do Estado – Separação ou justaposição? 2. A laicidade do Estado e a exibição do crucifixo. 3. Estudo de caso – O precedente *Lautsi v. Italy* e a jurisprudência da CEDH sobre o assunto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a constitucionalidade da exibição de imagens religiosas, especialmente crucifixos, na estrutura do Estado Brasileiro. Procurar-se-á demonstrar que, partindo de uma tradição enraizada na cultura nacional, e até mesmo internacional, o uso dos crucifixos não ofende nenhum princípio constitucional, destacadamente a laicidade do Estado, prevista no art. 19, I da Constituição da República, sendo justificável à luz dos costumes.

Para atender a tal desiderato, valendo-se de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, serão examinadas posições doutrinárias contrárias e favoráveis à prática, de modo a discutir os limites e possibilidades da ostentação dos crucifixos. Trata-se de tema controvertido, já enfrentado, inclusive, por decisão da Corte Européia de Direitos Humanos, no chamado caso *Lautsi and Others v. Italy*, a ser discutido ao fim deste trabalho.

O primeiro capítulo abordará o valor do símbolo na cultura moderna, ou seja, em síntese, analisar-se-á como e por que o homem começou a usar e a fabricar insígnias religiosas. Sob tal luz, procurar-se-á demonstrar que a relação entre os símbolos religiosos e os espaços públicos no Brasil é de justaposição, não de separação absoluta, ao contrário do que se poderia inferir de uma leitura apressada do texto constitucional.

Na sequência, no segundo capítulo, partir-se-á para um exame essencialmente jurídico do tema, visando a ponderar se o uso dos crucifixos que normalmente embelezam as paredes



dos órgãos públicos é uma praxe aceitável ou ofende a garantia constitucional da laicidade do Estado, isto é, a igualdade de todas as religiões perante o Estado Brasileiro.

Finalmente, a título de estudo de Direito comparado, no terceiro capítulo será estudado o já referido precedente *Lautsi and Others v. Italy*, caso no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que a exibição de crucifixos nas escolas públicas italianas não fere os direitos dos pais não cristãos de educar seus filhos sem influências de outras religiões.

Para tanto, será utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica.

1 OS SÍMBOLOS E A LAICIDADE DO ESTADO – SEPARAÇÃO OU JUSTAPOSIÇÃO?

Há pelo menos 2016 anos, o crucifixo é um dos mais reconhecíveis símbolos da humanidade, transcendendo o simples caráter de insígnia do Cristianismo. Não surpreende que no curso dessa longa história povo algum se manteve indiferente a ele. Por milhares de anos, pessoas e governos brandiram e reprimiram o crucifixo com igual intensidade.

Desde tempos imemoriais, os homens se valem de símbolos para demarcar territórios, registrar acontecimentos, ou até transmitir mensagens entre si numa época em que a escrita ainda não se desenvolvera. Por exemplo, a chamada arte rupestre era feita pelos homínídeos primitivos nas paredes das cavernas.

Considerando que o Cristianismo terminou por se consolidar como a maior religião do planeta em número de seguidores, seu principal emblema passou a ser usado nos mais diversos cenários e contextos. Hoje em dia, no Brasil e no mundo, há muitos espaços públicos nos quais se verifica a presença do crucifixo.

Isso demonstra que entre o Estado e a religiosidade não há separação, assim como não há confusão – esse aspecto é bem observado por José Afonso da Silva¹, ao explicar que, na época contemporânea, só há teocracias no Vaticano, Estado-sede da Igreja Católica, e em alguns países islâmicos, seguidores da *xaria*, conjunto de leis religiosas que regem todos os aspectos da vida civil.

Nos países ocidentais, verifica-se o fenômeno da justaposição, em que Estado e fé travam relações recíprocas, mas não se subordinam. Aliás, há países democráticos, com pluralismo e tolerância, nos quais não há laicidade, como a Grã-Bretanha, pois o líder da Igreja Anglicana, religião oficial do país, é o próprio monarca britânico, por força de um decreto real de 1559².

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 153.

² CHURCH of England. Disponível em <<http://history.hanover.edu/texts/engref/er79.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

E não se olvide que o ordenamento jurídico faculta aos grupos religiosos a participação na vida política, pois aqueles representam uma entre muitas formas de manifestação social. O exemplo mais óbvio é a Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional, composta por 199 deputados federais e 4 senadores³, mas há vários modelos no Ocidente de grandes partidos originados da atuação de religiosos cristãos, como a União Democrata Cristã da Alemanha, conhecida pela sigla em alemão CDU.⁴

Ao longo da história, a relação entre fé e poder foi se transformando no Brasil, dependendo do contexto político, o que fez surgir períodos mais, e outros menos, hostis ao Cristianismo.

Sob a Constituição do Império de 1824, a primeira Carta Política do recém-independente Brasil, “a Igreja Católica Apostólica Romana era a religião oficial do Império, com todos os benefícios advindos dessa qualidade de Estado Confessional.”⁵

Com o advento da República, em 1889, Rui Barbosa foi encarregado de redigir o Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, por força do qual, pela primeira vez na História, o Estado brasileiro deixou de ter uma religião oficial.⁶ Todas as Constituições posteriores mantiveram tal sistema, com destaque para a atual Carta da República, cujo artigo 5º, inciso VI, assim estabelece:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.⁷

Ora, a tradição cultural brasileira permite inferir, sem nenhuma dúvida, que o Estado não é ateu nem antirreligioso.

Entrementes, o fato de muitos órgãos públicos manterem o crucifixo em suas áreas comuns – isto é, fora dos gabinetes de trabalho ou de outros locais fechados ao qual só o próprio funcionário, o proprietário do adorno, teria acesso – suscitou questionamentos na doutrina

³ FRENTE Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional.

Disponível em <<http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>>. Acesso em: 21 set. 2016.

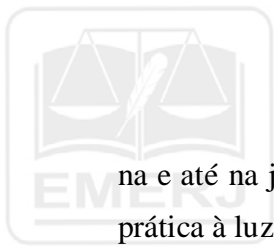
⁴ CHRISTLICH Demokratische Union Deutschlands. Disponível em <<https://www.cdu.de/international>>. Acesso em: 21 set. 2016.

⁵ SABAINI, Wallace Tesch. *A relação entre religião e Estado sob a égide do direito fundamental da liberdade de religião*. 2008. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008. p. 55.

⁶ SABAINI, *ibid*, p. 59.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21 set. 2016.



na e até na jurisprudência de alguns tribunais brasileiros. É essencial discutir a licitude de tal prática à luz do art. 19, I da Constituição, que garante o caráter laico do Estado.

2 A LAICIDADE DO ESTADO E A EXIBIÇÃO DO CRUCIFIXO

Primeiramente, destaque-se que não há lei proibindo a exibição de crucifixos no interior de um órgão público. Talvez por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nunca tenha enfrentado o tema. Mas isso não quer dizer que a questão seja apenas teórica: no Brasil, já há iniciativas judiciais visando compelir os tribunais e locais públicos a retirarem os objetos religiosos. Apenas para ilustrar, o Ministério Público Federal intentou, em 2009, uma ação civil pública em face da União, ainda não julgada, buscando condená-la à “obrigação de fazer consubstanciada na retirada de todos os símbolos religiosos (...) ostentados nos locais proeminentes, de ampla visibilidade e de atendimento ao público nos prédios públicos da União no Estado de São Paulo”.⁸

Sobre o tema, o professor Daniel Sarmiento redigiu o interessante artigo *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*.⁹ Há pontos do referido trabalho que ocasionam instigante debate.

De acordo com o autor, ao permitir a colocação do crucifixo num tribunal, o Estado indiretamente estaria transmitindo uma mensagem de superioridade do Cristianismo sobre as outras religiões, que não contam com símbolos nesse mesmo local público.

A questão não é essa. A Constituição não proíbe os órgãos públicos de conservarem símbolos sagrados. Apenas é vedado ao Estado favorecer algumas religiões em desfavor de outras – o aspecto constitucional do assunto será discutido posteriormente neste trabalho.

É indisputável, claro, que nas palavras de Sarmiento¹⁰, qualquer pessoa, “ao ver um crucifixo, tenderá a associá-lo imediatamente ao cristianismo e à sua divindade encarnada. Trata-se, muito provavelmente, do símbolo religioso mais conhecido em todo o mundo”. Isso, por si, sugeriria um favorecimento estatal vedado pelo artigo 19, I da Constituição.

Mas o crucifixo não é apenas um símbolo religioso, pois denota a herança do cristianismo inscrita na cultura brasileira. Um crucifixo na parede de uma Corte lá está para manter uma tradição não escrita, e dificilmente se constatará com dados empíricos que ele humilha, constrange ou de alguma forma obsta o acesso dos jurisdicionados não cristãos aos tribunais.

⁸ O inteiro teor da petição inicial pode ser consultado em <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/destaques/ACP%20-%20simbolos%20religiosos%2027-07-09.pdf>>. Acesso em 07 set. 2016.

⁹ SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 8; p. 75-90, mai. 2007.

¹⁰ *Ibid.*, p. 84.

O crucifixo sempre será um crucifixo, mas o modo como ele é exibido, e as intenções que animam sua exibição, são essenciais para definir a validade jurídica desse ato.

Analogamente, a lei não proíbe o Banco Central de grafar “Deus seja louvado” nas cédulas de real. Ateus poderiam se perguntar por que o governo faz referência a um deus inexistente no dinheiro de todos. Fiéis politeístas, com razão, questionariam o uso da expressão no singular.

Ora, se conforme afirma Sarmiento¹¹, o crucifixo implica transmitir aos não cristãos “a mensagem (...) de que as suas crenças são menos dignas de reconhecimento” também os politeístas, ao ler nas cédulas a palavra Deus no singular, e não Vishna, por exemplo, um dos muitos deuses indianos¹², receberão mensagem idêntica. Aliás, seguindo essa trilha, vários costumes deveriam ser abolidos.

Pregar um crucifixo numa parede é aceitável sob o ângulo constitucional, pois é um costume. E o costume é uma valiosa ferramenta interpretativa à mão do jurista.

Ao se argumentar dizendo que a tradição existe, mas fere os ditames da Carta da República, ter-se-ia de definir uma premissa geral: proíbe-se exibir quaisquer símbolos religiosos em quaisquer órgãos judiciais. Desse modo, a coerência imporá a remoção da estátua *A Justiça*, esculpida por Álvaro Ceschiatti, da praça em frente à sede do Supremo Tribunal Federal, em Brasília. Consoante informa o *site* do próprio STF¹³.

A representação da Justiça como figura feminina remonta a retratações de Themis e Iustitia na mitologia antiga. Themis, conhecida por sua percepção aguçada e julgamento perspicaz, foi a deusa grega da Justiça e das Leis. Na mitologia romana, Iustitia foi uma das quatro virtudes, juntamente com Prudência, Fortitude e Temperança

Certo, o contra-argumento cabível é que quase ninguém sabe do caráter religioso de Themis. Mas esse é exatamente o ponto: da mesma forma que ninguém se ofende com a presença religiosa de Themis, ninguém mais associa, de forma direta e imediata, os crucifixos nas repartições públicas à religiosidade cristã. Nos tempos modernos, depois da longa evolução histórica a que aludimos, o crucifixo virou expressão de valores morais, especialmente a necessidade de se fazer justiça, sobre os quais, afinal de contas, alicerça-se a fé cristã. Consoante observou o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard¹⁴:

¹¹ SARMENTO, op. cit, p. 80.

¹² Em 2010, 1.822 pessoas se declaravam hinduístas no Brasil. CENSO Demográfico 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=censodemog2010_relig>. Acesso em: 05 fev. 2017.

¹³ Vide a reportagem *Arquitetura de Brasília e do Supremo Tribunal Federal*, disponível em <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=206259&modo=cms>. Acesso em: 22 fev 2016.

¹⁴ BROSSARD, Paulo. Tempos apocalípticos. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, p.13-16, mar.2012

A meu juízo, os crucifixos existentes nas salas de julgamento do Tribunal lá não se encontram em reverência a uma das pessoas da Santíssima Trindade, segundo a teologia cristã, mas a alguém que foi acusado, processado, julgado, condenado e executado, enfim, justificado até sua crucificação, com ofensa às regras legais históricas, e, por fim, ainda vítima da pusilanimidade de Pilatos, que tendo consciência da inocência do perseguido, preferiu lavar as mãos, e com isso passar à História (...)

No seu artigo ‘O Justo e a justiça política’, publicado na Sexta-Feira Santa de 1899, Rui Barbosa salienta que ‘por seis julgamentos passou Cristo, três às mãos dos judeus, três às dos romanos, e em nenhum teve um juiz’ e, adiante, ‘não há tribunais, que bastem, para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados’. Em todas as fases do processo, ocorreu sempre a preterição das formalidades legais. Em outras palavras, o processo, do início ao fim, infringiu o que em linguagem atual se denomina o devido processo legal. O crucifixo está nos tribunais não porque Jesus fosse uma divindade, mas porque foi vítima da maior das falsidades de justiça pervertida.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte julgou o caso *Town of Greece v. Galloway*¹⁵. O tribunal norte-americano considerou constitucional a prática de convidar padres e pastores, alternadamente, para fazer uma prece na abertura das sessões da Câmara Municipal de Town of Greece, no Estado de Nova York. Colhe-se do voto condutor do acórdão, redigido pelo juiz Anthony Kennedy¹⁶, em tradução livre:

A instituição de uma oração não sectária ou ecumênica, como um standard ou regra fixa, não é consistente com a tradição de preces em sessões legislativas delimitadas nos precedentes da Corte. A Corte considerou as orações em Marsh compatíveis com a Primeira Emenda à Constituição não porque elas (as orações) expressam tão somente uma fé genérica em Deus, mas porque nossa história e tradição têm demonstrado que a oração (...) ‘pode coexistir com os princípios do disestablishment (i.e., da não proteção governamental a uma religião específica) e da liberdade de religião’ (...) Finalmente, a Corte discorda da posição adotada pelo Tribunal de Apelações de que a cidade de Greece ofendeu a garantia constitucional (da isonomia entre as religiões) ao convidar um grupo de sacerdotes predominantemente cristãos para conduzir a oração.

A decisão é correta, pois analisou com precisão as tradições do país e sopesou-as com o direito constitucional à livre expressão. Assim, se é constitucionalmente válido manifestar uma religiosidade ativa, por meio de palavras e orações num órgão público, *a fortiori* é lícito exibir um ícone religioso passivo, um crucifixo pendurado na parede, que se limita a decorar o ambiente.

Aliás, no Brasil comumente se fazem referências a Deus e à religião dentro de órgãos públicos. Vários presidentes da República aludiram a Ele em seus discursos de posse, proferi-

¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Town of Greece, New York v. Galloway et ali.* Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-696_bpml.pdf> Acesso em 19 out. 2016.

¹⁶ No original: “An insistence of nonsectarian or ecumenical prayer as a single, fixed standard is not consistent with the tradition of legislative prayer outlined in the Court’s cases. The Court found the prayers in Marsh consistent with the First Amendment not because they espoused only a generic theism, but because our history and tradition have shown that prayer (...) ‘could coexist with the principles of the disestablishment and religious freedom (...)’ Finally, the Court disagrees with the view taken by the Court of Appeals that the town of Greece contravened the Establishment Clause by inviting a predominantly Christian set of ministers to lead the prayer”.

dos, obviamente, nas dependências do Congresso Nacional. Affonso Pena¹⁷ disse que esperava “em Deus poder desempenhar meus árduos deveres sem desmentir a confiança em mim depositada”. José Linhares¹⁸ rogou a Deus “as forças necessárias para fazer um governo civil, honesto e útil, ao meu país”. Getúlio Vargas¹⁹ declarou que “Deus é testemunha das minhas relutâncias íntimas em participar de uma campanha que pudesse agravar os vossos sofrimentos e fomentar discórdias e animosidades entre os brasileiros.” Juscelino Kubitschek²⁰ pediu a Deus que o inspirasse com “o sentimento de grandeza da missão”. José Sarney²¹ encerrou sua fala “agradecendo a Deus o destino que Ele me reservou e pedindo Sua permanente proteção”. E, finalmente, Luiz Inácio Lula da Silva²² agradeceu a Ele “por chegar até onde chegou”.

O fato incontestável é que nenhum dispositivo da Constituição fixa, nem abre ensanchas para que o legislador infraconstitucional fixe um nível “ideal” de religião no espaço público. Não há como distinguir *prima facie* o simples proselitismo, esse, sim, condenado pela Constituição, da exibição de uma fé compartilhada por quase todos os brasileiros. Nessa seara, a análise acadêmica ou jurisprudencial do assunto deve ser norteadada pelo simples bom senso.

Daniel Sarmiento²³ também observa que

O crucifixo não é um mero adorno, utilizado apenas para embelezar o ambiente. Pelo contrário, ele é portador de um forte sentido religioso, associado ao cristianismo e à sua figura sagrada – Jesus Cristo. Por isso, é óbvio que quem luta pela manutenção dos crucifixos em espaços públicos não o faz por razões estéticas, mas pela sua identificação com os valores religiosos que este símbolo encarna, e pela sua crença, refletida ou não, sobre a legitimidade de o Estado tornar-se um porta-voz destes mesmos valores. Da mesma maneira, quem se insurge contra sua presença em tais locais não é movido por preocupações estéticas ou artísticas, mas sim por acreditar que os poderes públicos, numa democracia, não devem se identificar com qualquer credo religioso.

Discorda-se desse entendimento. As discussões mundiais envolvendo a exibição do crucifixo em local público mostram que até ateus ou agnósticos, ou pessoas não cristãs, podem se associar à defesa da memória cristã dos respectivos países.

Mas ainda que os crucifixos fossem exibidos nos espaços governamentais por razões puramente religiosas, é impossível apagar a marca da herança católica na legislação brasileira. O país é cristão desde a colonização portuguesa, nas primeiras décadas do século XVI, e isso se reflete nos costumes e na legislação positivada.

¹⁷ BONFIM, João Bosco Bezerra. *Palavra de Presidente: Os discursos presidenciais de posse – de Deodoro a Lula*. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/91988/palavra_de_presidente.pdf?sequence=3>.

Acesso em 21 set. 2016.

¹⁸ BONFIM, *ibid.*, p. 231.

¹⁹ *Ibid.*, p. 238.

²⁰ *Ibid.*, p. 248.

²¹ *Ibid.*, p. 325.

²² *Ibid.* p. 416.

²³ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 85.



Adotando linha de argumentação oposta, Sarmiento reputa irrelevante o fato de a maioria da população ser cristã, e nega que isso, *per si*, implique na constitucionalidade da prática de ostentar crucifixos. Segundo o professor²⁴,

Ainda que a maioria da população apoiasse manifestações simbólicas de preferência estatal por uma determinada religião, tal fato não bastaria para tornar essa medida democrática. Isto porque, a democracia não se confunde com o simples governo das maiorias, pressupondo antes o respeito a uma série de direitos, procedimentos e instituições, que atuam para proteger as minorias e assegurar a possibilidade de continuidade da empreitada democrática ao longo do tempo.

O autor tem razão na premissa. A jurisdição constitucional brasileira, sob a influência do Direito Comparado²⁵, não pressupõe o apoio da população para que se possa declarar inconstitucional tal ou qual lei. O controle de constitucionalidade é função contramajoritária por excelência, com o escopo de proteger a Lei Fundamental das vontades de maiorias legislativas ocasionais.

Mas é impossível negar que boa parte do Direito - aliás, de qualquer ordenamento, em qualquer parte do mundo - baseia-se em desejos ou vontades de substrato puramente moral. Por exemplo, uma lei contra o nudismo, tema a que a Constituição não dedica uma só linha, justifica-se porque há um arraigado costume de considerar errado andar nu em público.

Afirmar que “ainda que a maioria da população apoiasse manifestações simbólicas de preferência estatal por uma determinada religião, tal fato não bastaria para tornar essa medida democrática” é uma premissa de duvidosa validade, simplesmente por ser um argumento extremamente generalizável. Nudistas poderiam postular o direito de andar sem roupas em qualquer lugar, considerando que “ainda que a maioria da população apoiasse leis antinudismo, tal fato não bastaria para tornar essa medida democrática”. Polígamos – e não se diga que a prática é restrita a sociedades tribais²⁶ – exigiriam reconhecimento jurídico a suas famílias plúrimas, afinal, os atuais moldes do casamento são uma decisão moral. Assim, se a tradição em comento não é inconstitucional, com maior razão não se pode invocar o argumento contramajoritário em desfavor dela.

Por fim, a assertiva de que a exibição de símbolos nos tribunais desrespeita o art. 19, I da CRFB/88 não se sustenta. O referido dispositivo proíbe ao Estado “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou

²⁴ *Ibid.*, p. 87.

²⁵ Sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade por um órgão jurisdicional – o *Bundesverfassungsgericht* no caso alemão; o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

²⁶ Não há estatísticas precisas, mas a imprensa noticia a adesão cada vez maior dos norte-americanos ao denominado poliamor. POLYAMORY—When three isn't a crowd.

Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2013/10/26/living/relationships-polyamory/>>. Acesso em: 22 fev. 2016

seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”²⁷.

Manter um crucifixo num órgão público certamente não implica estabelecer um culto religioso: estabelecer, tanto no sentido jurídico quanto em linguagem comum, significa fundar, criar, instituir. A palavra subvenção relaciona-se a um auxílio pecuniário oferecido pelo Poder Público, e é óbvio que tribunais e governos não oferecem dinheiro ou vantagens às igrejas para manter os crucifixos nas suas paredes. Também os crucifixos não impedem outra religião de exercer sua liberdade, nem significam uma aliança com quem quer que seja. Na exata lição de Paulo Gustavo Gonet Branco²⁸:

A adoção de feriados religiosos justifica-se sob esse prisma, em especial, mas não necessariamente, quando facilita a prática de atos da fé professada pela maioria da população ou por uma porção significativa dela.

Essas medidas se prestam também a estender os consensos de que o Estado constitucional democrático não prescinde. Sobre esse preciso ponto, adverte Peter Häberle que não se pode subestimar essas fontes de consenso emocionais acrescentando que ‘somente o enfoque culturalista pode iluminar as possibilidades e limites dos dias festivos no Estado constitucional, já que o positivismo jurídico não sabe muito bem que fazer com eles.

Num sentido mais amplo e profundo os dias festivos são todos dias da Constituição, porque pretendem trazer à consciência elementos diversos do Estado constitucional em conjunto’. Justificam-se as festividades religiosas sob o amparo do Estado constitucional sempre que se refiram a símbolos que reacendam na memória coletiva as suas raízes culturais históricas que lhe conferem identidade. Não há negar – vale o exemplo -, a esse respeito, a marcante contribuição do catolicismo para a formação espiritual, moral e cultural do povo brasileiro.

Símbolos dessa ordem, prossegue Peter Häberle, ‘dizem frequentemente mais sobre o espírito de um povo do que algumas normas jurídicas. Desse modo, declaram-se dias festivos, constroem-se monumentos, nomeiam-se ruas, são criadas e saudadas as bandeiras e se cantam hinos. Desse modo se elabora a história e se traça o futuro’.

Dessa forma: partindo de um relevante estudo das tradições do Velho Continente, sem descuidar das garantias fundamentais insculpidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos proferiu importante decisão, em 2011, reconhecendo ao governo da Itália o direito de manter crucifixos nas paredes das escolas públicas, apesar das objeções suscitadas por diversas associações de pais e alunos não cristãos quanto ao suposto caráter discriminatório da prática. O acórdão prolatado pela Corte, que merece sem nenhum exagero o epíteto de histórico, será analisado na sequência.

²⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 320.



3 ESTUDO DE CASO – O PRECEDENTE *LAUTSI V. ITALY* E A JURISPRUDÊNCIA DA CEDH SOBRE O ASSUNTO

Em 18 de março de 2011, a Grande Câmara (Plenário) da Corte Europeia de Direitos Humanos proferiu um de seus julgamentos mais importantes em décadas: *Lautsi and Others v. Italy*. A Corte considerou que a prática de manter crucifixos nas salas de aula das escolas públicas, comumente adotada na Itália e em alguns outros países do continente, não fere o secularismo nem o direito dos pais não cristãos a educarem seus filhos na religião que preferirem.

Na referida decisão, a Corte, que é composta por 47 juízes, cada qual indicado por um país-membro do Conselho da Europa, reformou entendimento da Segunda Seção, que determinara ao governo da Itália a imediata retirada dos crucifixos de todas as escolas públicas do país.

O processo foi deflagrado por iniciativa de uma italiana, Soile Lautsi, que ajuizou uma ação, em face da Itália após tomar conhecimento que a escola pública na qual seus filhos estudavam, o Instituto Vittorino da Feltre, havia fixado crucifixos nas paredes de todas as salas.

Segundo a autora, o ato da escola violou o disposto no artigo 9, itens 1 e 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁹, assim redigidos:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas em lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e da moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

Na verdade, nem mesmo uma interpretação expansiva do texto da Convenção justificaria a proibição dos crucifixos. O tratado determina, como se depreende da simples leitura do artigo 9, que os Estados-membros do Conselho da Europa não arrostem a liberdade religiosa dos indivíduos (“a liberdade de manifestar a sua religião [...] não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas em lei [...]”) e, ao mesmo tempo, resguardem a liberdade de pensamento, de consciência e religião de seus cidadãos.

Naturalmente, pendurar um crucifixo numa parede de modo algum restringe, coage ou limita a liberdade de manifestação das pessoas que frequentam o local público. Não faz ne-

²⁹ EUROPA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: < www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

num sentido imaginar que alguém, possuindo seus próprios objetos religiosos, por exemplo, um fiel judeu usando um quipá, irá retirá-los ou escondê-los depois de ver um crucifixo num órgão público.

Da mesma forma, é impossível considerar que a exibição do objeto coaja ou ameace quem quer que seja. Simplesmente não há dados empíricos que demonstrem que crucifixos em prédios públicos representam algum tipo de pressão, nem psicológica nem muito menos física, contra os não cristãos que por lá transitam. Afinal, este é o objetivo primordial da laicidade do Estado, impedir o governo de coagir alguém a praticar ou deixar de praticar um ato religioso contra sua vontade, sob ameaça de sanção.

Manter o crucifixo é uma tradição respeitável, cheia de significado, adotada, por exemplo, em quase todos os tribunais de justiça das unidades da federação no Brasil.

Essas considerações foram devidamente adotadas pela maioria dos juízes da Corte Européia de Direitos Humanos no precedente *Lautsi v. Italy*. Nesse sentido, é expressiva a seguinte passagem do acórdão, constante da página 17:

Tal presença (dos crucifixos) é a expressão de uma idiosincrasia nacional, notavelmente caracterizada pelas relações próximas entre o Estado, o povo e o catolicismo, atribuível ao desenvolvimento histórico, cultural e territorial da Itália, de comprometimento profundamente enraizado, e há longo tempo, nos valores do Catolicismo.

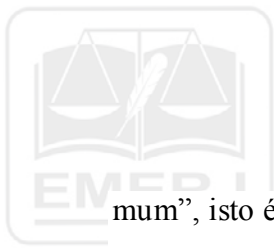
Manter os crucifixos nas escolas é uma questão de preservar uma tradição de séculos. O governo (italiano) alegou que o direito dos pais a respeitar suas “culturas familiares” não deve infringir o direito da comunidade em transmitir sua cultura ou o direito das crianças em descobri-la.

Sobretudo, contentando-se com o “potencial risco” de distúrbios emocionais e encontrando uma brecha nos direitos à educação e liberdade de pensamento, consciência e religião, a Câmara (que proferiu a decisão reformada pelo Pleno) aumentou consideravelmente o escopo de aplicação dessas normas (referentes à liberdade religiosa).³⁰

A *ratio decidendi* que perpassa o acórdão é simples. Existem dois modelos de secularismo nas democracias ocidentais: o primeiro é o modelo francês, de rígida separação, no qual até mesmo pessoas que tragam consigo símbolos religiosos em determinados locais públicos podem sofrer sanções.³¹ O segundo é o modelo ocidental que se pode denominar de “co-

³⁰ EUROPA. Corte Européia de Direitos Humanos. *Lautsi and Others v. Italy*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mgf1Y3QtSnQJ:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-104040%26filename%3D001-104040.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 21 set. 2016.

³¹ Nesse sentido, está em vigor a Lei 2010-1192, aprovada em 2010, que afirma que “ninguém poderá, em qualquer espaço público, usar roupas destinadas a cobrir seu rosto”. Tradução livre de “nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage”. O objetivo da lei, naturalmente, é impedir os muçulmanos de usarem o *niqab*, véu islâmico que cobre todo o rosto. FRANÇA. Lei 2010-1192. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>>. Acesso em: 21 set. 2016.



mum”, isto é, baseado na tradição constitucional norte-americana de ampla liberdade religiosa em qualquer local, e adotado na maioria dos países ocidentais.

A Corte considerou, com razão, que não se pode, pura e simplesmente, proibir os fiéis de exercer sua fé em todos os espaços públicos, pois estes são vocacionados a todas as manifestações democráticas, inclusive a manifestação religiosa.

Outro ponto de destaque do acórdão foi o voto em separado da juíza irlandesa Ann Power, que assim se manifestou:

Os símbolos (sejam religiosos, culturais ou não), são portadores de significados. Eles podem falar em silêncio, no entanto, falam por si, mas não de uma maneira coerciva ou doutrinal. As provas incontestáveis produzidas perante o Tribunal são no sentido que a Itália abre o ambiente escolar às várias religiões, e não há provas de qualquer intolerância contra os não crentes ou contra os que têm visões filosóficas não religiosas.³²

Em seu artigo sobre os crucifixos, Daniel Sarmento³³ não menciona especificamente o caso *Lautsi*, mas alude a uma suposta pressão “inerentemente coerciva” contra os não-cristãos que se deparam com tais objetos nos locais públicos.

Ora, a realidade é que os argumentos usados contra os símbolos religiosos são argumentos quase de fé. Simplesmente, escudando-se no art. 19, I da Constituição, cujo texto não proíbe a exibição de crucifixos em momento algum, os defensores do banimento das alegorias sagradas se baseiam em suposições, desprovidas de qualquer substrato fático: jamais se realizou uma pesquisa de opinião pública, nem mesmo um estudo psicológico com frequentadores de locais onde há o crucifixo, para mensurar o nível de constrangimento, se é que existe algum, dos não cristãos que ingressam nos tribunais, universidades, gabinetes ou em qualquer dos muitos edifícios públicos e se deparam com um crucifixo.

Definitivamente, é inadequado buscar extinguir um costume largamente arraigado nos corações e mentes dos brasileiros a partir de uma interpretação *contra legem* do texto constitucional, malgrado supostamente baseada em valores e princípios como a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III da Constituição da República.

Ou seja, diante da falta de qualquer norma direta que proíba os crucifixos, diante do enraizado costume de afixar os símbolos religiosos e diante da vontade dos próprios órgãos públicos em mantê-los, o que revela sintonia com os desejos da maioria da população, os argumentos contra os crucifixos prendem-se à ocorrência teórica de situações, supondo, por exemplo, que

³² Vide nota 43.

³³ SARMENTO, op. cit., p. 79.

Em relação aos magistrados, a presença da simbologia religiosa contribuiu para a manutenção de um *ethos* em que a religião e o Direito não são devidamente diferenciados e (...) pode prejudicar o exercício do dever que pesa sobre todo juiz, de tentar filtrar racionalmente as suas pré-compreensões religiosas, no afã de evitar que estas tenham influência no resultado de julgamentos.³⁴

É quase impossível perquirir a validade de uma suposição, pois não há como contrastá-la com dados empíricos, mas os escassos indícios que se podem colher da atividade judicante em geral, ao menos no Ocidente, denotam que a fé dos magistrados pouco ou nada interfere na decisão de grandes questões públicas. Nem muito menos a simples colocação de um objeto religioso num gabinete de trabalho ou numa sala de audiência!

Examine-se, por exemplo, dois casos de enorme repercussão no cenário jurídico brasileiro e internacional: a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510³⁵, na qual se declarou a constitucionalidade da Lei 11.105, autorizadora de pesquisas científicas em células-tronco embrionárias, e o notável precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Roe v. Wade*³⁶, no qual se assentou que o direito fundamental à privacidade, tal como previsto na Décima Quarta Emenda à Constituição, protege a decisão da mulher de perpetrar um aborto.

As religiões cristãs, isto é, o catolicismo e o protestantismo, se opõem firmemente a ambas as situações. A doutrina católica³⁷ afirma que “o embrião como indivíduo humano tem direito à sua própria vida; e, por isso, toda a intervenção que não seja em benefício do próprio embrião, constitui um ato que viola este direito (...) Um fim bom não faz boa uma ação que, em si mesma, é má.” Já o Catecismo de Westminster,³⁸ documento britânico do século XVII que até hoje norteia os dogmas de muitas denominações protestantes, orienta a adoção de “todos os esforços lícitos para preservar nossa própria vida e a vida dos outros.”

Mesmo assim, sete dos nove juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos da Amé-

³⁴ SARMENTO, op. cit., p. 90.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=Ac&docID=611723>. Acesso em: 23 set 2016

³⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Jane Roe *et ali.* v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Disponível em: www.foxnews.com/projects/pdf/Roev Wade.pdf Acesso em: 23 set 2016.

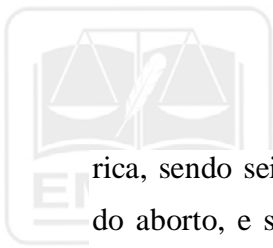
³⁷ DECLARAÇÃO sobre a produção e o uso científico e terapêutico das células estaminais embrionárias humanas. Pontifícia Academia para a Vida da Santa Sé.

Disponível em:

<http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_acdlife_doc_20000824_cellule-staminali_po.html>. Acesso em: 21 set 2016.

³⁸ BREVE Catecismo de Westminster. Disponível em:

<http://www.monergismo.com/textos/catecismos/brevecatecismo_westminster.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.



rica, sendo seis protestantes e um católico³⁹, votaram pela inconstitucionalidade da proibição do aborto, e seis dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo cinco católicos⁴⁰, votaram pela constitucionalidade da Lei 11.105.

Ora, se nesses dois casos históricos, *Roe* e células-tronco embrionárias, nem a fé dos magistrados levou-os a votar deliberadamente de acordo com suas próprias convicções cristãs, como se pode dizer que um simples objeto de madeira colocado numa sala prejudicaria os juízes de agir racionalmente?

CONCLUSÃO

Por esses motivos, pode-se concluir que não há óbice legal ou constitucional à colocação de imagens religiosas em espaços públicos ou governamentais, que essa prática não representa nenhum tipo de discriminação ou preconceito contra indivíduos não-religiosos, que essa é uma tradição secular, sem exagero, que jamais foi objeto de uma decisão judicial contrária e que não há nenhuma prova ou dado empírico que indique que os crucifixos prejudicam, oprimem ou humilham quem quer que seja.

Enfim, o presente estudo tentou demonstrar que, muitas vezes, é necessário que haja tolerância dos dois lados, ou seja, até mesmo das minorias em relação às majorias, para que o espaço público brasileiro continue a ser um rico mosaico de pessoas de fé. Mais do que nunca, é necessário indagar: o objetivo de retirar os crucifixos é mesmo proteger a laicidade do Estado ou é apenas uma forma de destilar rancor contra o Cristianismo?

³⁹ Respectivamente, o metodista William Blackmun, que redigiu o acórdão, os presbiterianos Warren E. Burger, William Douglas e Lewis F. Powell, os episcopais Potter Stewart e Thurgood Marshall e o católico William Brennan. Votaram vencidos o episcopal Byron White e o luterano William Rehnquist. Para uma análise jornalística deste e de vários outros casos do Tribunal nos anos 70, WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985.

⁴⁰ FREITAS, Silvana de; NUBLAT, Johana. De maioria católica, STF julga uso de embriões nessa quarta-feira. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u377746.shtml>>. Acesso em: 17 out. 2016.

REFERÊNCIAS

ARQUITETURA de Brasília e o Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. Disponível em

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=206259&modo=cms>. Acesso em: 22 fev 2016

BONFIM, João Bosco Bezerra. *Palavra de Presidente*: os discursos presidenciais de posse – de Deodoro a Lula. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/91988/palavra_de_presidente.pdf?sequence=3>. Acesso em 21 set. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21 set. 2016

_____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016

BREVE Catecismo de Westminster. Disponível em:

<http://www.monergismo.com/textos/catecismos/brevocatecismo_westminster.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

BROSSARD, Paulo. Tempos apocalípticos. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, p.13-16, mar. 2012.

CENSO Demográfico 2010. Disponível em

<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=censodemog2010_relig>. Acesso em: 05 fev. 2017.

CHRISTLICH Demokratische Union Deutschlands. Disponível em

<<https://www.cdu.de/international>>. Acesso em: 21 set. 2016.

CHURCH of England. Disponível em <<http://history.hanover.edu/texts/engref/er79.html>>.

Acesso em: 07 set. 2016

DECLARAÇÃO sobre a produção e o uso científico e terapêutico das células estaminais em-

brionárias humanas. Pontifícia Academia para a Vida da Santa Sé. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acclife/documents/rc_pa_acclife_doc_20000824_cellule-staminali_po.html>. Acesso em: 21 set 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Jane Roe *et ali.* v. Henry Wade, Dis-

trict Attorney of Dallas County. Disponível em: <www.foxnews.com/projects/pdf/Roev Wade.pdf>. Acesso em: 23 set 2016

_____. Town of Greece, New York v. Galloway *et ali.* Disponível em

<https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-696_bpm1.pdf> Acesso em 19 out. 2016

EUROPA. Corte Européia de Direitos Humanos. *Lautsi and Others v. Italy*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mgf1Y3QtSnQJ:hudoc.echr.coe.int/pp/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-104040%26filename%3D001-104040.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 21 set. 2016

_____. Convenção Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

FRANÇA. Lei 2010-1192. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>>. Acesso em: 21 set. 2016.

FREITAS, Silvana de; NUBLAT, Johana. De maioria católica, STF julga uso de embriões nessa quarta-feira. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u377746.shtml>>. Acesso em: 17 out. 2016.

FRENTE Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional. Disponível em <<http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658l>>. Acesso em: 21 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLYAMORY – When three isn't a crowd. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2013/10/26/living/relationships-polyamory/>>. Acesso em: 22 fev. 2016

RANQUETAT JUNIOR, Cesar. *Laicidade, laicismo e secularização*: definindo e esclarecendo conceitos. *Revista Sociais e Humanas*. Periódico do Centro de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, v. 21. p. 67-75, 2008

SABAINI, Wallace Tesch. *A relação entre religião e Estado sob a égide do direito fundamental da liberdade de religião*. 2008. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 8; p. 75-90, mai. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985.

O VALOR JURÍDICO DO PRINCÍPIO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Ana Paula de Souza Martins Carneiro

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UFRJ.

Resumo: A evolução da legislação sobre proteção ao meio ambiente se iniciou em decorrência da tomada de consciência sobre o destrutivo avanço do ser humano sobre o planeta a partir da década de 1970. Assim, surgiram em âmbito internacional Convenções e legislações para proteger o meio ambiente, gerando uma tendência crescente de positivação constitucional de normas protetivas ao meio ambiente. Nesse contexto, os Estados Sociais Democráticos de Direito passaram a prever instrumentos de proteção a esse direito fundamental de forma a conferir-lhe maior segurança jurídica e de maneira a conservar a Terra para as presentes e futuras gerações, construindo o valor jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Valor Jurídico.

Sumário: Introdução. 1. Incorporação do princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado ao Ordenamento Jurídico Brasileiro 2. Objeto de Proteção do Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado 3. Papel da Jurisprudência dos Tribunais Superiores na Delimitação do alcance e conteúdo do princípio ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e seu confronto com outros direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o valor jurídico do princípio da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O trabalho enfoca a temática do valor jurídico do princípio da proteção meio ambiente ecologicamente equilibrado, a forma de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, seu objeto e a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao seu alcance e limitações quando em confronto com outros direitos fundamentais.

A evolução da legislação internacional e dos diversos países sobre proteção ao meio ambiente se iniciou a partir de 1960 e 1970, em decorrência do avanço da consciência sobre os limites da ação do ser humano e do impacto nefasto de seus atos sobre o planeta em que habitamos.

As explosões atômicas na Segunda Guerra Mundial, o Conflito dos Mísseis de Cuba em 1962, e o aprofundamento da Guerra Fria geraram o temor quanto a uma catástrofe mundial, que

poderia colocar em risco até mesmo a sobrevivência da espécie humana neste planeta.

Neste contexto, as Convenções Internacionais e legislações que desta decorreram surgiram com a finalidade de proteger o meio ambiente, como uma maneira de estancar os graves problemas sociais, econômicos e ambientais que surgiram com a globalização e com a busca de um desenvolvimento econômico à custa da violação ao equilíbrio ecológico do planeta.

Dessa maneira, houve uma tendência mundial e crescente de positivação constitucional de normas protetivas ao meio ambiente, tendo as constituições dos Estados Sociais Democráticos de Direito passado a prever instrumentos de proteção a este direito fundamental de forma a conferir-lhe maior segurança jurídica e de maneira a conservar a Terra para as presentes e futuras gerações, construindo o valor jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como ocorreu a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do princípio da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e qual sua atual localização.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, qual o objeto de proteção do princípio da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo destina-se a examinar qual o papel da jurisprudência das cortes superiores na delimitação do alcance e conteúdo do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado quando em confronto com outros direitos fundamentais.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza descritiva, bibliográfica e qualitativa.

1- INCORPORAÇÃO DO PRINCÍPIO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Deve-se apresentar um conceito preliminar de meio ambiente retirado das lições de José Afonso da Silva¹ para quem: “ O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” . Também há um conceito legal, extraído do artigo 3º, inciso I, da Lei 6938/1981²: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Assim, o meio ambiente deve ser satisfatório e atrativo, apto a permitir a adequada qualidade de vida, assegurando-se boas condições de educação, lazer, educação, trabalho, segurança, saúde, bem-estar, ou seja, o meio ambiente deve ser ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Com o alargamento por todo o mundo da preocupação com as questões ecológicas, a partir da década de 1970, em decorrência do avanço da consciência sobre os limites da ação do ser humano e do impacto negativo de seus atos sobre o mundo, chamou-se a atenção das autoridades e dos legisladores para a necessidade de regulamentação jurídica das questões ambientais, razão pela qual foram surgindo normas ambientais nos diversos países do mundo.

A partir das Conferências Internacionais realizadas a partir da Década de 1970 em especial a de Estocolmo de 1972³ , o ambientalismo passou a possuir elevada importância internacional,

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2013, p. 20.

² BRASIL. Lei n.6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em: 12 jul. 2016.

³ CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO, 1972. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Suécia: 1972.

incorporando-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às Constituições dos diversos países como direito fundamental da pessoa humana, de forma a conferir-lhe maior segurança jurídica e de maneira a conservar o planeta para as presentes e futuras gerações, construindo-se, a partir de então, o valor jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No Brasil, a incorporação das idéias de proteção ao meio ambiente e de sustentabilidade ao ordenamento jurídico pátrio ocorreu de forma muito lenta e gradual como, de regra, em todo o mundo.

Inicialmente, no período colonial, imperial e republicano brasileiros, não havia qualquer preocupação com a efetiva e adequada tutela do meio ambiente, ou seja, até a década de 1930, não existiam grandes preocupações da legislação com as questões ambientais.

A partir da década de 1960, houve a incorporação de regras que visavam a proteger determinados bens jurídicos específicos, tais como: água, florestas, pescados, coibir poluição, sem, entretanto, uma sistematização em âmbito constitucional do tema, como, por exemplo, Código da Pesca (Lei 5.197/67)⁴ e o Código da Caça (Decreto-Lei 221/67)⁵.

Com a evolução legislativa ocorrida em âmbito internacional, durante a década de 1980, a influência da globalização e das Convenções Internacionais, estabeleceu-se a Política Nacional do Meio Ambiente, passando-se da preocupação com os bens jurídicos em particular para a preocupação com o meio ambiente como um todo, culminando com a elaboração da Lei 6.938/81² e a Lei 7.347/85⁶ que trouxe a Ação Civil Pública instrumento protetivo do bem jurídico meio ambiente e atribuiu a competência ao Ministério Público para sua tutela.

⁴ BRASIL. Lei n. 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁵ _____Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁶ _____Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

A primeira Constituição Brasileira a prever expressamente o meio ambiente foi a Constituição da República Federativa de 1988, que dedicou o Capítulo VI do Título VIII⁷ ao tema. Assim, atualmente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tratado como direito fundamental pela constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontrando-se regulamentado pelo artigo 225 da Constituição⁷.

Nesse contexto, trata-se de um direito social de terceira geração, inserido no Capítulo VI do Título VIII da CRFB/88⁷, que possui íntima relação com o direito à uma vida digna, sendo um direito pertence a todos, estando neste rol as presentes gerações e as futuras, brasileiros os estrangeiros, residentes ou não no país, sendo o dever de defendê-lo e preservá-lo imputado também a todos incluindo neste rol o Poder Público.

Decorre, ainda, da leitura do texto constitucional quer o referido direito ainda é carecedor de elucidação, uma vez que ainda tormentoso é seu âmbito de aplicação, em decorrência de sua natureza difusa e de suas dimensões objetivas e subjetivas.

Nesse sentido, deve-se buscar o real alcance e significado do princípio, a fim de se possa dar efetividade ao comando e se possa compatibilizar a necessidade de desenvolvimento econômico com a preservação ambiental.

2. OBJETO DE PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A primeira legislação a tratar do tema meio ambiente e não mais somente dos recursos naturais no ordenamento jurídico brasileiro foi a Lei 6.938/1981², que instituiu a Política Nacional

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de julho. 2016.

do Meio Ambiente e dentre princípios e instrumentos tuteladores da temática ambiental também nos trouxe o primeiro conceito legal de meio ambiente em seu já anteriormente transcrito artigo 3º, inciso I². Logo, ainda que em âmbito infraconstitucional, o meio ambiente passa a ser tutelado em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, não há uma unanimidade na doutrina quanto ao conceito de meio ambiente, havendo diversas críticas ao conceito legal, sendo uma delas a de que somente alcançaria o meio ambiente natural, uma das espécies do gênero meio ambiente.

A doutrina entende que o meio ambiente em sentido amplo é um gênero que possui algumas espécies, quais sejam, o meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho.

O meio ambiente seria, assim, um conjunto de elementos naturais (bióticos e abióticos) artificiais e culturais que gram o desenvolvimento equilibrado da vida em qualquer de suas formas.

O meio ambiente artificial é constituído pelo espaço urbano construído, conjunto de edificações e equipamentos públicos, sendo regulamentado pelo artigo 182 da atual constituição da república⁷ e pela Lei 10.257/01- Estatuto da Cidade⁸.

O meio ambiente natural é constuído pelas coisas físicas, ou seja, pela água, solo, ar, fauna, flora, pelos seres bióticos e seu meio, sendo regulamentada pelo artigo 225 da constituição

⁸ BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

Federal⁷ e por diversas legislações , dentre as quais podemos citar a Lei 9433/97⁹, Lei 9605/99¹⁰, Lei 9985/00¹¹ e Lei 11.105/05¹².

O meio ambiente cultural refere-se ao patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico, sendo tutelado pelo artigo 215, 216 e 216-A da Constituição da República⁷.

No que tange ao meio ambiente do trabalho, este se refere ao lugar em que são desenvolvidas as atividades laborais do trabalhador, cuja qualidade de vida está intimamente ligada e dependete da adequada qualidade deste meio ambiente, sendo expressamente mencionado no artigo 200, VIII da Constituição⁷.

Após a Lei 6938/1981², a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷, foi a primeira a prever o meio ambiente e a dedicar-lhe todo um capítulo. Nesse contexto, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevada a categoria de norma constitucional, gozando de toda a proteção e contaminando todo o texto constuiconal, havendo diversos outros dispositivos que se referem ao meio ambiente e que não se encontram necessariamente no capítulo relativo ao artigo 225 da constituição⁷.

Logo, os principios e conceitos ambientais, ao serem alcados ao patamar de normas constitucionais ganham um avanço em qualidade e um posto hierárquico superior, inaugurando uma nova ordem jurídica ambiental, fazendo com que a atuação do Poder Público e de toda a coletividade seja dirigida no sentido de preservar o meio ambiente e de que este se dê de forma equilibrada e sustentável.

⁹ BRASIL. Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

¹⁰ _____Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

¹¹ _____Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

¹² _____Lei n. 11.105, de 24 de março de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.



Além disso, ao se tornarem as normas ambientais constitucionais, abram espaço ao controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais eventualmente editadas e com estas incompatíveis, tanto na modalidade difusa, quanto na modalidade concentrada.

Nesse contexto, a atuação do Estado de ser no sentido de concretizar o princípio ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo o mandamento constitucional, ou seja, adotar políticas públicas sustentáveis, que promovam o princípio do desenvolvimento sustentável e que conjugem crescimento econômico, meio ambiente, justiça social, construindo o Estado Socioambiental de Direito.

Constata-se a faceta dúplice do referido direito que é, ao mesmo tempo, uma obrigação (dever) de proteção ambiental e um direito, ou seja, no direito constitucional brasileiro o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e tutelado tanto em sua faceta objetiva quanto subjetivamente; objetivamente como dever do estado em promover e subjetivamente como direito fundamental e individual de cada cidadão de acesso ao meio ambiente equilibrado, exigindo, assim, ações positivas e negativas.

Analisando-se o artigo 225 da Constituição⁷, constata-se ser este um direito fundamental, embora não previsto expressamente no título II da Constituição⁷. Além disso, é um direito de terceira geração ou dimensão por seu caráter de fraternidade ou de solidariedade, extrapolando o caráter individual, ou seja, é transindividual e de titularidade coletiva, ou seja, não é possível determinar os titulares porque pertence a todos indistintamente, devendo-se ressaltar que esse direito não se esgota neste artigo, sendo esta apenas sua sede principal.

Insera-se no conceito previsto no parágrafo único do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹³ de interesse ou direito difuso, como sendo aquele que é transindividual,

¹³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstância de fato. O ordenamento jurídico constitucional prevê duas ações constitucionais para a proteção ao meio ambiente, quais sejam, a Ação Civil Pública e a Ação Popular Ambiental. A Ação Civil Pública é regulamentada pela Lei 7347/85⁶ e, em seu artigo 5º prevê os legitimados a propositura, dentre eles o Ministério Público, ressaltando-se que não é atribuída legitimidade à pessoa física, que deve se valer da Ação Popular se ostentar a qualidade de cidadão.

3. PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA DELIMITAÇÃO DO ALCANCE E CONTEÚDO DO PRINCÍPIO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E SEU CONFRONTO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores exerce um papel fundamental, estruturante e conformador no sentido de delimitar o alcance e o conteúdo do princípio ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os tribunais superiores cada vez se colocam em situações de conflitos envolvendo questões relacionadas ao meio ambiente, principalmente quando em confronto com outros direitos também tutelados pela constituição, tais como, direito de propriedade, livre iniciativa econômica, patrimônio cultural e genético, direito à vida e dignidade, cabendo as cortes superiores a definição definitiva da questão de colisão de direitos e, normalmente, esta se resolve a partir do princípio da proporcionalidade.

Analisando-se a jurisprudência do E. STF, quando do julgamento da ADPF 101¹⁴, em 24/06/2009, que tratava da constitucionalidade das normas que proibiam a importação de pneus

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 101. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em:

usados, O E. STF reconheceu haver um conflito entre dois direitos fundamentais quais sejam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde, e a livre iniciativa. Decidiu-se, assim, pela constitucionalidade das normas que proíbem a importação de pneus usados, uma vez que se devem adotar medidas para evitar danos ambientais, pois os pneus usados têm vida útil mais curta que os novos, além de se transformarem em resíduos de difícil aproveitamento e de grave contaminação do meio ambiente e comprometimento da saúde humana.

No que concerne à adoção de políticas públicas ambientais, o STF, no julgamento do Ag Reg no R.ext. 658.171¹⁵ reafirmou ser dever do poder público e da sociedade “a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal”. Ademais, admitiu que o Poder Judiciário pudesse determinar, em situações excepcionais, que a administração pública adote medidas assecuratórias do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes.

Entretanto, em outras ocasiões a Suprema Corte Brasileira demonstra certo retrocesso quando, por exemplo, do julgamento da ADI 3540¹⁶, na qual manteve no ordenamento jurídico norma que permite a supressão de vegetação em área de preservação permanente, afirmando que deve-se conciliar o desenvolvimento sustentável com a proteção ao meio ambiente.

No que concerne ao STJ, contata-se que este adota a teoria do risco integral quando se trata de dano ambiental, ou seja, adota uma posição de vanguarda quanto a proteção ao meio

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%29%28101%2ENUME%2E+OU+101%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zv9p2ca>>. Acesso em: 10 de Agosto. 2016.

¹⁵ _____ Supremo Tribunal Federal. Reg no R.ext. 658.171. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28658171%2ENUME%2E+OU+658171%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jy9kzpf>>. Acesso em: 11 de Agosto. 2016.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3540. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%283540%2ENUME%2E+O+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jyst464>>. Acesso em: 10 de Agosto. 2016.

ambiente, não admitindo a invocação de nenhum excludente de responsabilidade para que o causador do dano ambiental de exima de sua responsabilidade em reparar o dano ao meio ambiente eventualmente causado, conforme se constata da análise dos julgados de número Resp 137428417 e Resp 135453618.

Adotando posicionamento antagônico, todavia, o próprio STJ, quando do julgamento do Resp 32.222¹⁹, adotou posição conservadora para justificar a proteção do direito de propriedade ao fundamentar que no estado liberal não há sobreposição do interesse coletivo sobre o privado.

Nesse contexto, constata-se que a posição dos Tribunais Superiores sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado demonstra avanços consideráveis quando em análise uma visão globalizada do meio ambiente.

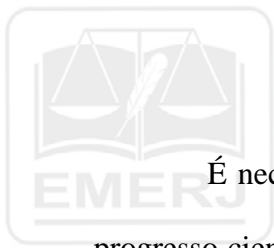
Contudo, por diversas vezes, nota-se um retrocesso com nítida priorização do interesse econômico e do direito de propriedade em detrimento do direito ao meio ambiente, demonstrando-se desconecto com a nova ordem econômica constitucional, pela qual a propriedade e os interesses econômicos devem deve atender ser exercidos em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De toda a análise jurisprudencial, conclui-se que há uma evolução na interpretação, sendo que o entendimento ora revela maior preocupação com a industrialização e geração de empregos, ora com a preservação ambiental.

¹⁷ _____ Superior Tribunal de Justiça. Resp 1374284. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374284&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 de Agosto. 2016.

¹⁸ _____ Superior Tribunal de Justiça. Resp 1354536. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1354536&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 de Agosto. 2016.

¹⁹ _____ Superior Tribunal de Justiça. Resp 32222. Relator: Ministro Garcia Vieira. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=32222&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 de Agosto. 2016.



É necessário que o interesse social seja atendido, sem que com isso seja prejudicado o progresso científico ou tecnológico e desde que não sejam violados os direitos à vida, à saúde, à segurança, à cultura, de toda a humanidade.

CONCLUSÃO

Constata-se ser ainda muito divergente e tormentoso o real alcance de meio ambiente, não havendo consenso doutrinário sobre tal ponto. Há, contudo, uma assertiva geral no sentido de que esse deve ser satisfatório e atrativo, apto a permitir a adequada qualidade de vida, assegurando-se boas condições de educação, lazer, educação, trabalho, segurança, saúde, bem-estar para as presentes e futuras gerações.

No Brasil, a incorporação das idéias de proteção ao meio ambiente e de sustentabilidade ocorreu de forma muito lenta e gradual como, de regra, em todo o mundo, razão pela qual ainda se encontra em fase de delimitação do alcance e conteúdo o princípio ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A opção do constituinte de 1988 de alçar os princípios e conceitos ambientais ao patamar de normas constitucionais deram um avanço em qualidade e um posto hierárquico superior, inaugurando uma nova ordem jurídica ambiental, fazendo com que a atuação do Poder Público e de toda a coletividade seja dirigida no sentido de preservar o meio ambiente e de que este se dê de forma equilibrada e sustentável.

Sendo o referido direito ao mesmo tempo uma obrigação e um direito, ou seja, é tutelado tanto em sua faceta objetiva quanto subjetivamente; como dever do estado em promover e como



direito fundamental e individual de cada cidadão de acesso ao meio ambiente equilibrado, exigindo, assim, ações positivas e negativas.

Nesse contexto, não basta declarar o direito fundamental, sendo também necessário garanti-lo e torná-lo efetivo, o que somente será possível se os operadores do Direito fundamentarem a sua atuação sob as diretrizes constitucionais impostas pelos e reconhecerem estarmos diante de um novo paradigma: o meio ambiente deve ser preservado objetivando o bem estar das presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de julho. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10221.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Lei n. 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

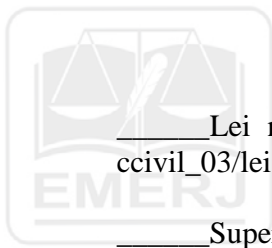
_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.



____ Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

____ Superior Tribunal de Justiça. Resp 1354536. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1354536&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 de Agosto. 2016.

____ Superior Tribunal de Justiça. Resp 1374284. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374284&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 de Agosto. 2016.

____ Superior Tribunal de Justiça. Resp 32222. Relator: Ministro Garcia Vieira. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=32222&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 de Agosto. 2016.

____ Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3540. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%29%283540%2E+OU+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jyst464>>. Acesso em: 10 de Agosto. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 101. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%29%28101%2E+OU+101%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zv9p2ca>>. Acesso em: 10 de Agosto. 2016.

____ Supremo Tribunal Federal. Reg no R.ext. 658.171. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28658171%2E+OU+658171%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jy9kzpf>>. Acesso em: 11 de Agosto. 2016.

CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO, 1972. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Suécia: 1972.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2016.

MILARÉ, Édes. *Direito do Ambiente*. 7. ed. Rio de Janeiro: RT, 2013.

OTTONI, Davi Niemann; COSTA, Daniel Fernandes Nogueira. *Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11340&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em mar 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. *Direito Constitucional Ambiental - Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: RT, 2013.
SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2013.

SIMÕES, Alexandre Gazetta; PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. *A natureza difusa do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12718>. Acesso em mar 2016.

ABANDONO AFETIVO INVERSO DA PESSOA IDOSA E A POSSIBILIDADE DO DANO MORAL

Andiara Pontes Silva

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O presente trabalho busca analisar a possibilidade de indenização por abandono familiar dos filhos em relação aos seus pais idosos, ou seja, o abandono afetivo inverso. Apesar de não existir uma lei específica e detalhada sobre o assunto, há a proteção reservada a pessoa idosa na Constituição Federal de 1988 e no próprio Estatuto do Idoso. O tema relacionado à possibilidade de dano moral por abandono afetivo ainda é bastante controvertido, mas ultimamente vem sendo admitido nas doutrinas e jurisprudências de nossos Tribunais. O objetivo do trabalho é abordar a possibilidade do dano imaterial fruto do abandono afetivo inverso. Uma vez que ainda não há jurisprudência específica sobre esse tema. O trabalho foi concebido segundo método dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito de Família. Abandono Afetivo. Idoso. Dano Moral. Indenização.

Sumário: Introdução. 1. Até que ponto se pode dizer que em virtude dos filhos terem o dever moral de assistência aos pais, é cabível a aplicação do instituto do abandono afetivo 2.Sustentabilidade jurídica da procedência da indenização por dano moral fruto da responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo inverso 3. Há necessidade de implementação de mudanças legislativas para garantir a responsabilidade por dano moral à pessoa idosa, nos casos de abandono afetivo inverso. Conclusão. Referências.



As séries históricas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam que a expectativa média de vida da população brasileira tem aumentado nos últimos anos, ultrapassando os 75 anos de idade em 2015. Segundo dados do Instituto, o número de idosos teria mais do que dobrado nos últimos 20 anos no Brasil.

Em abordagem sobre a população de idosos brasileira, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República assevera que, nos últimos anos, ações de instituições governamentais brasileiras, de organismo da sociedade civil e de movimentos sociais têm proposto conseguido estabelecer uma série de medidas que estabelecem direitos voltados para as pessoas idosas, como por exemplo, a criação do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI), em 2002, e a elaboração do Estatuto do Idoso, em 2003.

Contudo, em que pese as mencionadas ações possam refletir em conquista de direitos para a população idosa brasileira, tais medidas não são capazes de satisfazer todas as necessidades de “autonomia, mobilidade, acesso a informações, serviços, segurança e saúde preventiva “demandadas em razão do envelhecimento.

Acrescenta-se que, invariavelmente, o avançar da idade faz que, em determinado momento, os idosos tenham que recorrer a terceiros, na maioria das vezes filhos ou outros descendentes, como forma de suprir as lacunas de assistência que não podem ser supridas pelo poder público ou por outras instituições.

A presente pesquisa científica enfoca a temática do abandono afetivo de idosos por seus descendentes diretos, ou seja, o abandono afetivo inverso de pessoa idosa por seus filhos. Discute-se a possibilidade de indenização por danos morais.

Insta salientar que ao se tratar da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, não se discute a possibilidade de que o dinheiro possa substituir a ausência da afetividade dos filhos

com seus pais idosos, tampouco que se imponha a obrigação de amar, mas sim, é uma forma de se amenizar o dano decorrente do abandono, que poderá acarretar diretamente em prejuízo a saúde do idoso.

Para a confecção do artigo foi utilizado o método dedutivo, com o qual foi demonstrada a problemática do tema abandono familiar, além de pressupostos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais.

Este trabalho está organizado em três capítulos. O primeiro capítulo destina-se a discutir até que ponto pode-se dizer que, em virtude de os filhos terem o dever moral de assistir aos pais, é cabível a aplicação do instituto do abandono afetivo.

Já o segundo capítulo será tratado da possibilidade de indenização imaterial por abandono afetivo inverso.

O terceiro capítulo é destinado à análise da necessidade de implementação de mudanças legislativas para garantir irrefutavelmente a responsabilidade por dano moral causado a pessoa idosa.



1. ATÉ QUE PONTO SE PODE DIZER QUE EM VIRTUDE DOS FILHOS TEREM O DEVER MORAL DE ASSISTÊNCIA AOS PAIS, É CABÍVEL A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ABANDONO AFETIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil¹ de 1988 instituiu uma nova realidade no âmbito do direito civil pátrio, em que as funções desse ramo deixaram de ser examinadas eminentemente sob o viés privado, a partir do que as relações civis passaram a receber maior proteção constitucional em seus diversos planos.

Com efeito, princípios e valores como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade tornaram-se balizadores das relações entre os indivíduos de maneira mais efetiva, condicionando a interpretação e a aplicação das normas de direito civil à estreita observância dos ditames constitucionais.

Nessa linha, é possível identificar, por exemplo, que a função puramente econômica da família perdeu o sentido. A família contemporânea, sob a égide constitucional, sustenta-se na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade, na cooperação e no respeito à dignidade de cada um de seus componentes, que por sua vez se obrigam de forma recíproca, em uma comunidade de vida e de assistência.

Washington de Barros Monteiro² assevera que:

Família e afeto são dois personagens desse novo cenário. Contemporaneamente o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este, ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros e a mola propulsora dos integrantes que buscam a sua realização pessoal através da sua exteriorização de forma autêntica.

O princípio da dignidade da pessoa humana, basilar dos direitos fundamentais, está expressamente disposto no artigo 1º, inciso III, da CRFB³, elegendo o ser humano como

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05 mai. 2016.

² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 42. ed. V.2. São Paulo: Saraiva. p.82.

³ Ibid.



fundamento nuclear do ordenamento positivado: “A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana”. Sob essa perspectiva, vislumbra-se quais seriam os limites do dever de assistência dos filhos capazes para com seus pais.

A Constituição⁴, em seu artigo 3º, inciso I, descreve que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Este princípio ultrapassa a esfera social e se reflete nas relações familiares.

O artigo 229 da Constituição⁵ assevera que “ [...] os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A Constituição Federal⁶ disciplina ainda, em seu artigo 230, 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”.

É possível depreender que o princípio da solidariedade familiar reforça o dever mútuo de assistência aos entes familiares, enquanto o ensinamento de que as famílias atuais são constituídas justamente por laços de afeto reflete o princípio da afetividade.

Paralelamente, especialmente no que se refere à pessoa idosa, a Lei n. 10.741/2003⁷ em seu artigo 3º, parágrafo único, inciso V, apresenta a seguinte redação sobre o assunto:

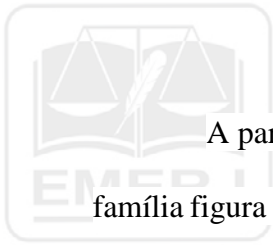
Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
V- priorização do atendimento ao idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar exceto dos que não a possuem, ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ BRASIL. Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L10741.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016.



A partir dos dispositivos normativos destacados, também é possível depreender que a família figura como a primeira a ser instada a zelar por cada um de seus integrantes, em especial pelos idosos.

Corolário dessas relações é que cabe aos membros familiares, em especial aos filhos capazes em relação aos pais, fornecerem um ambiente propício a um envelhecimento tranquilo e sereno, com compreensão e dedicação entre seus integrantes, proporcionando um envelhecimento ativo, participativo e isento de exclusões familiar.

O dever de cuidado dos filhos com os pais, especialmente quando idosos, resta nitidamente presente nos dispositivos normativos anteriormente mencionados, de tal forma que se mostra evidente que a obrigação dos filhos com os pais idosos possui alicerces constitucionais, e que a relação de obrigações e deveres entre estes extrapola a de natureza pecuniária estabelecida em lei.

2. SUSTENTABILIDADE JURÍDICA DA PROCEDÊNCIA DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FRUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO INVERSO

Com a inserção do princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988, a afetividade passou a ter reconhecimento jurídico, ocorrendo um comprometimento com os deveres de proteção e cuidado no melhor interesse familiar, especialmente nas relações paterno-filial em que há vulnerabilidade, seja de filhos menores ou dos pais idosos. E a ausência da execução dessa prestação passou a significar em contrapartida, desvio moral e ilícito geradores de responsabilidades

O abandono afetivo inverso consiste na apatia afetiva ou material dispensada ao ascendente que necessita de amparo, é uma inadequação familiar ao qual imputa o ilícito de não comparecer aos atos da vida do outro.

O Estatuto do Idoso atribui principalmente à família a obrigação de garantir ao idoso a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária⁸.

Alicerçada em teor nitidamente protetivo, a norma confere ao núcleo familiar um dever de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais e para o envelhecimento com dignidade, não limitado à garantia de condições materiais, mas também do convívio e da afetividade aptos a proporcionar uma velhice digna.

É razoável considerar que não se pode obrigar um indivíduo a ter ou demonstrar afeto por outro. Assim, não seria exigível dos pais amarem seus filhos, nem tampouco dos filhos amarem seus pais. Entretanto, deve-se ao menos ser franqueado àqueles cujos sentimentos foram atingidos a compensação pelos danos morais sofridos em razão do abandono afetivo.

Evidente que a imposição de pena pecuniária, por si só, não é capaz de gerar afetividade, contudo, resta claro seu caráter pedagógico presente no instituto da responsabilização civil, servindo também para desestimular os agentes causadores desse tipo de dano.

Na jurisprudência ainda não há caso específico de abandono afetivo inverso, entretanto, ao levar em conta que o abandono afetivo sustenta o mesmo nível jurídico axiológico do abandono inverso, pode-se considerar por isonomia o entendimento quanto ao cabimento de indenização por dano moral. Conforme julgamento do Recurso Especial. n. 1.159.242-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

⁸BRASIL, Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L10.741.htm>. Acesso em: 30 set.2016.



Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia- de cuidado- importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.⁹

Malgrado o Direito de Família não contemplar regra específica para reparação dos danos ocasionados no âmbito familiar, cumpre esclarecer que os textos legais que regulam os danos morais, conforme o art. 5º, V e X. da CRFB/88¹⁰, e os artigos. 186 e 927 do Código Civil¹¹, versam de maneira ampla e irrestrita, sendo possível a implementação desses dispositivos as relações oriundas do núcleo familiar, em virtude da necessidade saliente de promover a dignidade da pessoa humana.

Ademais, há uma estrita relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a situação do idoso, visto que tal princípio impõe pela obtenção de mínimas condições para uma vida autônoma e saudável, que deve ser preservada em todas as fases da vida do indivíduo.

Conforme demonstrado, não há dúvida em afirmar que a mesma obrigação que os pais têm com relação à proteção de seus filhos, gerando na falta, a indenização pelo abandono afetivo, igual a obrigação tem os filhos em relação aos seus pais idosos, uma vez que é indiscutível obrigação da família no seu amparo e proteção, podendo esse abandono motivar ações indenizatórias buscando a reparação moral pelo abandono dos idosos.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n.1.159.242. Relatora : Ministra Nancy Andrighi Disponível em: www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em 16 out. 2016.

¹⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05 mai. 2016.

¹¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html>. Acesso em 16 set. 2016.

3. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS PARA GARANTIR A RESPONSABILIDADE POR DANO MORAL À PESSOA IDOSA, NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO INVERSO

A Constituição Federal¹² consagra a tutela máxima de proteção ao idoso, em especial no âmbito familiar, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparo, de maneira a assegurar a participação dos idosos na vida comunitária, como forma de garantia do direito a uma vida digna.

Nesse sentido, também o Estatuto do Idoso¹³ preceitua o dever da família e do Estado concorrerem para que os idosos possuam condições de gozar seus direitos fundamentais.

A título de comparação, oportuno citar o ordenamento jurídico chinês que possui normatização: a Lei de Proteção dos Interesses do Idoso, que obriga os cidadãos à visitação frequente aos pais idosos de maneira a revigorar no plano jurídico legal valores morais que devem ser preservados na sociedade, despertando a consciência crítica dos mais jovens com a expectativa dos filhos não abandonarem os pais; devendo-lhe antes de tudo, cuidados adequados, carinho presente e atenção na vigília em proteção da família que conta em seu núcleo básicos pais anciãos como pessoas vulneráveis e dignas de proteção integral¹⁴.

No Brasil, ainda inexistente lei específica que regulamente a indenização por abandono afetivo da pessoa idosa na mesma diretriz da lei chinesa. A tentativa mais próxima ainda se encontra sob a forma de Projeto de Lei¹⁵ com objetivo é estabelecer expressamente sanções civis e punitivas aos filhos que abandonarem os pais idosos.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ SOARES Dimitre. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-01/lei-chinesa-permite-pais-idosos-processarem-filhos-abandono-emocional>>. Acesso em 1 out. 2016.

¹⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 4.294-A/2008. Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=A+vulso+PL+4294/2008>. Acesso em 30 de set. 2016.



Caso aprovado, o projeto legislativo acrescentaria mais um parágrafo ao artigo 3º da Lei n. 10.741/2003¹⁶- Estatuto do Idoso, com a seguinte redação: “o abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”.

Além de ratificar a relevância do tema, a inserção do dispositivo corrobora e positiva a plausibilidade da indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo inverso de pessoa idosa:

Na esfera material não há divergência quanto ao dever de o filho prestar alimentos para seus pais, conforme demonstra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a obrigação solidária dos filhos na prestação de alimentos aos pais idosos, julgado publicado em 26/06/2006:

Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso. - A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. - A Lei 10.741 /2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. - O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido. (STJ - RECURSO ESPECIAL: Resp. 775565 SP 2005/0138767-9)¹⁷.

Porém, no que tange ao dano moral por abandono afetivo inverso, ainda não há pacificação jurisprudencial sobre o assunto.

No ano de 2012, a 3ª turma do STJ, em decisão tida como controversa, assegurou a possibilidade de atribuir indenização por dano moral decorrente de abandono; no caso, dos pais em relação aos filhos. No caso, a autora havia ajuizado ação em face do genitor após o reconhecimento de paternidade, por ser vítima de abandono material e afetivo durante a juventude. A Ministra Andrihii alegou que “Amar é faculdade, cuidar é dever”¹⁸.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça.REsp775565SP 2005/0138767 9. Ministra Nancy Andrihii.Disponível em:<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41882/recurso_especial_resp_775565sp200501387679>. Acesso em 3 de out. 2016.



A maior valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a compreensão do afeto como base do novo conceito de família, tem instado o Judiciário a se manifestar de forma positiva quanto às ações por abandono moral dos filhos pelos pais, entendimento que pode ser estendido aos casos de abandono afetivo inverso.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro, de maneira razoável, já consagre instrumentos adequados para subsidiar a teoria da responsabilização em casos de abandono afetivo do idoso pelos familiares, a previsão expressa do direito à reparação civil por dano moral em tais casos asseguraria maior efetividade.



CONCLUSÃO

O percurso realizado no presente trabalho analisou a possibilidade de indenização dos pais idosos pelo abandono afetivo dos filhos dentro de um contexto de constitucionalização do direito privado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe incontestáveis mudanças para o Direito de Família, reformulando conceitos, estruturas e dando a moderna entidade familiar encontrada nos dias atuais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento principal do Estado de Direito, tomou posição de extrema importância nas relações familiares, que ao serem interpretadas à luz dos princípios constitucionais, deram nítida prioridade à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Diante deste novo cenário representado por um direito de família cada vez mais humanizado, não há como fechar os olhos às situações de descaso dos filhos com os pais idosos, que insistem em descumprir com os deveres básicos de assistência, afeto e uma convivência familiar.

Apesar da ausência de legislação específica sobre o tema, alguns dispositivos servem de norte para a proteção dos direitos dos idosos, como a própria Constituição Federal, o Estatuto do Idoso e o Código Civil.

É evidente que a falta de afeto nunca será suprida e a indenização não diminuirá a dor sofrida pelo idoso, em razão da indiferença de seu filho. Entretanto, a reparação civil em razão do abandono afetivo servirá como forma de responsabilizar os filhos e conscientizar os mesmos da importância de se fazerem mais presentes na vida dos seus pais idosos.

Conclui-se que os pais idosos estão amplamente amparados no ordenamento jurídico brasileiro e deverão procurar o poder judiciário seja no caso de abandono material, seja no caso

de abandono moral por seus filhos, buscando reparação como forma de amenizar a dor sofrida pelo desamparo de seus descendentes.

Não há dúvidas de que ninguém é obrigado a amar ou sentir carinho por outra pessoa, mas deve o direito ao menos sancionar aqueles que não cumprem o dever de amparo mínimo necessário à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp775565SP 2005/0138767 9. Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <[http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41882/recurso especial resp 775565sp200501387679](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41882/recurso_especial_resp_775565sp200501387679)>. Acesso em 3 de out. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 4.294-A/2008. Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=Avulso+PL+4294/2008>. Acesso em 30 de set. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L10741.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21.ed.V7. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 42.ed.V.2. São Paulo: Saraiva. 2012.

SOARES Dimitre. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-01/lei-chinesa-permite-pais-idosos-processarem-filhos-abandono-emocional>>. Acesso em 1 out. 2016.



DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DO CPC/15 EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

André Luiz Evangelista Pena

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando no Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O novo Código de Processo Civil inovou no tratamento de diversas matérias. Um dos pontos que sofreu alteração foi a forma de contagem de prazos processuais que passou a computar apenas dias úteis, abandonando a regra dos dias corridos. Tal alteração gerou um entendimento de parcela de juristas no sentido de que, por violar a celeridade processual, tal mudança não se aplicaria no sistema dos juizados especiais. Dessa forma, o presente artigo busca analisar os dois entendimentos sobre o tema, apontado, ao final, o mais apurado tecnicamente e, portanto, que deve prevalecer para fins de interpretação legal.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Artigo 219 CPC/15. Controvérsia. Aplicabilidade nos Juizados Especiais.

Sumário – Introdução. 1. Prazos. Porque existem e um breve histórico das formas de contagem de prazo no processo civil pátrio 2. Razões para a não aplicação do artigo 219 do CPC nos juizados especiais 3. Razões para a aplicação do artigo 219 do CPC nos juizados especiais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende discutir as duas correntes interpretativas atualmente existentes em relação à correta forma de contagem de prazos processuais no sistema dos juizados especiais.

O novo Código de Processo Civil teve por objetivo modernizar a legislação processual brasileira, adaptando-a a uma nova realidade, eis que a legislação anterior foi concebida a mais de quarenta anos.

Essa nova legislação adjetiva buscou privilegiar soluções extrajudiciais dos conflitos de interesses, tendo por norte o princípio da duração razoável do processo, insculpido em nossa Carta Magna.

Dentre as mudanças operadas, houve a alteração do modo de contagem dos prazos processuais que, desde 1973, era contado em dias corridos, ou seja, computava-se dias não

úteis, como sábados, domingos e feriados. Agora, a contagem é feita de forma que leva-se em conta apenas os dias úteis para aferição do prazo.

Tal alteração, inicialmente livre de suspeitas, foi colocada em xeque quando os Juizados Especiais consolidaram, no ano de 2016, o entendimento de que tal forma de contagem de prazo não seria a eles aplicável, pois, se assim fosse, estar-se-ia violando um dos princípios norteadores do próprio sistema de juizados, qual seja, a celeridade processual, disposta no artigo 2º da Lei n. 9.099/95.

O presente artigo busca precisamente analisar tal controvérsia, a fim de promover a análise dos dois pontos de vista sobre a matéria, com o intuito de que, ao final, seja possível indicar aquela com maior apuro técnico, ou seja, aquela que deve ser adotada.

O primeiro capítulo promove um breve resumo de como era feita a contagem de prazos no país durante as sucessivas alterações legislativas, a fim de situar o leitor na controvérsia.

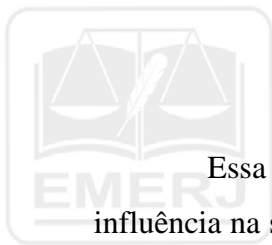
O segundo capítulo busca analisar a corrente que defende a inaplicabilidade da disposição do CPC/15 no sistema do juizados especiais, enfrentando as razões adotadas por seus adeptos.

O terceiro capítulo promove a análise da corrente que defende a aplicabilidade da disposição do atual CPC no sistema dos juizados especiais, enfrentando as razões adotadas por seus adeptos e possibilitando que, na conclusão, sejam cotejados os dois capítulos, indicando-se qual das orientações deve prevalecer.

A pesquisa que se realiza é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina - livros e artigos científicos, sendo certo que o tema é novo e conta com poucas fontes para pesquisa.

1 – PRAZOS. PORQUE EXISTEM E UM BREVE HISTÓRICO DAS FORMAS DE CONTAGEM DE PRAZO NO PROCESSO CIVIL PÁTRIO

A vida em sociedade impõe ao ser humano uma série de tarefas a cumprir. Como não se pode aguardar indefinidamente uma parte cumprir determinado ato ou, de forma geral, fazer algo que lhe compete realizar, esse convívio social exige o cumprimento de vários prazos, como forma de conferir segurança nas relações cotidianas.



Essa função de segurança que os prazos conferem não poderia deixar de exercer influência na seara no direito que, como ciência social, é intrinsecamente ligado à sociedade e suas evoluções e também afeta ao valor universal da segurança.

Com base nesses aspectos, nota-se que já o direito romano, base remota das codificações modernas, possuía a ideia de prazos, sendo um exemplo emblemático disso a previsão do instituto da usucapião que exigia, já aquela época os requisitos de “*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*”¹.

No Brasil, a origem do tema se opera por conta de nossa colonização portuguesa, a partir de 1500. Durante o período de Brasil Colônia adotava-se a legislação portuguesa como fonte de aplicação do direito. Como bem sintetiza Gregório Assagra de Almeida

Na época do Brasil-Colônia, vigia no País as grandes ordenações portuguesas, que foram inspiradas no Direito Romano, no Direito Canônico e em leis gerais criadas no reinado de Afonso II. As Ordenações Afonsinas são de 1456 e vigeram por curto período no Brasil. As Ordenações Manuelinas são de 1521 e também tiveram incidência no País por período relativamente pequeno. Por fim, as Ordenações Filipinas, de 1603, que por muitos e muitos anos comporam o sistema jurídico brasileiro²

Nesse ponto, as Ordenações Filipinas foram a base normativa adotada por maior tempo em nossa história, sendo que ali já havia a previsão de uma série de prazos processuais no livro III, que tratava de regras sobre o trâmite de processos judiciais.

Com o advento do império e a conseqüente elaboração da Constituição de 1824, iniciou-se o processo de elaboração normativa pátria. Sob esse aspecto, a primeira legislação de relevo no processo civil surgiu “em 1850 (...): o Regulamento 737, de 25/11/1850 (Decreto imperial nº 737/1850), cujo objetivo era determinar a ordem do juízo e regular matérias no processo comercial”³. Embora não imune a críticas, o tal Regulamento foi elogiado “em razão da sua boa técnica processual no plano da economia e simplicidade do procedimento”⁴.

Ao perceber as dificuldades na sistematização da matéria que a fragmentação do tema em diversas leis esparsas trazia o Governo Imperial encomendou ao Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, a tarefa de reunir as legislações sobre processo civil que existiam a época, que eram muitas e estavam dispostas em inúmeros diplomas normativos. Assim, formou-se aquilo que se denominou de

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 30. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151.

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 45.

³ SENADO FEDERAL. O código de processo civil de 1973 e suas alterações. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERA%C7%D5ES.pdf> Acesso em: 09 ago. 2016.

⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 46.



Consolidação das Leis do Processo Civil, a qual passou a ter força de lei em virtude da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876.⁵

Em evidente contrariedade a essa tendência unificatória que ora se formava, a Constituição de 1891⁶ “instituiu a dualidade da justiça (a da União e a dos Estados, art. 34, n. 26) e a dualidade de processos (art. 34, n. 23), de forma a autorizar os Estados a organizarem suas justiças e a legislarem sobre processo”⁷. Essa postura, na prática, fez com que cada Estado-membro possuísse um código de processo civil próprio. Novamente, havia dificuldade no trato da disciplina ante a multiplicidade normativa, fato que dificultava tanto a exercício da advocacia quanto um estudo sistematizado acerca da ciência processual.

Com o intuito de harmonizar o tratamento da matéria, no período da Nova República, a Constituição de 1934⁸ previu a unicidade legislativa, ao dispor, em seu artigo 4º, inciso XIX, alínea “a” a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

A fim de dar concretude a disposição constitucional, uma comissão de juristas capitaneada pelos Desembargadores Álvaro Berford, Goulart de Oliveira e Edgard Costa, e pelos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins foi formada, mas, por conta de divergências entre os membros o Decreto nº 1.608 de 18 de Setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939)⁹ foi originado basicamente a partir de um projeto de autoria exclusiva de Pedro Batista Martins¹⁰.

O artigo 26 desse diploma estabelecia a contagem de prazos em dias corridos, adotando uma sistemática que foi seguida posteriormente, pelo artigo 178 da Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973)¹¹, elaborado por Alfredo Buzaid e com forte inspiração na doutrina do professor italiano Enrico Tullio Liebman.

Tal regra nunca foi contestada, mas, a partir dos anos 90, com o crescente aumento de demandas submetidas ao Poder Judiciário, os advogados começaram a intensificar críticas contra esta forma de contagem de prazos, pois ela acabava, na prática, obrigando-os a

⁵ SENADO FEDERAL. Vide nota 3.

⁶ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 24 set. 2016

⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 46.

⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 24 set. 2016

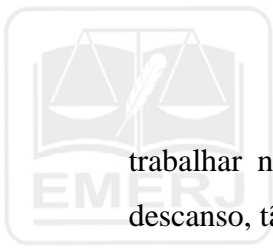
⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de Setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 15 set. 2016

¹⁰ ALMEIDA, Matheus Guarino Santos de. *Francisco Campos e o CPC de 1939*. Uma perspectiva histórica do Direito Processual. Disponível em:

http://www.encontro2016.rj.anpuh.org/resources/anais/42/1471214865_ARQUIVO_MatheusGuarino.pdf

¹¹ BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 09 ago. 2016



trabalhar nos fins de semana e feriados existentes, privando-os de momentos de lazer e descanso, tão importantes ao ser humano.

Com esse argumento, quando da elaboração da Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015¹², houveram intensos debates acerca de como equacionar essa discussão sobre a possibilidade de adotar uma nova forma de contagem de prazos no ordenamento. Disso resultou a proposta que resultou na introdução de um artigo, atualmente, o 219, que alterou essa tradição de contagem de prazo, estabelecendo que a mesma levaria em conta apenas dias úteis.

Essa modificação, aparentemente singela, acabou gerando uma controvérsia: será que tal modificação é passível de ser aplicada nos Juizados Especiais? Tal indagação se baseia, de maneira central na suposta mácula, por parte dessa nova previsão, ao princípio constitucional e infralegal da celeridade processual. Sobre o tema em comento, duas correntes se formaram, uma a favor e outra contrária a aplicação do artigo 219 em sede de juizados especiais, e passa-se a análise das mesmas.

2- RAZÕES PARA A NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DO CPC/15 NOS JUIZADOS ESPECIAIS

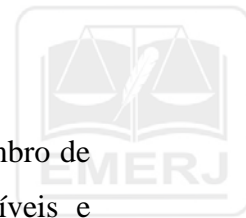
Com o recrudescimento da ditadura militar nos anos 80, houve avanços legislativos no sentido de acompanhar tendências mundiais relativas a promoção e efetivação de direitos que transcendem a esfera individual.

Tal fato foi reconhecido através dos estudos do autor italiano Mauro Cappelletti que, em co-autoria com Bryant Garth, identificou três “ondas” surgidas em momentos distintos, quais sejam, a assistência judiciária aos menos favorecidos, a devida representação dos interesses difusos e, por fim, a busca por uma adequada tutela dessa nova categoria de direito, inclusive com mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos¹³.

¹² BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 ago. 2016

¹³ Para maiores informações sobre o estudo das “ondas” de acesso à justiça ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.



É nesse contexto, de efetivação de direitos que a Lei n° 9.099 de 26 de Setembro de 1995¹⁴ foi criada, instituindo no ordenamento o sistema de juizados especiais cíveis e criminais. O objetivo era criar um procedimento mais célere, ante a crescente quantidade de demandas propostas no país, onde essa iniciada, como exposto, na década de 80 e incrementada com a Constituição de 1988, que textualmente previu inúmeros direitos e garantias. Nos 97 artigos da referida lei, não há previsão atinente à forma de contagem dos prazos processuais. Tal fato não gera surpresa pois, onde a lei especial não prevê, aplica-se a regra geral prevista, à época de sua elaboração, disposta no artigo 178 do CPC de 1973¹⁵.

Tal lacuna normativa passou a ter maior relevância prática com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, visto que alguns tribunais do país vêm manifestando entendimento no sentido de que o artigo 219 do atual CPC¹⁶ não teria aplicação nos juizados especiais.

Tal posicionamento originou-se a partir do momento em que foi adotado pelo Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), primeiramente através da Nota Técnica n° 01/16¹⁷ e, mais recentemente, pelos enunciados n° 13 e 165 aplicáveis, respectivamente, aos juizados cíveis e fazendários. Após tal pronunciamento, alguns Tribunais de Justiça, tais como o do Rio de Janeiro (Enunciado n° 12.2016) e Mato Grosso do Sul encamparam tal entendimento.

O primeiro argumento exposto para se defender tal orientação é que tal norma contrariaria o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna e no artigo 2º da Lei n° 9.099 de 1995.

O arcabouço do processo civil concebido em 1973 era voltado basicamente para o processo individual, em uma época onde a litigiosidade era baixa e, assim, não se vislumbrava buscar métodos alternativos para resolução de conflitos, como a mediação, conciliação, arbitragem, entre outros.

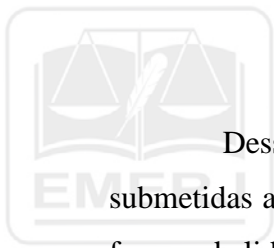
Com a redemocratização e o advento da Constituição de 1988, uma série de direitos e garantias foram previstas e com isso, vários diplomas normativos surgiram para garanti-los, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei da Ação Civil Pública.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

¹⁵ BRASIL. Vide nota 10

¹⁶ BRASIL. Vide nota 11

¹⁷ FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Nota Técnica n° 01/16. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2014/11/notafonaje13032016.pdf>> . Acesso em: 10/08/2016



Dessa maneira, a partir dos anos 90 viu-se um aumento na quantidade de demandas submetidas ao Poder Judiciário, o que obrigou doutrinadores e legisladores a buscarem novas formas de lidar com esse fenômeno irrevogável.

É nesse contexto que a discussão sobre o princípio da celeridade processual toma maior relevo, ainda mais quando se leva em conta que o mesmo pode ser encarado como um “desdobramento do princípio do direito de ação, (...) garantidor do direito de obter-se a tutela jurisdicional adequada”¹⁸.

No plano normativo pátrio, a primeira legislação que menciona expressa o dispositivo foi a Lei nº 9.099 de 1995, muito por conta de que o Pacto de São José da Costa Rica já previa a garantia de um processo que transcorresse em prazo razoável (embora se tratasse apenas em relação a matéria penal, tal garantia também se aplica ao processo civil) e o Brasil é um de seus signatários, tendo este tratado sido promulgado, no plano nacional, em 1992. Já em sede constitucional o princípio da duração razoável do processo, também conhecido por princípio da celeridade processual, foi acrescentado à Constituição da República com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que acrescentou o inciso LXVIII ao art. 5º. Tal inciso não significou uma previsão constitucional inédita, apenas explicitando um princípio que encontrava guarida anteriormente no ordenamento, só que de maneira implícita.

Assim, a criação do sistema de juizados especiais, que possui como princípios norteadores a simplicidade e a oralidade, buscou dar amparo a essa necessidade de um processo civil mais célere e efetivo.

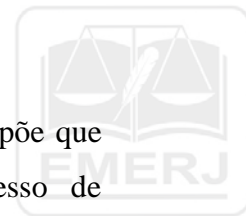
Ante o exposto, a alteração na forma da contagem dos prazos iria de encontro a toda essa construção histórica citada sendo, portanto, inaplicável, sob pena de ser retroceder nas garantias conquistadas.

O segundo argumento invocado para defender a inaplicabilidade do artigo 219 seria o de que o legislador teria indicado expressamente ao longo do Código quais disposições seriam aplicáveis aos juizados. Nesse ponto, pela relevância, cabe transcrever o exposto na nota técnica do FONAJE¹⁹:

[...] o legislador de 2015, em alguns poucos artigos, fez remissão expressa aos Juizados Especiais, disciplinando, modo cogente, a aplicação desses dispositivos da lei processual comum ao procedimento regulado pela Lei 9.099. A melhor técnica de hermenêutica jurídica leva, necessariamente, à conclusão de que, assim agindo, o legislador quis limitar, *numerus clausus*, àquelas hipóteses, as influências do CPC sobre o sistema dos juizados, ciente das implicações prejudiciais decorrentes de uma maior ingerência legal que porventura houvesse, claramente contra os interesses do jurisdicionado que ocorre aos juizados. *Inclusio unius est exclusio alterius*.

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 316.

¹⁹ FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Vide nota 1.



O artigo 1062 do CPC/15 é um bom exemplo desse argumento, quando dispõe que “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais”²⁰ Isso demonstra que o legislador buscou respeitar o microsistema dos juizados especiais, formado pelas leis nº 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09 estabelecendo poucas alterações nesse procedimento sumaríssimo.

3- RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DO CPC/15 NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Após a divulgação da posição do FONAJE sobre o tema, muitos doutrinadores²¹ teceram severas críticas a orientação exposta no capítulo anterior. O primeiro ponto que abordam ao rechaçar a tese supramencionada é o aspecto da hermenêutica, pois, no ordenamento pátrio, não é admissível que a mera invocação genérica do princípio da celeridade seja capaz de subverter dispositivo legal expresso que, frise-se, possui idêntica hierarquia normativa em relação a Lei nº 9.099.

O positivismo jurídico, marcante na comunidade jurídica do século XIX e meados do XX, promovia uma separação entre direito e moral, estabelecendo que a análise jurídica deveria ser dissociada de valores morais. Assim, se a lei fosse elaborada pelo método normativo adequado, não haveria como se questioná-la através de princípios morais.

Tal orientação foi propícia para todos os horrores que a humanidade testemunhou em duas grandes guerras e, justamente por perceber esse equivoco, o pós guerra foi marcado pelo chamado movimento pós-positivista, que buscava reaproximar direito e moral. Com base nesse novo modelo de análise da ciência do direito, houve, ao longo da segunda metade do século passado, diversas tentativas de criar um critério seguro para a distinção entre princípios e regras. O autor Robert Alexy, ao analisar o tema, ensina que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes²². Assim, entende que princípios seriam mandados de otimização, ou seja, possuiriam diversos graus de

²⁰ BRASIL. Vide nota 11

²¹ Por todos: MELLO, Rogério Licastro Torres de. Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>>. Acesso em: 31 jul. 2016

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.



satisfatividade, levando-se em conta nessa análise não só possibilidade fáticas, como também jurídicas²³.

No presente caso, nota-se o relevo e a precisão do método de distinção da tese criada pelo autor alemão. A Lei nº 9.099/95, mesmo trazendo em seu artigo 2º princípios, também entendidos como vetores de sua aplicação, como a celeridade processual não apresentou dispositivo explícito sobre a forma de contagem de prazos processuais. Por isso, Sérgio Niermeyer explica que. “ [...] o CPC/1973 sempre se aplicou supletivamente aos processos perante o Juizado Especial Cível desde o advento da Lei nº 9.099/1995”²⁴.

Prosegue o autor afirmando que “Sustentar a incompatibilidade de diálogo entre essas fontes de direito implica fazer submergir o jurisdicionado nas trevas da ausência de norma sobre diversas questões, sujeitando-o às subjetividades solipsistas e discricionárias do juiz, eliminando toda certeza e segurança jurídica [...]”²⁵

Veja-se a redação do artigo 1.046 §2º do CPC/15²⁶: permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código. Assim, como é possível sustentar que não se pode aplicar a disposição expressa em detrimento de um princípio, espécie normativa que visa servir de baliza ideológica quando da elaboração da lei por parte do legislador.

O sistema legal brasileiro adota o modelo kelseniano, ou seja, estruturado em uma pirâmide, a qual representa a hierarquia normativa existente. Nesse modelo, adota-se a Constituição da República como vértice ou topo do sistema, de onde suas diretrizes se espalham e sua eficácia se irradia ao longo das normas supralegais, legais e infralegais existentes, espécies normativas que formam a base dessa pirâmide.

Embora haja diversos princípios explícitos e implícitos em Carta Magna e, mesmo que se reconheça a fundamental importância do papel dos princípios na modernidade, não se pode permitir que a sua mera invocação seja apta a subverter regra prevista em uma norma que, frise-se, também tem como postulada a duração razoável do processo, vide artigo 4º do CPC/15, que assim dispõe: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Além disso, há uma total ausência de substrato legal para que se entenda possível a contagem de prazo de dias corridos. Isso se justifica pelo fato de que o artigo 1.046 *caput* do

²³ Ibid

²⁴ NIEMEYER, Sérgio. O novo CPC aplica-se supletivamente à Lei dos Juizados Especiais. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/sergio-niemeyer-cpc-aplica-supletivamente-lei-90991995>>. Acesso em: 09/08/2016

²⁵ Ibid

²⁶ BRASIL. Vide nota 11.



CPC/15 afirma que as disposições da Lei nº 5.869 de 1973, ou seja, do Código de Processo Civil anterior, serão revogadas com a entrada em vigor da nova codificação²⁷. Assim, com base em que artigo estar-se-ia afirmando tal forma de contagem de prazos? O artigo 776 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) estipula que seus prazos são em dias corridos²⁸. Contudo, não se afigura razoável o socorro no processo do trabalho para resolver lacunas nos juizados especiais cíveis.

Outro ponto a se analisar na discussão sobre se a forma de contagem afeta a celeridade seria o próprio tempo do processo. Será que a forma como se conta os prazos causará tanto efeito assim na duração de uma demanda? Para responder adequadamente a indagação, é necessário investigar o processo de elaboração do atual Código de Processo Civil.

A proposta de alteração dessa regra de contagem surgiu nas audiências públicas antes da criação da primeira versão da atual Lei n. 13.105/15. O fundamento para tal alteração, segundo Rogério Licastro Torres de Mello

foi a ideia de que é por vezes absurdamente desumana, para o jurisdicionado e para seu advogado, a prática de se considerar dias não úteis no cômputo de prazos processuais, pois tal conduta, por não relevar que em dias não úteis não há expediente em repartições públicas ou em muitas particulares (para fins de obtenção de cópias e de elementos de prova, por exemplo), pode representar nefasto cerceamento de acesso à justiça. Ou alguém duvida do que ora se afirma quando se está diante do temível — e absurdo — início do prazo de cinco dias às quartas-feiras para a prática de determinado ato processual, caso em que, a rigor, de cinco dias totais temos, quando muito, dois ou três úteis integrais, excluindo-se o dia da publicação, o dia da prática do ato e o final de semana?²⁹

A alteração parecia ter sido bem recebida, até que a Nota Técnica n. 01/16 expôs novamente a discordância de parte dos estudiosos. Mas o cerne da questão é se o acréscimo de alguns dias no prazo é, de fato, tão gravoso quando da análise da demora na entrega da prestação jurisdicional.

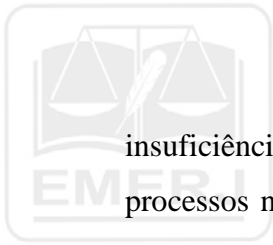
O Ministério da Justiça publicou um estudo que demonstra que é grande o tempo do processo nas varas, chamado “tempo morto”. Isso significa que os processos judiciais ficam sem a devida movimentação por grandes lapsos temporais, sendo certo que isso tem influencia decisiva na morosidade do processo³⁰. Some-se a isso a própria quantidade de demandas que são submetidas ao crivo do Poder Judiciário anualmente, combinada com a

²⁷ BRASIL. Vide nota 11

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 01 de Maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 09 ago. 2016

²⁹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>>. Acesso em: 31 jul. 2016

³⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20071227.pdf>. Acesso em: 07 Set. 2016



insuficiência crônica de servidores e temos um quadro que contribui muito mais para que os processos não cumpram o mandamento constitucional de duração razoável do que um mero acréscimo de dias oriundos da alteração na forma de contagem.

Tais argumentos apenas comprovam a falta de apuro técnico da primeira corrente. Sustenta-se que está foi oriunda de um decisionismo jurídico, a busca por uma decisão em determinado sentido, sem qualquer fundamentação ou base idônea a justificar tal entendimento.

Após a análise das duas correntes sobre a problemática tratada no presente artigo, passa-se a análise conjunta das teses, como forma de se posicionar criticamente sobre as mesmas, indicando qual delas merece prevalecer.

CONCLUSÃO

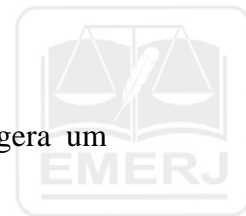
A Lei nº 13.105/15 promoveu grandes alterações no sistema processual civil brasileiro. Nesse contexto, uma alteração de relevo foi a modificação na forma de contagem dos prazos processuais, que deixou de ser através de dias corridos e passou ao cômputo exclusivo dos dias úteis.

Em um primeiro momento, imaginou-se que tal alteração não seria alvo de grandes controvérsias, eis que durante o trâmite do projeto de lei do Código, e mesmo durante sua *vacatio* não houve repercussão negativa.

Supreendentemente, já em 2016 houve críticas a tal alteração. Uma dessas críticas, alvo de análise do presente artigo, baseia-se sobre a possibilidade ou não de aplicação no sistema de juizados especiais dessa nova forma de contagem de prazos processuais, insculpida no artigo 219.

Por conta disso, buscou-se enfrentar ao longo do presente artigo os motivos invocados tanto por aqueles que defendem que o artigo 219 do CPC/15 não seria aplicável em sede de juizados especiais quanto por aqueles que aceitam que essa novidade seja adotada.

Pôde-se perceber a fragilidade argumentativa do primeiro entendimento, que baseou-se, majoritariamente, em uma manifestação do FONAJE. A mera argumentação de que a alteração legislativa contraria o princípio constitucional da duração razoável do processo não merece acolhida eis que, como a segunda corrente devidamente explica, existem motivos



diversos, sendo o tempo do processo nas serventias judiciais um exemplo, que gera um impacto maior, do ponto de vista temporal do que a mera mudança na contagem.

Além disso, vislumbrou-se o fato de que não há substrato legal para sustentar eventual manutenção da forma de contagem prevista no antigo Código de Processo, pois a nova codificação revogou expressamente a lei anterior, o que impede que o antigo artigo 178 possua vigência atualmente. Portanto, se considerarmos inaplicável o artigo 219 do CPC/15 haverá uma lacuna normativo no tocante a qual prazo seria então aplicável, o que atentaria contra a segurança jurídica.

Todas essas críticas demonstram que esse dissídio interpretativo que ocorre no presente momento tende a desaparecer, com a adoção da segunda corrente, pois é mais técnica e expõe de maneira mais contundente sua argumentação.

Reputa-se insustentável a defesa da inaplicabilidade do artigo 219 do CPC/15 nos juizados especiais, sendo tal visão oriunda de um mero decisionismo jurídico. Isso quer dizer que tal entendimento é desprovido de suporte argumentativo mínimo para se consubstanciar, além do fato de que, como se percebe como tendência no Brasil, busca-se subverter a previsão legal com base em principiologia jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

ALMEIDA, Matheus Guarino Santos de. Francisco Campos e o CPC de 1939. Uma perspectiva histórica do Direito Processual. Disponível em: http://www.encontro2016.rj.anpuh.org/resources/anais/42/1471214865_ARQUIVO_Matheus_Guarino.pdf

ARRUDA, Thomas Ubirajara Caldas de. *Aplicabilidade do artigo 219 do CPC/2015 nos juizados especiais*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9719/Aplicabilidade-do-artigo-219-do-CPC-2015-nos-juizados-especiais>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.



_____. Lei n. 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 09 ago. 2016

_____. Decreto-Lei n. 5.452 de 01 de Maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 09 ago. 2016

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 24 set. 2016

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 24 set. 2016

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 30. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Alisson de Souza. *Os Juizados Especiais e o novo CPC: A questão da contagem dos prazos*. Disponível em: <http://portaljurisprudencia.com.br/2016/08/07/os-juizados-especiais-e-o-novo-cpc-questao-da-contagem-dos-prazos/>. Acesso em: 27 ago. 2016.

FORUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Nota Técnica n° 01/16*. Disponível em: < <http://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2014/11/notafonaje13032016.pdf> > . Acesso em: 10. Ago. 2016.

GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira. *Os prazos nos Juizados Especiais*. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=304. Acesso em: 09 ago. 2016.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva. *Aplicação do prazo em dias corridos nos Juizados Especiais, um exemplo de decisionismo!!* Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/prazo-em-dias-corridos-nos-juizados-especiais/>. Acesso em: 09 ago. 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Prazos nos juizados especiais em dias corridos: não esperávamos por esta do FONAJE*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje>. Acesso em: 31 jul.2016

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer regra do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>>. Acesso em: 31 jul. 2016



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20071227.pdf>. Acesso em: 07 Set. 2016

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

NIEMEYER, Sérgio. *O novo CPC aplica-se supletivamente à Lei dos Juizados Especiais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/sergio-niemeyer-cpc-aplica-supletivamente-lei-90991995>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

SENADO FEDERAL. *O código de processo civil de 1973 e suas alterações*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERA%C7%D5ES.pdf> Acesso em: 09 ago. 2016.



OS POSSÍVEIS IMPACTOS DO CPC/2015 NO INSTITUTO DA *EMENDATIO LIBELLI* NO PROCESSO PENAL

Andreia H. Robert de Oliveira

Graduada pelo IBMEC-RJ. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações importantes quanto ao princípio do contraditório, principalmente no que se refere à proibição das decisões-surpresa. Isso significa que o juiz deve ouvir as partes antes de decidir, mesmo quando a lei lhe permite decidir de ofício. O presente trabalho visa a analisar a possibilidade de aplicação dessa nova regra ao processo penal, mais especificamente ao instituto da *emendatio libelli*, com base na discussão se o acusado se defende apenas dos fatos contidos na denúncia ou também da tipificação legal e, ainda, tendo em vista a importância do contraditório para preservar os direitos fundamentais do acusado e respeitar o sistema acusatório.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Direito Processual Penal. Princípio do contraditório. Decisões-surpresa. *Emendatio Libelli*.

Sumário – Introdução. 1. O Contraditório no CPC/15. 2. Aplicação ao Processo Penal das Inovações Trazidas pelo CPC/15 acerca do Contraditório. 3. Contraditório e *Emendatio Libelli*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe novas diretrizes para a interpretação dos princípios constitucionais que atingem o processo, de forma a ampliar ao máximo seu âmbito de incidência e conferir a mais ampla garantia às partes.

O legislador tratou de forma expressa como devem ser aplicados esses princípios na prática processual civil e explicitou seu nível de importância ao chamá-los, em vez de princípios, de normas fundamentais.

O primeiro capítulo deste trabalho discorre sobre o princípio do contraditório com foco nas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e analisa sua possível

aplicação a todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que se trata de princípios previstos na Constituição Federal.

O segundo capítulo analisa a possibilidade de aplicação dessas inovações ao processo penal, principalmente no que se refere à proibição de decisões-surpresa. Caso possível essa aplicação, haverá grande impacto na atuação do juiz criminal. A principal função do processo penal, conforme a visão moderna, é garantir os direitos e garantias do acusado frente as possíveis arbitrariedades do Estado. Essa função se relaciona diretamente com a proibição de decidir com base em elemento surpresa.

Por fim, no terceiro capítulo, avalia o impacto do princípio do contraditório no instituto da *emendatio libelli* do processo penal. Segundo esse instituto, o juiz pode, no momento da sentença, modificar a capitulação legal indicada pela acusação, ainda que isso implique em pena mais grave, desde que não modifique os fatos narrados na denúncia ou na queixa. O que legitima o juiz a agir assim é a ideia de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal, de forma que a modificação da capitulação legal pelo juiz no momento da sentença, sem ouvir as partes, não prejudica a defesa.

No entanto, caso sejam aplicáveis as inovações do Código de Processo Civil de 2015 ao processo penal, será preciso repensar o emprego do instituto da *emendatio libelli*.

Para a realização deste trabalho, foi utilizada pesquisa metodológica do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.



1. O CONTRADITÓRIO NO CPC/2015

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CRFB¹, é corolário do princípio do devido processo legal e fundamental para o exercício do processo democrático. Democratizar o processo significa conferir poder de participação para ambas as partes.

Para efetivar esse poder de participação, o princípio do contraditório possui duas dimensões. A dimensão formal consiste no poder de ser ouvido, de falar no processo e apresentar seus argumentos de defesa. Já a dimensão substancial consiste no poder de influência, que determina que a parte não deve apenas ser ouvida no processo, mas sua fala deve ter o poder de influenciar a decisão do juiz.

Em razão da dimensão substancial, é vedado ao juiz prolatar decisão-surpresa. Toda decisão deve passar antes pelo contraditório, sob pena de nulidade, tendo em vista que, a depender do que as partes têm a dizer, o convencimento do juiz pode se formar em um sentido oposto.

A proibição de decisões-surpresa não está expressa na CRFB, mas pode ser aferida pela análise constitucional do princípio do contraditório e seu viés democratizador do processo, com ênfase na participação e influência da palavra das partes.

Entretanto, antes da entrada em vigor do CPC/2015, a proibição das decisões surpresa era negligenciada quando se tratava de questão para a qual a lei autoriza a decisão de ofício. Isso significava que, toda vez em que a lei autorizava o julgador a tomar uma determinada decisão de ofício, a oitiva das partes não era obrigatória.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 nov. 2016.

Insta dizer que essa prática era baseada em um equívoco referente ao conceito de decisão de ofício. Confundia-se decisão que pode ser dada de ofício com desnecessidade de manifestação das partes. Na realidade, são duas conceitos diferentes e que não se excluem, mas, pelo contrário, complementam-se.

O poder de prolatar decisões de ofício, conforme conferido ao juiz pela lei para algumas matérias específicas, é exceção ao princípio da inércia judicial. Segundo esse princípio, o juiz só pode se manifestar quando provocado pelas partes, caso contrário, deve se manter inerte, a fim de preservar sua imparcialidade. Quando a lei autoriza, porém, o juiz pode prolatar decisão de ofício, ou seja, sem que as partes tenham requerido.

Isso não tem a ver com o direito que as partes têm ao contraditório, isto é, o direito de se manifestar previamente à decisão do juiz. Ainda que o juiz seja autorizado a decidir sem requerimento das partes, nada impede que haja intimação das partes para se manifestarem antes de prolatada a decisão. Tal manifestação prévia é, na verdade, imprescindível para que as partes possam exercer seu poder de influência.

Com o CPC/2015, a proibição das decisões surpresa está expressamente prevista no art. 10², que diz que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

A partir da entrada em vigor desse Código, o juiz passou a ser obrigado a intimar as partes para se manifestarem sobre a matéria a ser decidida, mesmo que a lei o autorize a decidir de ofício.

² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.



Antes da entrada em vigor do CPC/15, várias interpretações podiam ser dadas ao princípio do contraditório. O que o CPC/15 fez foi escolher a melhor interpretação entre estas e positivá-la, a fim de que não houvesse mais dúvida sobre sua aplicação.

E por que essa é a melhor interpretação? Porque é a que mais amplia a oportunidade para que as partes se expressem e levem mais elementos para fortalecer o convencimento do juiz.

Para entender melhor, basta saber que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, na forma do art. 1º, da CRFB, que é garantido pelo Devido Processo Legal (art. 5º, LIV³), no qual o contraditório (art. 5º, LV⁴) exerce papel fundamental. Todos esses são dispositivos originários da CRFB e, por uma interpretação teleológica, impõem uma aplicação bem ampla ao contraditório.

Assim, tudo o que o CPC/15 fala sobre o contraditório nem precisaria ter sido dito, bastaria que interpretássemos corretamente os dispositivos constitucionais, não fosse a pouca maturidade democrática existente no Brasil em razão da recente redemocratização do país.

A importância do CPC/15 para o princípio do contraditório não foi qualquer novidade trazida - pois o que lá está dito já podia ser aferido pela interpretação do texto constitucional - e sim a explicitação de como deve ser aplicado este princípio, de forma que foram eliminadas quaisquer dúvidas ou divergências sobre o assunto.

Ao proibir as decisões-surpresa nas hipóteses de decisão de ofício, o CPC/15 garante um contraditório participativo, que não apenas dá às partes o direito de falar no processo, mas também de contribuir de maneira significativa para a construção da decisão judicial. Desse modo, todos os integrantes do processo trabalham juntos, embora com interesses di-

³ Ibid.

⁴ Ibid.

vergentes, para a obtenção de uma resposta judicial mais justa e compatível com a realidade do caso concreto.

Nesse sentido, leciona Fredie Didier Jr.⁵:

Como poderia o órgão jurisdicional punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrando que os fatos em que baseia a sua decisão ou não ocorreram ou ao menos não permitem a aplicação daquela sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual, sem que se de oportunidade de o “possível punido” manifestar-se previamente, de modo a que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Daí se extrai a relevância das disposições sobre o contraditório trazidas pelo CPC/15, que impõem maior zelo na aplicação prática desse princípio, de forma a garantir o processo democrático conforme instruem os dispositivos constitucionais que permeiam o assunto.

2. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CPC/2015 ACERCA DO CONTRADITÓRIO

Considerando que o contraditório é princípio constitucional, e tendo em vista que o art. 5º, LV⁶, determina que o contraditório se aplica aos processos judiciais em geral, é pertinente indagar se a inovação trazida pelo CPC/2015 se aplica também ao processo penal.

A resposta só pode ser afirmativa. Embora a inovação esteja prevista no CPC, ela deve ser estendida ao processo penal, pois se trata de um princípio constitucional aplicável a todo o ordenamento jurídico.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. V.3. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 79.

⁶ *Ibid.*

Nesse sentido, afirma Fredie Didier Jr.⁷ que “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”.

Vale também lembrar que o art. 3º, do Código de Processo Penal⁸, autoriza a aplicação analógica das normas presentes no CPC. Tendo em vista que o contraditório é um princípio também muito presente no processo penal, pode-se concluir que o disposto sobre esse tema no CPC/15 se aplica ao processo penal também, por força desse art. 3º.

É equivocada a ideia de que os processos civil e penal são completamente independentes, pois são parte de um mesmo ordenamento jurídico harmônico. Algumas vezes as normas do processo civil são chamadas para atuar no processo penal e vice-versa, seja por expressa previsão legal, seja em razão de lacuna.

O art. 362 do CPP⁹, por exemplo, determina que sejam aplicadas as regras do CPC no que se refere à citação por hora certa. Já no processo civil, há o entendimento pela aplicação do art. 28 do CPP¹⁰, que trata do arquivamento do inquérito policial. Caso o Ministério Público deixe de atuar na causa como fiscal da lei, o magistrado pode, aplicando o art. 28 do CPP por analogia, encaminhar o caso para análise do Procurador Geral, a quem será dada a palavra final sobre o cabimento ou não da intervenção do Ministério Público naquela causa.

Além disso, é importante considerar que o processo penal regula bens jurídicos muito mais caros aos indivíduos, sendo o maior deles o direito à liberdade. É por meio do processo penal que se torna possível a aplicação da pena privativa de liberdade. Portanto, com

⁷ Ibid, p. 78.

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em: 01 nov. 2016.

⁹ Vide nota 8.

¹⁰ Ibid.

ainda mais razão que no processo civil, no processo penal devem ser fielmente observadas as garantias fundamentais do acusado e os princípios constitucionais aplicáveis ao processo.

Se no processo civil o juiz não pode decidir de ofício sem ouvir as partes, é claro que no processo penal isso também não é possível. As partes não podem ser pegadas de surpresa com uma decisão sobre assunto sobre o qual elas não tiveram oportunidade de se manifestar, até porque o juiz pode estar ainda em dúvida ou, mesmo que não esteja em dúvida, pode ser que uma das partes traga algum elemento que o convença do contrário.

O ordenamento jurídico é uno. Se no processo civil o contraditório se tornou obrigatório antes das decisões de ofício, a mesma obrigatoriedade se estende ao processo penal, a fim de ampliar as possibilidades de defesa em um processo que pode ter consequências muito mais invasivas ao indivíduo, culminando numa pena privativa de liberdade.

Não é possível haver punição sem contraditório, em qualquer esfera judicial, pois é preciso dar ao réu a oportunidade de demonstrar que possui a razão, ou até mesmo levantar a dúvida em seu benefício.

É notável a contribuição que o CPC/15 trouxe para a garantia de um processo democrático no âmbito penal. O processo penal brasileiro segue o sistema acusatório, caracterizado pela atribuição das funções de juiz, acusador e defensor em pessoas distintas. Esse sistema se contrapõe ao sistema inquisitorial, já há muito tempo ultrapassado, em que essas três funções se concentravam em uma pessoa só.

No sistema acusatório, um dos pontos de sustentação desta tríade com funções bem definidas é o princípio do contraditório. Este sistema se baseia na igualdade entre as partes. O acusado deve ter as mesmas oportunidades de se manifestar no processo que o acusador. O

princípio do contraditório, então, garante que ambas as partes tenham a oportunidade de falar no processo e contribuir para a construção do resultado da tutela jurisdicional.

A igualdade processual se traduz pela paridade de armas e pelo equilíbrio processual, o que possibilita que as partes exerçam o contraditório em iguais condições.

Não restam dúvidas, portanto, sobre a aplicabilidade das inovações trazidas pelo CPC/2015 acerca do contraditório ao processo penal, uma vez que se trata de nova interpretação conferida ao princípio constitucional do contraditório, aplicável a todo o ordenamento jurídico.

O art. 7º, do CPC/15¹¹, assegura a “igualdade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais”. A aplicação desse dispositivo legal ao processo penal é clara, pois se adequa perfeitamente ao sistema acusatório, trazendo a igualdade para o plano processual.

Já o art. 9º¹² proíbe que o juiz profira decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Da mesma maneira, esse dispositivo legal se adequa ao sistema acusatório, no qual o juiz deve ouvir o acusado antes de decidir sobre sua condenação ou absolvição. Caso contrário, estaríamos ainda na vigência do sistema inquisitorial, no qual ao acusado não era dado o direito de se defender, uma vez que a função do defensor estava concentrada na figura do juiz, bem como a função do acusador.

Por fim, o art. 10, que trata da proibição das decisão-surpresa é o que traz a maior inovação para o processo penal. Isso porque no Código de Processo Penal há previsão de algumas decisões que o juiz pode tomar de ofício, porém não exige que haja contraditório nesses casos.

¹¹ Vide nota 2.

¹² *I*lid.

A partir da entrada em vigor do CPC/15¹³, toda decisão de ofício tomada no processo penal deve observar o contraditório. Essa regra veio para ampliar os direitos do acusado, portanto, não há óbice à essa aplicação analógica. Assim como no processo civil, a decisão-surpresa no processo penal é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório.

3. CONTRADITÓRIO E *EMENDATIO LIBELLI*

Constatada a aplicabilidade das inovações trazidas pelo CPC/15¹⁴ acerca do contraditório ao processo penal, passa-se à análise específica sobre quais são os impactos dessas inovações no instituto da *emendatio libelli*.

Conforme o art. 383, do CPP¹⁵, a *emendatio libelli* consiste na possibilidade de o juiz, de ofício, atribuir ao crime definição jurídica diversa da contida na denúncia ou queixa, desde que não modifique a descrição do fato. Essa modificação da definição jurídica é feita na sentença e a lei não exige que sejam previamente ouvidas as partes. Isso nada mais é, portanto, que uma decisão-surpresa, feita exatamente como proíbe o art. 10 do CPC/15¹⁶.

Assim como no processo civil, a proibição das decisões-surpresa no processo penal, embora não estivesse antes positivada, já era uma exigência advinda da interpretação constitucional do princípio do contraditório, conforme foi exposto no capítulo anterior.

No processo penal, soma-se a isso o princípio da correlação, que decorre do sistema acusatório e significa que o juiz, em sua decisão, deve estar adstrito ao que foi pedido na denúncia ou na queixa. Isso porque, caso o juiz condene o réu por um crime que não foi

¹³ Vide nota 2.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Vide nota 8.

¹⁶ Vide nota 2.



narrado na denúncia, ele está violando o contraditório, pois o réu não tem como se defender de um crime que não lhe foi imputado na denúncia.

No sistema acusatório, os papéis de juiz e da acusação não podem se confundir em nenhuma hipótese. Por isso, é muito importante que haja correlação entre o que foi pedido pela acusação e o que o juiz irá decidir na sentença. O juiz só pode julgar alguém pelo cometimento de um crime quando provocado – conforme o princípio da inércia da jurisdição – e deve se ater ao que foi pedido pela acusação, sob pena de assumir uma posição ativa no processo no sentido de buscar a condenação do acusado, o que revelaria sua parcialidade e interesse na condenação, por conseguinte, tornaria nula sua atuação naquele processo.

Seguindo essa linha de raciocínio, o art. 384 do CPP¹⁷, ao tratar da *mutatio libelli*, exige que a acusação adite a denúncia ou a queixa quando, com base nas provas produzidas nos autos, pretende a modificação dos fatos narrados na peça inicial. Nesse caso, o legislador foi cauteloso ao prevenir a violação ao princípio da correlação, tendo em vista que impediu o juiz a modificar os fatos de ofício. A acusação detém a titularidade da ação penal e só ela pode imputar determinado fato delituoso ao acusado. O juiz deve, simplesmente, decidir se julga procedente ou não o pedido, com base nas provas produzidas em juízo.

Isso está totalmente de acordo com o sistema penal que a Constituição Federal buscou moldar. Esse raciocínio, porém, foi desvirtuado quando o CPP tratou da *emendatio libelli*, no art. 383. Como a *emendatio libelli* implica apenas a modificação da capitulação legal e não dos fatos narrados, o legislador entendeu que não violaria o sistema acusatório ou os demais princípios constitucionais sobre o processo se o juiz o fizesse sem ouvir o acusado.

¹⁷ *Ibid.*

Esse entendimento se baseia na afirmação de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal, portanto, como os fatos não se alteram, não haveria violação ao contraditório.

Contudo, esse entendimento precisa ser revisto, não apenas em função do princípio do contraditório, mas também do que dispõe o art. 41, do CPP, que traz os elementos essenciais da denúncia ou da queixa.

Conforme ensina Aury Lopes Jr.¹⁸, o art. 41 descreve o que deve conter no fato processual, que é mais abrangente que o fato penal. O fato processual consiste na soma do fato natural, ou seja, a narração do que aconteceu, com o fato penal, que é a tipificação legal dos fatos.

Portanto, a alteração da tipificação legal dos fatos não é apenas um detalhe, pois modifica o fato penal e, conseqüentemente, o fato processual. Em verdade, o acusado não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação legal. Isso se deve ao fato de que a alteração do tipo pode ter influência nas provas a serem produzidas, o que pode mudar o rumo de uma condenação para uma absolvição, ou vice-versa.

Conforme explica Bararó¹⁹, “a alteração do fato que se mostre relevante penalmente sempre o será para o processo penal, visto não ser possível condenar alguém sem que o fato concreto imputado apresente todos os elementos que abstratamente integram o tipo penal”.

Um dos principais meios de defesa do acusado é demonstrar que sua conduta não se enquadra no tipo penal que lhe é imputado, o que caracteriza atipicidade e gera absolvição. É em razão disso que a tipificação legal é um requisito da peça acusatória e sua ausência gera nulidade por inépcia.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 723.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: RT, 2001, p. 130.

Se a ausência de tipificação legal gera nulidade, por prejudicar o contraditório, é lógico que a modificação dessa tipificação de ofício pelo juiz e sem ouvir a defesa causa o mesmo efeito. O acusado precisa saber qual é o tipo penal a que imputam sua conduta, pois ele pode conseguir demonstrar por meio de provas que está ausente algum dos elementos do tipo e, assim, obter a absolvição por atipicidade da conduta.

Além disso, deve-se atentar para a possibilidade de a *emendatio* culminar não só na modificação, mas na inclusão de tipificação na peça acusatória. Nesse caso, o juiz percebe, no momento da sentença, que há na denúncia ou na queixa a descrição de outro fato e decide condenar o acusado por este fato.

Como exemplo, pode-se citar um crime de roubo praticado em concurso com um agente menor de idade. Mesmo que na denúncia esteja descrito que o agente era menor, o acusado pode não se preocupar em se defender deste fato caso a acusação não tenha pedido a condenação pelo crime de corrupção de menores, na forma do art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰. Ele pode se focar apenas em se defender do crime de roubo. Ao final do processo, não seria justo que ele fosse surpreendido por uma condenação pelo crime de corrupção de menores sem que antes lhe fosse dada a oportunidade de se defender deste tipo penal específico. Ele poderia ter como provar, por exemplo, que não sabia que aquele indivíduo era menor de idade, incorrendo, assim, em erro de tipo.

Mas não só por esses motivos a tipificação da conduta é importante. Sua modificação pode gerar também a modificação da competência, da prescrição, da decadência ou fazer surgir o direito à transação penal ou suspensão condicional do processo, por exemplo.

²⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

Todas essas consequências são de extrema relevância para o destino do acusado e ele deve ter a oportunidade de se manifestar sobre elas antes que o juiz decida de ofício.

Desse modo, está demonstrada a importância da proibição das decisões-surpresa no processo penal, mesmo quando se trata “apenas” de modificação na tipificação legal apresentada na peça acusatória, como é o caso da *emendatio libelli*. Não se pode mais invocar que o acusado se defende dos fatos e não do direito, pois isso viola o contraditório, sob a ótica constitucional do processo. A fim de garantir o efetivo contraditório, é imprescindível que se dê a oportunidade para a defesa se manifestar no processo antes de qualquer decisão judicial, inclusive das que a lei permite que o juiz profira de ofício.

Esse é o entendimento que melhor se adequa ao padrão constitucional relacionado ao processo democrático, sobretudo quanto ao sistema acusatório e o princípio do contraditório. O art. 10, do CPC/15²¹, portanto, veio apenas positivizar esse entendimento, de forma que evidenciou a interpretação constitucional do princípio do contraditório e como deve ser sua aplicação, tanto no processo civil quanto no processo penal.

De acordo com essa inovação, a diferença básica entre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* passou a consistir na necessidade ou não do aditamento da peça acusatória. Enquanto a *mutatio* exige o aditamento, a *emendatio* continua podendo ser decretada de ofício, pois não implica na modificação dos fatos narrados. Porém, na *emendatio libelli* é imprescindível que o juiz determine a oitiva da defesa antes de incluir ou modificar a tipificação legal. Apenas desse modo pode-se evitar a prolação de decisões-surpresa, respeitando-se inteiramente o princípio do contraditório.

CONCLUSÃO

²¹ Vide nota 2.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidades muito importantes no que se refere aos princípios constitucionais aplicados ao processo.

Dentre essas novidades, destaca-se o novo tratamento conferido ao princípio do contraditório, que agora tem sua amplitude expressamente prevista na norma processual.

Embora o princípio do contraditório já fosse previsto na Constituição Federal, muitos dispositivos infraconstitucionais não vinham sendo interpretados em sua consonância.

Essas inovações vieram, portanto, para estancar qualquer ponto nebuloso que houvesse quanto à interpretação e aplicação deste princípio. Se antes ele não era interpretado corretamente à luz da Constituição Federal, agora não há mais como deixá-lo em toda a sua amplitude, pois está detalhadamente elucidado na própria lei processual.

O princípio do contraditório, a partir do CPC/15, proíbe as decisões-surpresa, que consistem nas decisões judiciais proferidas sem previamente ouvir as partes. Ainda que o juiz possa decidir de ofício, ou seja, sem que seja provocado, ele deve intimar as partes para se manifestarem antes de proferir sua decisão.

Tendo em vista que esse é um princípio constitucional e, por isso, se aplica a todo o ordenamento jurídico, não há dúvida quanto à possibilidade de aplicação dessa nova regra ao processo penal. Soma-se a isso o fato de o Código de Processo Penal prever a aplicação analógica do Código de Processo Civil, no que couber.

Imaginar o contrário causaria até uma desarmonia no ordenamento jurídico, pois se o direito civil que é muito menos gravoso para os direitos individuais que o direito penal, prevê a proibição das decisões-surpresa, essa proibição deve se estender ao processo penal.

Quando se fala em decisões-surpresa no processo penal, chama a atenção o instituto da *emendatio libelli*, previsto no art. 383, do CPP, que autoriza o juiz a decidir de ofício e sem ouvir as partes, sob o fundamento de que a mera alteração da tipificação legal não trará prejuízos para a denúncia.

Mesmo antes do CPC/15 este dispositivo legal já era questionável, pois indicar a tipificação legal faz parte dos elementos que a acusação deve inserir na denúncia ou na queixa, logo, é dela também que o acusado se defende. O acusado não se defende de meros fatos, mas de fatos que lhe foram imputados por constituírem elementos de um tipo penal incriminador específico. Então, é possível concluir que o réu se defende de duas imputações, quais sejam, os fatos e a tipificação legal.

É imprescindível, portanto, que o juiz ouça o acusado antes de promover a *emendatio libelli* de ofício, a fim de observar o contraditório e evitar proferir uma decisão-surpresa. Assim, a principal diferença existente entre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* passou a ser a necessidade de aditamento da denúncia, que é exigida apenas para a segunda.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.



_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 nov. 2016.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.
DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. V.3. Salvador: Jus Podium, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Augusto Miranda Reis

Graduado pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro – Méier. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O princípio da vedação ao retrocesso é princípio integrante histórico-evolutivo da sociedade moderna, que impede o retrocesso dos direitos e garantias fundamentais conquistados no meio social. A partir do julgamento do HC. 126.292/SP realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o colegiado entendeu, na seara penal, pela possibilidade de execução da pena a partir do julgamento de 2ª instância, dando nova interpretação ao princípio da presunção de inocência. A interpretação sugere um aspecto restritivo da presunção de inocência, o que cria um embate em relação ao princípio da vedação ao retrocesso. Esse é o cenário que embasa a elaboração deste artigo, haja vista a atualidade do tema e relevância social, além das conseqüências advindas da decisão proferida pelo colegiado atingir inúmeros processos em andamento no Poder Judiciário. O artigo tem por escopo abordar a origem histórica do princípio da vedação ao retrocesso e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, a amplitude da decisão proferida pelo Corte Constitucional, assim como os paradigmas estabelecidos pelo ordenamento em relação à decisão destacada.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Vedação ao Retrocesso. Garantias Constitucionais. Presunção de Inocência. HC nº 126.292/SP. Controle Difuso de Constitucionalidade. Pactos Internacionais. Cláusulas Pétreas.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio da Vedação ao Retrocesso e Sua Aplicabilidade. 2. A Decisão do STF no HC nº 126.292/SP - A Presunção de Inocência e Efeitos da Decisão em Controle Difuso de Constitucionalidade. 3. Implicações da Decisão: Pactos Internacionais e Cláusulas Pétreas Constitucionais. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.992/SP que possibilita a execução de pena após a decisão condenatória proferida por órgão julgador de 2ª instância e sua eventual incompatibilidade em relação ao texto constitucional e garantias firmadas em pactos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário. Procura-se demonstrar que a decisão colide com o



princípio da vedação ao retrocesso, contudo é imprescindível avaliar as conseqüências do posicionamento adotado pelo Corte Constitucional em controle difuso de constitucionalidade.

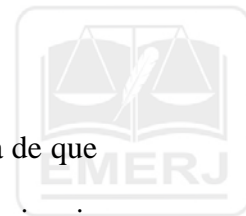
Para tanto, serão abordados os posicionamentos do relator do *habeas corpus* nº 126.292/SP, Min. Teori Zavascki, e do vogal, Min. Celso de Mello, além das posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a discutir os argumentos postos em pauta e se o princípio da vedação ao retrocesso é violado em sua essência, no que concerne às garantias constitucionais dispostas.

A doutrina constitucionalista brasileira é unânime no sentido de que a cláusula que faz proibição do retrocesso em âmbito social traduz, nos limites de sua concretização, absoluta dimensão negativa no que concerne aos direitos sociais assegurados, de modo que, quando atingidos, não podem ser suprimidos, tampouco reduzidos. Dessa forma, há contraponto em relação à decisão proferida pela Corte Suprema em que se questiona: a execução de sentença condenatória proferida em 2ª instância implica na supressão do princípio da presunção de inocência garantido pela Constituição?

Nesse diapasão, como esclarecimento, visa a apresentar os conceitos da presunção de inocência e da vedação ao retrocesso, assim como de controle difuso de constitucionalidade. Tem-se ainda o objetivo de confrontar as decisões distintas e apresentar uma conclusão acerca de possível alternativa que preserve a presunção de inocência em toda sua amplitude.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando-se o princípio da vedação ao retrocesso sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, em se tratando da toada evolutiva do Direito Constitucional.

O segundo capítulo aprofunda a temática, introduzindo a decisão no *habeas corpus* nº 126.292/SP à luz do princípio da presunção de inocência. Trata, ainda, do efeito da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, no que concerne à possível vinculação do Poder Judiciário como um todo aos termos decisórios.



O terceiro capítulo se presta a observar os pactos internacionais sobre o tema de que o Brasil é signatário e o efeito que as cláusulas pétreas denotam as garantias constitucionais nelas contidas, confrontando-os com a interpretação dada pelo Supremo na decisão e se concluindo a respeito de possível violação ao *efeito cliquet*.

A pesquisa que será realizada terá natureza qualitativa, em moldes de metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, aprofundando-se em jurisprudência, doutrina e artigos científicos, haja vista ser necessário que o conteúdo seja aprofundado de forma ampla, especialmente por se tratar de tema relevante socialmente, que acarreta em implicações sérias, dentre elas: impacto no sistema carcerário, novas perspectivas a serem adotadas pelo Poder Judiciário e ponderação principiológica da garantia constitucional insculpida.

1 – O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E SUA APLICABILIDADE

O princípio da vedação ao retrocesso possui sua origem ideológica na jurisprudência firmada pelos tribunais europeus, especialmente o alemão, o espanhol e o português. As decisões proferidas por esses tribunais se alinham no sentido de que as conquistas relativas a direitos fundamentais sociais adquiridos ao longo da evolução, não poderiam ser abolidas ou restringidas no futuro.

A evolução social em âmbito interno e externo, internacional, aprofunda a consolidação de determinadas garantias, não podendo elas ser sobrepujadas por quaisquer alterações que as minimizem ou mesmo retirem sua eficácia. É nessa linha de raciocínio que se posiciona José Roberto Machado:

As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não



há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos.¹

A vedação ao retrocesso, também conhecida por efeito cliquet ou proibição da evolução reacionária, segundo destaca Canotilho, significa dizer que os direitos não são suscetíveis de retroação, sendo possível somente o avanço em relação à proteção dos direitos individuais conquistados ao longo da história por um determinado povo. Pelo que destaca o autor, seria inconstitucional qualquer medida que se efetivasse no sentido de revogar direitos sociais regulamentados, sem que outros meios fossem criados de forma a compensar a revogação.²

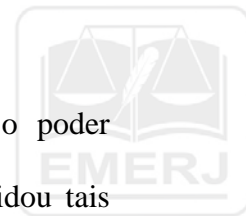
Nessa linha de raciocínio, vale tecer alguns comentários a respeito de poder constituinte, com o fito de esclarecer o quanto o princípio da vedação ao retrocesso tem impactos no ordenamento jurídico.

Como se sabe, o poder constituinte, de titularidade do povo, é o poder capaz de criar uma nova Constituição. Nesses termos, observa-se a classificação do poder constituinte em originário e derivado. O segundo é um poder derivado de uma Constituição já estabelecida, sendo, portanto, limitado, condicionado as regras constitucionais vigentes. Já o primeiro se trata de um poder inaugural, autônomo e incondicionado, haja vista que, em regra, não se submete a qualquer limitação.

Contudo, a exceção à incondicionalidade do poder constituinte originário é, justamente, o princípio da vedação ao retrocesso. Dessa forma, não poderia uma nova Constituição abolir, limitar, ou destituir as garantias estabelecidas socialmente. Ou seja, mesmo em se tratando de uma nova Constituição com toda sua essência autônoma e ilimitada,

¹MACHADO, José Roberto. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>. Acesso em: 12 abr 2016

²CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p 468



não se pode retroceder em matéria de direitos fundamentais, haja vista que o poder constituinte é de titularidade do povo, que no contexto histórico-evolutivo consolidou tais direitos.

Por essa concepção ideológica, se nem mesmo uma nova Constituição poderia retroceder socialmente, tampouco poderiam o poder constituinte derivado, a legislação infraconstitucional e a jurisprudência. Nesse sentido, por sinal, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em decisão de relatoria do Min. Celso de Mello:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v. G.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.³

Como guardião da Constituição, cabe ao Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário estabelecido pela Constituição Federal, a função de interpretar o ordenamento jurídico de forma a preservar as garantias constitucionais estabelecidas, assim como observar os limites impostos pelo texto constitucional e pela vedação ao retrocesso. Dessa forma, não poderia decidir de forma a limitar ou suprimir os direitos e garantias constitucionais.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é órgão criado pelo poder constituinte originário. Como já destacado, nem mesmo o próprio poder constituinte originário poderia suprimir ou limitar direitos fundamentais consolidados. Por tal entendimento, impossível se

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 639337-AgR/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 13 abr 2016.



visualizar que um órgão criado pelo poder constituinte originário poderia efetivar algo que esse próprio poder não poderia.

Nesse contexto conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não poderia tomar qualquer decisão que limitasse garantia constitucional consolidada e que se faz crítica à decisão proferida no *habeas corpus* nº 126.292/SP⁴, a qual, esta, será objeto de estudo no próximo capítulo.

2 – A DECISÃO DO STF NO HC Nº 126.292/SP: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EFEITOS DA DECISÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, proferiu decisão no *habeas corpus* nº 126.292/SP, que destacou a possibilidade de execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que esteja sujeito a recursos de qualidade extraordinária. Afirmou o colegiado que tal possibilidade não comprometeria o princípio da presunção de inocência.⁵

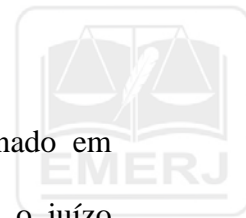
Em fundamentação, os ministros destacaram que deveria ser realizada uma verdadeira reflexão acerca do alcance da presunção de inocência, para que se buscasse a aplicação do princípio vinculada a efetividade da função jurisdicional.

Como é cediço, o princípio da presunção de inocência tem morada no art. 5º, LVII da Constituição. Pela leitura do princípio se estabelece que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.⁶

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relatora: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relatora: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016



Desse modo, para o Supremo Tribunal Federal, quando o réu é condenado em primeira instância estar-se-ia destacado o juízo de culpabilidade, sendo superado o juízo presuntivo de inocência previsto no texto constitucional e no Código de Processo Penal. Por conseguinte, em sede de apelação, com a confirmação da sentença condenatória de primeira instância, estaria terminado o exame do conteúdo probatório da condenação, o que ilidiria a presunção de inocência.

Ora, para aprofundar a análise do argumento usado pelo colegiado, é preciso avaliar a distinção entre os recursos ordinários e os recursos excepcionais. Os recursos de qualidade ordinária tem por finalidade imediata a tutela do direito subjetivo, como o direito subjetivo resulta de uma conjugação entre fato e direito. Nos recursos ordinários é possível se discutir tanto os fatos, como o direito. O recurso excepcional tem como objeto a tutela do direito objetivo. Esse recurso é voltado a tutela do ordenamento, a tutela do direito objetivo. A tutela do direito da parte é relevante, mas é objeto mediato e não objeto. Não se pode neste recurso discutir matéria apenas fática.⁷

Como pode ser visto, o Supremo Tribunal Federal justifica se afastar a presunção de inocência justamente por restar ao réu tão somente se utilizar de um recurso excepcional, que não possibilita o reexame fático e probatório. Tal entendimento é veiculado no verbete nº 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça⁸, ao destacar que em sede de recurso especial – que é recurso classificado como extraordinário – não cabe o reexame de prova.

Melhor fundamentando, o Supremo destaca em sua argumentação que o princípio da presunção de inocência já fora respeitado nas instâncias ordinárias e, dessa forma, ao possibilitar que o magistrado execute a pena a partir de então não acarreta qualquer prejuízo ao ordenamento jurídico brasileiro, consoante o princípio ter sua força normativa advinda da Constituição e restar respeitado.

⁷ NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, p 571-572

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.



Ainda, cumpre ressaltar que os Ministros destacaram que o princípio é aplicado no Brasil de forma mal intencionada pela defesa. Ou seja, como forma de buscar a prescrição da pretensão punitiva e/ou executória, os advogados de defesa interpõem diversos recursos de caráter protelatórios.

O entendimento do voto vencedor do Supremo Tribunal Federal não parece acertado pela interpretação da doutrina e das normas jurídicas brasileiras. O princípio da presunção da inocência, previsto na Constituição, não faz qualquer ressalva quanto a possibilidade ventilada na decisão. Não pode o intérprete do texto constitucional, realizar uma análise sem se valer da sua origem histórica da presunção de inocência – como conquista da sociedade na luta pelos direitos e garantias fundamentais – e do que o próprio texto constitucional se mostra em sua literalidade.

Em matéria de hermenêutica, deve ser posto em vista, a partir da teoria objetiva, a interpretação da vontade do legislador. A melhor doutrina bem destaca:

Gradativamente a doutrina foi sendo abandonada em favor da teoria objetiva, que leva o intérprete a pesquisar a vontade da lei. Foi a Escola Histórica, com a concepção evolutiva do Direito, quem mais concorreu, ao ver de Hermes Lima, para se construir a moderna teoria da interpretação. Savigny e outros adeptos dessa Escola chamavam a atenção para a importância do pensamento social na formação do Direito, bem como o caráter evolutivo desta. A lei não seria produto de uma só vontade, mas de um querer social.⁹

Conforme se verifica da simples leitura do Art. 5º, LVII da Constituição¹⁰, o texto é de clareza solar no que concerne o ponto em que o réu deixa de se presumir como inocente e passa a ser considerado culpado: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, a *mens legis* é o ponto de trânsito em julgado que, nada mais é, do que a decisão que não caiba mais recurso ou àquela em que o prazo do recurso tenha se esgotado sem que a parte interessada o interpusesse.

⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p 268-269

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016

Não cabe o Supremo Tribunal Federal fazer as vezes de legislador constitucional e restringir o sentido que o texto constitucional destaca de forma literal. Trata-se de garantia constitucional que não pode ser suprimida, somente aumentada.

Outrossim, não pode a Corte Constitucional, como modo de garantir efetividade da jurisdição, suprimir os direitos e garantias fundamentais estabelecidos historicamente, após rompimento de regimes totalitários.

Cabe ao Poder Judiciário dar efetividade aplicando critérios objetivos quanto a admissibilidade de recursos, condenando a litigância de má-fé – com atuação conjunta do legislativo quanto a previsão de punições mais severas –, dando celeridade na análise dos processos em que se tenha prazos mais justos de possível prescrição da pretensão punitiva/executória; o que não se pode aceitar como justo é suprimir as garantias do lado mais frágil da relação jurídica que se estabelece: o réu.

Por fim, cumpre salientar que a nossa Corte Constitucional tomou a decisão em controle difuso de constitucionalidade.

A boa doutrina destaca o conceito de controle difuso:

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.¹¹

Como pode ser visto, a decisão se deu em um caso concreto em que não se tem por objetivo principal atacar norma possivelmente inconstitucional. Como preleciona a doutrina, os efeitos oriundos de tal decisão são entre as partes do processo, não se irradiando para fora dele. Isso concluiria que, em tese, não seria possível tal decisão servir de parâmetro a ser seguido pelo Judiciário em outros processos.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 1108



Contudo, sabe-se que no Direito brasileiro as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade tem tomado caráter de precedentes e embasando as decisões futuras proferidas pelo Judiciário, embora ainda seja adotado no Brasil o *civil law*.

A aplicabilidade dos precedentes no Brasil ganhou força em virtude da sociedade demandar do Poder Judiciário maior coesão em suas decisões, de modo a reger as relações jurídicas estabelecidas no meio social. Dessa forma, não seria viável um Judiciário “promíscuo”, ou seja, em que as suas decisões não se mantivessem coerentes.

Desse modo, a decisão proferida pelo Supremo toma um caráter muito mais importante, haja vista que pode servir de paradigma para possibilitar a execução de pena a partir do esgotamento das vias ordinárias de defesa em outros processos. Ou seja, verifica-se um efeito irradiante dessa decisão para o Poder Judiciário.

Porém, vale notar que não se trata de obrigatoriedade de cumprimento por parte dos juízes, haja vista que, em razão de ser decisão em controle difuso de constitucionalidade, trata-se de orientação ao Judiciário, não de uma regra a ser seguida. Logo, pode o magistrado, verificando que haverá prejuízo irremediável ao réu, possibilitar que ele recorra em liberdade a partir de recursos de qualidade extraordinária.

No viés apresentado, a decisão proferida pelo colegiado tem consequências jurídicas sérias, quebrando paradigmas já estabelecidos e conquistas sociais que se restavam sólidas. Há de se fazer a análise do quanto impactante é tal decisão em relação ao comprometimento do Estado brasileiro no cenário internacional, em virtude dos tratados internacionais em que o país é signatário; assim como o fato de o art. 5º da Constituição¹², por inteiro para a unanimidade da doutrina e jurisprudência, ser cláusula pétrea, ou seja, imutável. Tais consequências serão aprofundadas no capítulo seguinte.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016

3 – IMPLICAÇÕES DA DECISÃO - PACTOS INTERNACIONAIS E CLÁUSULAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS

Conforme se verifica do que fora apresentado até o momento, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP¹³ trouxe uma verdadeira quebra de paradigma e impactou diretamente a interpretação do art. 5º, LVII da Constituição¹⁴, além de colidir com pacto internacional de que o Brasil é signatário, qual seja, o Pacto de San José da Costa Rica de 1969¹⁵.

Contudo, antes de tratar do pacto, é válido destacar que o Brasil discursou na Assembléia Geral da ONU de 1948, o que acentuou sua participação na elaboração da Declaração dos Direitos Humanos. Tal declaração, em seu corpo textual, destacou no art. 11 posição clara sobre a presunção de inocência, regendo que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”¹⁶. Tal declaração foi o primeiro passo para se estabelecer a presunção da inocência como direito aplicado internacionalmente.

Após, há de se fazer a análise do Pacto de San José da Costa Rica. Conforme se depreende da análise histórica, o pacto de San José da Costa Rica foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional nos moldes do que determina o art. 5º, §3º, da Constituição¹⁷, o art. 8º traz o rol de garantias judiciais que detém a pessoa. No artigo mencionado, o item 2 destaca que toda pessoa que está sendo acusada de um delito

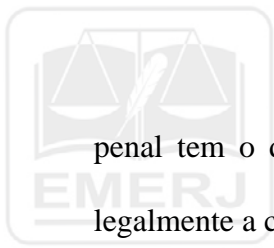
¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relatora: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>> Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁵ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.



penal tem o direito de que tenha sua inocência presumida, enquanto não for comprovada legalmente a culpa do acusado.¹⁸

Pelo que se verifica do texto é possível se observar que o Brasil se comprometeu no cenário internacional a aplicar o Princípio da não-culpabilidade nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário brasileiro.

O que deve ser discutida é a extensão da expressão “inocência presumida” no contexto firmado no tratado internacional e na própria Declaração dos Direitos Humanos.

A palavra “presunção” possui significado de um julgamento baseado em indícios. Já a palavra “inocência” nada mais é do que um estado de quem não é culpado de um crime determinado ou uma falta determinada. A conjugação das duas palavras leva o intérprete a entender que se deve prevalecer o estado de o sujeito não ser considerado culpado durante o julgamento que ainda se baseia em indícios e não em um juízo de certeza.

Pelo que se depreende dos textos destacados no Tratado e na Declaração, enaltecidos no cenário internacional, o alcance da presunção da inocência é maximizado. Ora, é uma conclusão lógica, haja vista que o Estado, no exercício de sua via persecutória penal, detém instrumentos contundentes na investigação dos fatos e na produção probatória. Diferentemente, o sujeito investigado, em tese, não possui a “máquina judiciária” à seu favor, ou seja, não detém dos mesmos meios da persecução de prova de inocência. Por essa diferença ser evidente, a comunidade internacional se posicionou no sentido de maximizar o alcance da presunção de inocência, haja vista a desigualdade ímpar e a necessidade de se equilibrar a balança.

Por tal razão, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal se mostra em total discrepância com o compromisso assumido pelo Estado brasileiro no cenário internacional, afetando a solidez da postura política adotada pelo país para com a comunidade internacional.

¹⁸ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

Ainda, há de se ressaltar que o princípio da presunção da inocência que, como já fora destacado, está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição¹⁹, é considerado como cláusula pétrea no contexto constitucional.

A norma possuir *status* de cláusula pétrea significa afirmar que não pode ser alterada por emenda constitucional. Como o princípio da presunção da inocência está elencado na Constituição no rol de direitos e garantias fundamentais, o estabelecimento do princípio como cláusula pétrea é evidente pela simples leitura do art. 60, §4º, IV, da Constituição²⁰.

Ora, se a norma não pode ter seu texto alterado por um processo legislativo rígido, complexo e de discussão aprofundada, que é o de elaboração de uma emenda constitucional, é inconcebível que o Poder Judiciário – que possui papel de intérprete, e não de legislador – adentre na seara de limitar o alcance da proteção dada ao réu pela Constituição.

Contudo, não se pode deixar de ressaltar importante posicionamento que a doutrina adota quanto a possibilidade de se suprimir alguma garantia veiculada em cláusula pétrea, desde que respeitado o seu núcleo essencial:

Há quem aceite que mesmo as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela alcançado. Diz-se que, conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionalmente protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos.²¹

Deve ser observado que a doutrina permite que se suprimam elementos circunstanciais ligados ao bem protegido, o que evidentemente fora extrapolado pela interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal. O núcleo essencial se mostrou diretamente atingido pela possibilidade de execução de pena a partir da decisão condenatória proferida em 2ª instância de julgamento.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 124.



Sobre esse tema, note que relevante doutrina afirma a importância de se adotar o princípio da máxima efetividade no que concerne à busca do sentido que o legislador constitucional resolvera dar as garantias previstas no texto da Carta:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia dos direitos fundamentais).²²

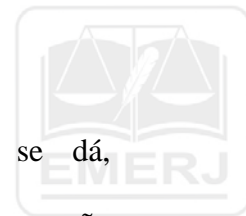
Pela leitura da importância da técnica interpretativa ilustrada por Canotilho é possível se verificar que a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal não se coaduna com a busca do intérprete de perquirir a máxima efetividade do direito veiculado na Carta, haja vista se impor verdadeira limitação do princípio da presunção de inocência. Presumir-se a culpa do réu após o julgamento em 2ª instância, ainda quando pendente recurso, por certo se mostra uma interpretação minimalista do direito trazido no texto constitucional pelo Poder Constituinte Originário.

CONCLUSÃO

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP que possibilita a execução de pena a partir da decisão condenatória de 2ª instância, por certo, é polêmica. O posicionamento adotado pela maioria dos ministros rompe com os paradigmas jurídicos aplicados no Brasil até então.

Como foi possível se observar, há uma série de óbices jurídicos para que se aplique o entendimento adotado pelo Supremo.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p 227.



O intuito da Corte Constitucional de adotar tal posicionamento se dá, primordialmente, para que o Judiciário busque maximizar a sua efetividade na persecução criminal, como resposta para sociedade do exercício do seu papel no cenário nacional. No caso, busca-se sobrelevar o Judiciário, em meio ao cenário de corrupção que assola os demais Poderes da República.

Contudo, não se mostra viável que o Judiciário exerça papel que lhe é estranho, qual seja, de interpretar o texto constitucional de maneira minimalista, em detrimento ao princípio da máxima efetividade, utilizado para o exercício interpretativo. Não se pode admitir que seja suprimido direito garantido ao cidadão em virtude da morosidade do Judiciário, haja vista que o Estado que deve se aparelhar de forma a garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

O princípio da vedação ao retrocesso impede que mudanças textuais e interpretações que diminuam ou restrinjam direitos e garantias conquistadas pela sociedade sejam adotadas pelos Poderes. Foi justamente o que o Supremo fez na decisão em comento. Dessa forma, tal entendimento adotado pela Corte somente fragiliza direitos, consubstanciando-se em verdadeiro retrocesso infundado sem base jurídica sólida e afronta as diretrizes adotadas pelo texto constitucional e pela comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 639337-AgR/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 13 abr. 2016.



_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MACHADO, José Roberto. *Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso*. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

NEGÓCIOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA A OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Carine Livramento Monteiro Silva Pinto

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Analista Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O Novo Código de Processo Civil trouxe inúmeras inovações acerca dos negócios processuais, notadamente a previsão de uma cláusula geral de acordos processuais. O presente trabalho busca abordar o conceito de negócios processuais, suas espécies, com ênfase no calendário processual, bem como seu propósito de otimizar a prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Negócios Processuais. Flexibilização. Prestação Jurisdicional.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Negócios Processuais e Inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. 2. Limites para a Celebração dos Negócios Processuais. 3. Negócios Processuais em Espécie no Novo Código de Processo Civil e o Calendário Processual. Conclusão. Referências.



A presente pesquisa científica objetiva discutir os negócios processuais no novo Código de Processo Civil, analisando como a flexibilização do procedimento pode otimizar a prestação jurisdicional.

Para tanto, serão abordadas as recentes posições doutrinárias sobre o tema, bem como serão melhor analisadas as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, que proporcionou aos negócios processuais maior importância e quantidade.

O tema é controvertido na doutrina e merece estudo aprofundado, uma vez que envolve questões relevantes acerca da possibilidade de alteração do procedimento geral, podendo gerar algumas dificuldades na prática forense.

Para melhor compreensão do tema, o presente trabalho busca apresentar, em seu primeiro capítulo, o conceito de negócios processuais e as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

No segundo capítulo, faz-se uma análise dos limites a serem respeitados para a celebração dos negócios processuais, seus requisitos de validade e eficácia, para que sejam aptos a produzirem os efeitos desejados pelos envolvidos.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a estudar os negócios processuais em espécie no novo Código de Processo Civil, notadamente a calendarização processual, iniciando a referida análise com a cláusula geral de negócios processuais, prevista em seu artigo 190.

A pesquisa que será realizada utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente descritiva e qualitativa, tendo como fontes principais a legislação e a doutrina.

1. CONCEITO DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS E INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo judicial pode ser definido como um procedimento em contraditório, manifestando-se por meio de um conjunto de atos jurídicos, também chamados de atos processuais¹.

Os atos processuais são, portanto, aqueles praticados pelos sujeitos do processo, aqui compreendidos as partes e o órgão jurisdicional. Assim, tais atos classificam-se em atos do órgão jurisdicional e atos das partes. O presente artigo faz uma análise dos atos das partes, os quais podem ser postulatórios, instrutórios, dispositivos ou reais.

Os atos dispositivos são os chamados negócios processuais, objeto de estudo neste trabalho, que podem ser definidos como “os atos pelos quais as partes livremente regulam suas posições jurídicas no processo”². Os negócios processuais podem, ainda, ser classificados em unilaterais ou bilaterais, como a renúncia e a eleição de foro, respectivamente.

O Novo Código de Processo Civil trouxe diversas inovações sobre a possibilidade de as partes celebrarem negócios processuais no curso do processo, ou até mesmo em fase pré-processual. Ressalte-se que o referido código foi idealizado com base em premissas importantes para uma melhor prestação jurisdicional, sendo uma delas a autocomposição das partes.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 24.

² *Ibid.*, p. 126.



A primeira grande novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil é a cláusula geral de negócios processuais, prevista em seu artigo 190³. Trata-se de previsão genérica autorizando as partes a celebrarem atos dispendo de suas posições processuais, respeitados os limites e requisitos legais, *in verbis*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Pela análise do referido dispositivo, é possível perceber que somente partes capazes podem celebrar atos dispositivos, sob pena de invalidade do negócio processual, caso celebrado por incapazes, ainda que representados ou assistidos⁴.

Além disso, devem tais negócios versar sobre direitos que admitam autocomposição, o que não se confunde com a indisponibilidade do direito material discutido na demanda, conforme Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵.

Prevê o parágrafo único do artigo 190 do Novo Código de Processo Civil que caberá ao juiz verificar a validade dos negócios processuais celebrados. Ademais, cumpre observar que as partes estão autorizadas a dispor de suas próprias posições processuais, porém não podem alcançar a esfera processual do juiz.

³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁴ CÂMARA, op. cit., p. 126.

⁵ Enunciado nº 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

O referido dispositivo, no entanto, não impede que, em alguns casos, o próprio magistrado da causa figure como parte em um negócio processual. Dispõe o artigo 191⁶ do Novo Código de Processo Civil:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Trata-se da possibilidade de fixação de um calendário processual, em comum acordo com o juiz, o qual figura como um dos celebrantes do negócio.

Ressalte-se que a doutrina sobre o assunto discutido neste trabalho não é unânime quanto à constitucionalidade dos referidos dispositivos. Rodolfo Kronenberg Hartmann sustenta ser o artigo 190 inconstitucional “no que diz respeito à possibilidade de as partes alterarem regras processuais cogentes de comum acordo, o que deve ser indeferido pelo magistrado”.⁷

2. LIMITES PARA A CELEBRAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

A identificação dos limites para a celebração dos negócios processuais previstos no novo Código de Processo Civil não é tarefa simples. Tendo os negócios processuais natureza jurídica de atos dispositivos, devem ter, para serem válidos e plenamente

⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁷ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 29, set-out. 2015.



eficazes, partes capazes, objeto lícito, jurídico e determinado (determinável) e forma prescrita ou não defesa em lei.

Pensar em “forma prescrita”, por exemplo, para a realização de negócios processuais, em que as partes manifestam tão fortemente sua autonomia, alterando normas de direito público, parece uma incongruência. De fato, as regras de direito material previstas no Código Civil para os negócios jurídicos em geral não podem ser aqui aplicadas sem certa cautela.

A doutrina defende que deve haver uma combinação entre normas de direito material e processual para que seja possível a normatização dos acordos processuais, atentando para suas aproximações e diferenças, equilibrando-se interesses públicos e a autonomia das partes⁸.

Antes de aprofundar o estudo das limitações à celebração dos negócios processuais, faz-se necessário analisar alguns princípios que norteiam o tema, inseridos no sistema do novo Código de Processo Civil. São eles a máxima do *in dubio pro libertate*, o contraditório na interpretação dos acordos e o máximo aproveitamento e convalidação dos negócios celebrados⁹.

A premissa do *in dubio pro libertate* pressupõe que o processo civil contemporâneo privilegia a liberdade das partes para dispor sobre procedimento. O juiz, diante de uma convenção processual, teria um ônus de fundamentação ainda maior para afastar um acordo processual.

Ressalte-se que tal controle feito pelo magistrado não pode ser realizado sem a observância do princípio do contraditório, havendo uma cooperação entre as partes e o

⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 252-253.

⁹ *Ibid.*, p. 254.



juiz. Ademais, com o novo Código de Processo Civil, mesmo com relação às questões que o juiz pode conhecer de ofício, devem ser ouvidas previamente as partes envolvidas, conforme dispõe seu artigo 10.

Também deve ser observado o princípio da instrumentalidade das formas no direito processual. Os negócios processuais devem ser interpretados de forma a ser possível a convalidação de eventual vício, seguindo à máxima do *pas de nullité sans grief*, ou seja, afastando-se eventual alegação de nulidade quando não houver qualquer prejuízo a uma das partes.

Além dessas diretrizes, as convenções celebradas devem sempre estar de acordo com a boa-fé objetiva, que se manifesta por meio da prestação adequada de informações, com a retidão das condutas das partes, bem como com a previsibilidade do acordo assumido¹⁰. A isonomia entre os interessados é outro aspecto a ser observado, a fim de se analisar se a manifestação de vontade proferida foi de fato livre ou viciada.

No tocante à igualdade entre as partes, defende Leonardo Carneiro da Cunha que:

não se veda, prévia e genericamente, o negócio processual em contrato de adesão. Em tese, é possível, cabendo apenas ao juiz controlar validade da respectiva cláusula, recusando-lhe aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade¹¹

O mesmo ocorre em ações trabalhistas, em que tradicionalmente o trabalhador é parte hipossuficiente. Contudo, em se tratando de altos executivos, por exemplo, não há que se falar, em regra, de vulnerabilidade, sendo plenamente possível a realização de convenções processuais.

¹⁰ Ibid., p. 318.

¹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Org.); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71.



Não se pode, entretanto, confundir a vulnerabilidade, apta a invalidar um negócio processual, com assimetrias próprias das negociações. Deve haver certo equilíbrio entre as perdas e ganhos das partes, porém é possível que apenas uma parte renuncie a posições processuais de vantagem, o que não acarreta necessariamente à invalidação no negócio jurídico¹².

Como se sabe, na sistemática do novo Código de Processo Civil, existem negócios processuais típicos e atípicos. Estes nascem notadamente em decorrência da cláusula geral prevista no artigo 190. A dificuldade está em se definir os limites a serem aplicados a tais acordos atípicos, justamente pela ausência de dispositivos legais específicos.

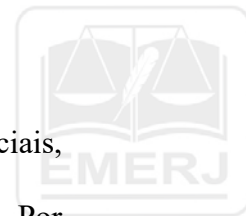
Nesses casos, defende Antonio do Passo Cabral que é preciso “buscar no sistema processual os parâmetros para aferir a admissibilidade e validade dos acordos processuais. Por vezes, é possível usar a analogia com outros tipos de convenção; em outras hipóteses, deve-se recorrer aos princípios jurídico-processuais”¹³.

3. NEGÓCIOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CALENDÁRIO PROCESSUAL

Neste capítulo, será abordada uma das principais espécies de negócios processuais previstas no Novo Código de Processo Civil, que a doutrina chamou de “calendarização processual”.

¹² CABRAL, op. cit., p. 322.

¹³ Ibid., p. 331.



Atualmente, há uma enorme quantidade de processos nas serventias judiciais, sendo crescente o número de demandas distribuídas diariamente no Judiciário. Por consequência, é cada vez maior a pressão pelo aumento da produtividade, tendo os magistrados absorvido também a função de verdadeiros gerentes de seus acervos processuais.

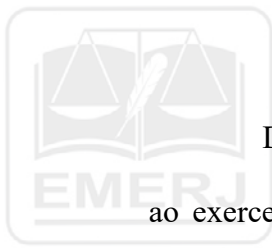
Para uma maior eficiência e celeridade da prestação jurisdicional, evitando-se dilações desnecessárias, foi desenvolvido o chamado calendário processual. As partes, em um momento prévio, como uma audiência preliminar, pactuam as fases do procedimento, delimitando suas datas.

Trata-se de um agendamento prévio para a prática de atos processuais, evitando, por exemplo, conclusões meramente formais ao juiz para despachos de impulso oficial, com posterior publicação, contagem de prazo, certidão cartorária, dentre outros.

Os interessados não precisam mais ser intimados para cumprirem suas funções processuais, pois já saíram da audiência preliminar cientes de todos os atos que terão que praticar e seus respectivos prazos.

No Novo Código de Processo Civil, conforme mencionado em capítulo anterior, a elaboração de um calendário processual está prevista no artigo 191, sendo, portanto, negócio processual típico.

As datas fixadas devem ser respeitadas o máximo possível, sob pena de frustração do propósito a que se destina o acordo, porém não podem ser consideradas totalmente rígidas. Em casos excepcionais, nos termos do §1º do artigo 191, é possível uma “recalendarização”, modificando-se as datas previamente agendadas, desde que haja justo motivo, devidamente comprovado nos autos.



Dispõe o artigo 8^o¹⁴ do Novo Código de Processo Civil expressamente que o juiz, ao exercer sua função jurisdicional, o fará respeitando, dentre outros, o princípio da eficiência. Confira-se:

Art. 8^o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A calendarização processual vai ao encontro dessa diretriz prevista no Novo Código de Processo Civil, primando pela razoável duração do processo. Eduardo José da Fonseca Costa sintetizou em itens o assunto, fazendo uma analogia da rotina empresarial com a prática no Poder Judiciário, afirmando que:

O juiz-fornecedor precisa: a) fixar lead times para a entrega da tutela jurisdicional aos jurisdicionados-consumidores; b) flexibilizar os procedimentos em função das particularidades das situações concretas e do direito material aplicável; c) calendarizar atos processuais em função das expectativas temporais para a prolação das sentenças¹⁵.

Referido autor sustenta que, quando houver a recusa na calendarização processual por uma das partes, o juiz poderá impor unilateralmente um calendário. Isso porque as partes não são obrigadas a celebrar acordos, razão pela qual aquele que se recusou não poderia sofrer qualquer sanção processual por isso.

De outro lado, o magistrado teria atribuição para impor um calendário processual, diante das vantagens que este traz para a prestação jurisdicional. Entretanto, tal calendário sofreria maiores restrições, justamente por não resultar de um acordo entre os interessados, sob pena de se caracterizar verdadeira arbitrariedade judicial¹⁶.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

¹⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: DIDIER JR., Fredie (Org.); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 483.

¹⁶ Ibid., p. 486.

Essa, contudo, não é uma posição unânime. Ricardo Villas Bôas Cueva parece discordar da possibilidade da imposição pelo magistrado de um calendário processual, ao afirmar que este “funda-se no consenso entre o juiz e as partes e tende a aumentar a previsibilidade do procedimento, em reforço da segurança jurídica e da efetividade da prestação jurisdicional”¹⁷.

Por ora, em razão do grande volume de processos e da recente entrada em vigor do novo código, talvez esse mecanismo de calendarização processual não seja sugerido pelos magistrados ou mesmo desejado pelas partes.

A doutrina não é uníssona quanto às vantagens e mesmo quanto à constitucionalidade de uma calendarização processual, a qual poderia ser uma forma de burlar a necessidade de se observar a ordem cronológica dos processos. Rodolfo Hartmann, sobre o artigo 191 do Novo Código de Processo Civil, afirma:

trata-se de outro dispositivo (art. 191) que é flagrantemente inconstitucional, complementando o anterior (art. 190). O mesmo permite que as partes possam, juntamente com o magistrado, convencionarem calendário para a prática de atos processuais, ainda que tenha sido outro o estabelecido pela legislação. Trata-se, em realidade, de mais uma tentativa em aproximar a “Jurisdição”, que é uma atividade pública estatal, da “arbitragem”, que é um equivalente jurisdicional com forte traço privatista.¹⁸

O tema ainda é recente e controvertido na doutrina, sendo necessário aguardar algum tempo até que os tribunais se manifestem sobre as novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, notadamente no tocante à realização de negócios processuais.

¹⁷ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 503-504.

¹⁸ HARTMANN, op. cit., p. 30.



CONCLUSÃO



Os negócios processuais, como visto, são um reflexo do exercício da autonomia da vontade pelas partes. Afastam, portanto, o caráter meramente impositivo da legislação processual, abrindo espaço para que os envolvidos inovem apenas naquela demanda, alcançando seus interesses de forma mais eficaz.

Não se trata de assunto inédito no ordenamento jurídico brasileiro, tendo o Código de Processo Civil anterior previsto também pontualmente algumas espécies de acordos processuais. Entretanto, o novo código inovou bastante no assunto, ressaltando sua importância, notadamente ao trazer em seu artigo 190 a cláusula geral de negócios processuais.

Além da cláusula geral, vários negócios processuais foram expressamente destacados no Novo Código de Processo Civil, tamanha relevância que a nova legislação deu ao tema. Dentre eles, destaca-se a possibilidade de elaboração de um calendário processual.

De fato, diante da realidade do Poder Judiciário brasileiro, assoberbado com a quantidade de demandas que aumenta exponencialmente, faz-se necessária a criação de mecanismos que possibilitem o aumento da produtividade judicial. Inclua-se, nesse aspecto, medidas que visem também a diminuição de atos meramente formais no curso do processo, com dilações temporais desnecessárias e, muitas vezes, até mesmo protelatórias.

Assim, a criação de um calendário processual, conforme explicitado neste trabalho, vai ao encontro desse propósito. As partes e o juiz se vinculam a datas

previamente definidas, evitando, assim, inúmeras intimações, publicações e outros atos formais.

Dessa forma, os negócios processuais surgem como uma possível solução para a otimização da prestação jurisdicional, uma vez que permitem certa flexibilização do procedimento geral, adaptando-o à necessidade dos envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: DIDIER JR., Fredie (Org.); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Org.); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 26-41, set-out. 2015.



OS CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO INDEVIDA DA IMAGEM UTILIZADA SOB O ARGUMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Carolina Coelho Bastos

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - a superação do impasse entre o interesse público e o privado no debate sobre a prevalência do direito à informação sobre o direito à imagem em reportagens jornalísticas pode ocorrer com a criação critérios objetivos de ponderação desses princípios. Os efeitos psicológicos e sociais de uma exposição desnecessária de imagens que não informam e atingem irreversivelmente a honra subjetiva e objetiva dos indivíduos expostos nas notícias, são frutos de uma exploração lucrativa que viola os princípios basilares da CRFB/88. Criou-se uma necessidade imperativa de regulamentação infraconstitucional específica sobre a proteção do direito à imagem, norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito à imagem. Direito à informação.

Sumário: Introdução. 1. Limites e conflitos entre o direito à informação e o direito à imagem. 2. Necessidade de priorização da proteção prévia aos direitos da imagem. 3. Mudanças jurisprudenciais em proteção ao direito à imagem. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é debater sobre critérios definidores de limites da exploração da imagem em reportagens jornalísticas. A frequente prevalência do direito à informação em detrimento do direito à proteção da imagem na ponderação de interesses feita pelos meios de comunicação quando utilizam a figura física de um indivíduo sob ao argumento de melhor informar, acarreta a reflexão tema deste artigo.

Os dois direitos fundamentais citados fazem parte das projeções da personalidade humana, merecendo rígida tutela pelos operadores do direito e de toda a sociedade. São direitos capazes de acarretar reflexos profundos na coletividade e na personalidade dos indivíduos de modos muito distintos. A forma como a violação dessas prerrogativas do indivíduo afeta sua dignidade as distingue e provoca preocupação quando uma delas é frequentemente preterida.

Parte-se da perspectiva de que o receio social abstrato de uma censura jornalística desarrazoada baseado em resquícios históricos afeta o processo de criação de limites infraconstitucionais à exposição supérflua e excessiva da imagem. Esse questionamento cria



um desafio para sociedade moderna: como alcançar uma ponderação entre esses valores constitucionais, que impeça a desvalorização da proteção à imagem, sua utilização banalizada, como entretenimento, sem atentar contra o princípio democrático e o direito à informação.

As reportagens de jornais virtuais e físicos em categorias diversas têm exposto suas notícias muitas vezes conectadas a fotos de pessoas envolvidas nos relatos, imagens que não possuem vinculação específica e pertinente com os acontecimentos descritos, com utilidade de apenas expor a figura dos envolvidos para obter mais expectadores, atraídos pela curiosidade que a imagem desperta. A partir dessa constatação, desenvolve-se o tema dessa pesquisa.

Busca-se, então, a partir dos nortes constitucionais brasileiros, como a proporcionalidade na aplicação do direito, desenvolver critérios mais objetivos e facilitadores da resolução do impasse entre os interesses públicos e privados, para que seja possível o enfrentamento de violações a um dos direitos mais sensíveis e carecedores de proteção, como o direito à imagem.

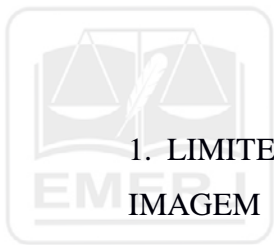
No primeiro capítulo, pretende-se compreender os métodos de proteção dos dois direitos antagônicos explicitados, sem prejudicar o núcleo de cada um, por meio do contrabalanço entre os interesses desses direitos fundamentais relacionados à proteção do direito à imagem.

No segundo capítulo, observa-se a proteção civilista ao direito à imagem, as sanções para atos ilícitos danosos, e como essa proteção ainda é deficitária, em desconformidade com a intenção do legislador civilista e do constituinte originário nessa matéria.

No último capítulo, desenvolve-se uma crítica à jurisprudência pátria ao empregar requisitos rígidos para identificar uma violação aos direitos da personalidade que invertem a lógica da proteção da dignidade humana.

Pretende-se desenvolver um raciocínio lógico/jurídico que alcance um equilíbrio na aplicação de um desses princípios, a fim de que não se priorize um em detrimento do outro de maneira precipitada e imprudente. Procura-se a desmitificação da prevalência dos princípios que protegem a coletividade em detrimentos de outros que protegem os indivíduos singularmente.

A pesquisa seguirá a metodologia descritiva, qualitativa e exploratória, com a análise de algumas decisões jurisprudenciais relevantes sobre o tema.



1. LIMITES E CONFLITOS ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E O DIREITO À IMAGEM

Os direitos constitucionais à imagem e à informação conflitam frequentemente entre si, em diversas reportagens jornalísticas, quando indivíduos são expostos por meio de sua figura física, sob o pretexto do direito à informação, previsto no art. 5º, XIV, e art. 220, caput, da CRFB/88¹. O regular exercício das liberdades individuais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação, foi consagrado na Carta Magna, visando afastar a censura no meio de comunicação jornalístico e buscar transparência na transmissão dos principais acontecimentos à população.

A ponderação na aplicação dos direitos fundamentais é tarefa de ampla complexidade, em função da enorme subjetividade que tais preceitos abarcam, o que faz com que seja assentada apenas com uma análise casuística, comumente. A CRFB/88² não prevê explicitamente hierarquia entre os princípios que elenca, devendo a prevalência de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.

Em face dessa dificuldade de encontrar um equilíbrio entre o direito à informação e o direito à imagem, é fundamental o desenvolvimento de critérios objetivos definidores de limites da exploração da imagem em reportagens jornalísticas, de modo que haja um diálogo coerente com a dignidade da pessoa humana, norte de todos os direitos humanos constitucionais.

A diferenciação entre a exploração indevida da imagem da exploração adequada, com respeito ao direito à privacidade e à dignidade do ser humano, pode ser feita em uma análise comparativa de benefícios e prejuízos e da irreversibilidade desses últimos. É preciso questionar se prevalência de um desses interesses em relação ao outro acarretará mais vantagens a médio e a longo prazo aos cidadãos, e estudar a quantificação da irreversibilidade dos prejuízos causados pela desproteção de um desses direitos.

Essa ponderação entre as vantagens e desvantagens que decorrem de uma mitigação de um desses direitos discutidos deve ser considerada em uma perspectiva não só horizontal – que considera a quantidade de pessoas envolvidas, prejudicadas ou beneficiadas – mas, também, em uma perspectiva vertical – que considera a profundidade em que a prevalência de um direito fundamental sobre o outro pode acarretar na dignidade e na moral interna de um indivíduo.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

² Vide nota 1.



É sabido que o direito à informação é um preceito fundamental, constitucionalmente protegido, que cuida principalmente do direito da população de se instruir sobre os principais acontecimentos de seu país, estado e cidade, de modo a possibilitar o exercício da cidadania de forma ativa e útil a toda a sociedade. O conhecimento das principais informações e notícias sobre os fatos da localidade em que se vive dá armas aos indivíduos para que possam não só tomar decisões eleitorais mais coerentes com as necessidades locais, considerando a realidade em que vivem, mas, também, tomar decisões profissionais, pessoais e sociais mais adequadas. Logo, não resta dúvidas de que o direito à informação é necessário para o exercício pleno da cidadania e da dignidade humana.

Por outro lado, o direito à imagem, consagrado e protegido pelo art. 5º, X e XXVIII, a, CRFB/1988³, e pelo art. 11º e seguintes, da Lei 10.406 de 2002⁴, como um direito da personalidade independente, resguarda a projeção social da personalidade do indivíduo, contendo os aspectos da fisionomia humana, costumes, gestos e vestuários⁵. Esse direito de proteção da imagem se relaciona intimamente com a preservação da personalidade moral do indivíduo, o que inclui a honra subjetiva e objetiva.

O direito fundamental à imagem, portanto, é irrenunciável, inalienável e também intransmissível, mas disponível, ou seja, a imagem da pessoa física nunca deverá ser vendida ou renunciada, embora possa ser licenciada por vontade de seu titular a terceiros, se autorizada. Em razão disso, uso indevido de imagem independe de comprovação do prejuízo, sendo este inerente à utilização não-autorizada, o que já fora, até, pacificado pelo STJ⁶.

Desse modo, percebe-se que, em regra, enquanto o direito à informação protege, teoricamente, a coletividade, o direito à proteção da imagem no aspecto de sua figura física protege o indivíduo, no que tange à sua reputação, autoestima, honra objetiva e subjetiva. O direito à informação trata da opinião que os indivíduos devem ter da sociedade como um todo e dos acontecimentos que a envolve, enquanto o direito à imagem protege o indivíduo da exposição à opinião que a sociedade terá dele.

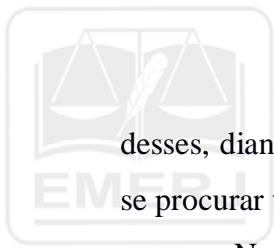
Portanto, trata-se de dois lados diversos de uma mesma circunstância social. Não se pode, na ponderação de interesses em um caso concreto, abolir completamente nenhum

³Vide nota 1.

⁴BRASIL. Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

⁵ LEME, Fabio Ferraz de Arruda. *O direito de imagem e suas limitações*. Disponível em: <<http://porleitores.jus.brasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes>>. Acesso em: 04 set 2016.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Verbete Sumular 403. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0403.htm>. Acesso em 20 março 2015.



desses, diante de sua relevância para a sociedade e para o exercício da cidadania. Logo, deve se procurar uma solução dinâmica e apropriada, que dialogue com os dois direitos.

Nesse sentido, para que haja uma proteção aos dois preceitos fundamentais, sem ofender o núcleo duro de cada um, é preciso analisar como tem sido feita a transmissão da informação e a exploração da imagem em reportagens jornalísticas. Em regra, especialmente as reportagens de jornais virtuais, em categorias de entretenimento, ou não, há a exposição das notícias muitas vezes atreladas a fotos de pessoas envolvidas nos relatos, imagens que nada tem a ver com os acontecimentos descritos, o que convém somente para mostrar a figura dos envolvidos.

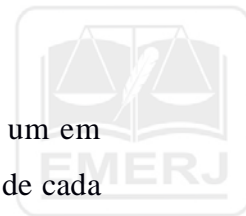
A questão é que nem sempre é necessário para a perfeita transmissão da informação que haja essa exposição. Respeitar-se-ia o direito à informação sobre os acontecimentos, de forma adequada e idêntica em seu conteúdo axial, se apenas houvesse a exposição de detalhes sobre o ocorrido – ou até sobre os envolvidos –, mas sem a exposição de fotos pessoais, que não são peculiares do acontecimento e nada esclarecem sobre a situação relatada.

De tal modo, a solução para que haja o respeito aos dois preceitos constitucionais é informar somente o que é útil para o esclarecimento dos fatos, e não mais que isso. Informar mais do que o necessário para a ciência pela sociedade do acontecimento ocorrido, seria explorar indevidamente a imagem alheia, principalmente, quando envolvida em situações questionáveis, socialmente vexatórias, pois são transmitidas apenas com intuito de estratégia de mercado e entretenimento.

Deve se analisar se a sociedade, diante da mitigação do seu direito de informação, sem a presença de fotos que nada lhe informam, sofrerá mais com a ausência dessas do que o indivíduo que teve sua imagem atrelada a fatos desprestigiados socialmente, e que sequer complementavam a notícia transmitida.

É preciso considerar que os prejuízos causados pela exposição indevida de alguém no meio social são multiplicados em questão de segundos e muitas vezes permanentes. Diante disso, não se pode permitir que haja prevalência de um direito sobre o outro apenas porque um se refere à coletividade e visa ao interesse público e o outro a um indivíduo apenas, pois os prejuízos da mitigação do segundo preceito podem ser perpétuos e mais devastadores em todos os aspectos da vida de um indivíduo, como profissional, pessoal e social.

Ademais, cabe ressaltar novamente que não haverá de fato prejuízo real em relação ao direito à informação, se o direito à imagem for mais considerado, pois haverá mitigação apenas aparente e superficial do primeiro, se somente as fotos que nada esclarecem sobre os acontecimentos relatados forem suprimidas.



Assim sendo, a mitigação dos direitos mencionados, de modo a prevalecer um em detrimento do outro, deve considerar as vantagens e desvantagens da predominância de cada um, considerando aspectos não só quantitativos, mas qualitativos, como a necessidade, eficácia e utilidade da proteção de cada um deles, de modo que todos os cidadãos sejam individualmente considerados. O norte desse equilíbrio deve ser a dignidade da pessoa humana, que obriga o aplicador do direito a considerar o cidadão individualmente, como um ser com prerrogativas tão relevantes quanto toda a coletividade.

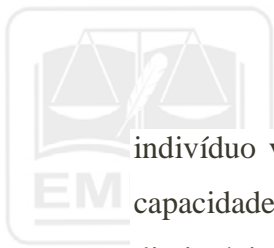
Portanto, o direito a ter sua imagem protegida pode ser ponderado com o direito à informação da coletividade se mitigarmos este último a ponto de preservar completamente o núcleo essencial desse preceito, não o ferindo no que realmente é relevante. O que se quer dizer é que as reportagens jornalísticas virtuais e físicas não devem sofrer com mitigação de seu conteúdo axial para a transmissão da informação, mas devem eliminar a exposição inútil e desnecessária e que também ofende os direitos de imagem dos indivíduos que não autorizaram tal exploração. Desse modo, é possível proteger os dois relevantes direitos fundamentais, sem ofender o núcleo duro um do outro⁷.

2. NECESSIDADE DE PRIORIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PRÉVIA AOS DIREITOS DA IMAGEM

O ordenamento jurídico brasileiro não previu o direito à informação e os direitos da personalidade de forma ilimitada e absoluta, uma vez que seu exercício está sujeito a restrições previstas pela Carta Magna, diante da necessidade de coexistirem e se harmonizarem com outros direitos fundamentais, bem como entre si. Contudo, é preciso verificar que cada um dos bens jurídicos protegidos por esses direitos abrange uma série de peculiaridades que os distinguem uns dos outros de modo bastante latente quando analisados seriamente. Da mesma forma, quando violados, tais direitos acarretam consequências bem diversas uns dos outros.

O direito à imagem necessita de uma proteção especializada e prévia, que evite sua violação de modo responsável, pois uma vez violada, não se pode reparar o dano de modo totalmente eficaz, na maioria das vezes, pois a informação é passada para um número incalculável de pessoas, principalmente diante da vulgarização das tecnologias atuais. Desse modo, a indenização, embora tenha caráter pedagógico para o violador e dê algum conforto ao

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 270.



indivíduo vítima de ato ilícito, é apenas uma forma paliativa de reparar o dano, que tem a capacidade de acarretar muitas consequências negativas na vida do indivíduo que teve seu direito à imagem violado.

Conforme se concluiu no capítulo anterior, a proteção ao direito à imagem e ao direito à informação, que inclui tanto o direito de informar como o de receber a informação, podem coexistir, se houver a divulgação das notícias pelos meios de comunicação de modo responsável. O direito à informação não estaria ferido verdadeiramente quando na notícia divulgada houvesse apenas a exclusão da imagem claramente irrelevante para a elucidação dos fatos e transmissão da mensagem de natureza e conteúdo informativo. O meio de comunicação poderia ter prejuízos econômicos com a diminuição das vendas consequentes da informação responsável, sem sensacionalismos, porém esse prejuízo não é tão relevante quanto a proteção a dignidade dos indivíduos.

A fim de inibir essas violações, o inciso X, art. 5º, da CRFB/1988⁸, e os art. 12 e art. 186, Código Civil de 2002⁹, determinam a indenização pelos danos morais e materiais àqueles que tiverem violados direitos esse direito da personalidade, devendo os responsáveis pela má utilização do direito de informação responder civilmente por seus atos.

Assim, como já observado, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Essa responsabilidade dá ensejo ao previsto no art. 927 do mesmo diploma legal que diz que deve haver obrigatória reparação por ato ilícito por aquele que causar dano a outrem.

Diante de violações dos Direitos da Personalidade pelos meios de informação, há possibilidade de pleitear-se em ação judicial reparação civil por danos causados à imagem, honra, intimidade etc., desde que cumpridos os requisitos necessários. No entanto, embora a lei permita o ajuizamento de ações com fins de obter indenização pelos danos materiais ou morais causados pela violação de determinado direito a imagem, deve haver uma disposição dos meios de comunicação em evitar e prevenir a violação do que propriamente pagar indenizações posteriores quando houver uma demanda procedente.

Percebe-se plenamente viável a responsabilização dos meios de informação pelos danos morais sofridos em decorrência de suas condutas lesivas aos direitos personalíssimos, encontrando respaldo jurídico na legislação. Todavia, é preciso que existam normas voltadas a disciplinar o meio jornalístico para a proteção dos direitos da personalidade e especialmente

⁸Vide nota 1.

⁹Vide nota 4.

dos direitos à imagem, que diante da evolução dos jornais virtuais e das redes sociais, vêm sendo diametralmente desprotegidos.

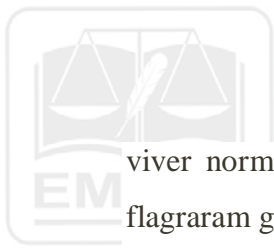
Isso não significa defender a criação de obstáculos prévios desarrazoados ao exercício da imprensa na busca de uma censura às informações transmitidas¹⁰. As regras internas que regem os meios de comunicação, sejam virtuais ou físicos devem ter como uma de suas diretrizes e nortes a responsabilidade de evitar de forma séria e responsável que os danos à imagem sejam causados, considerando que sua negligência fere direitos da personalidade de difícil reparação, gerando uma ferida que uma indenização e o direito de resposta não são capazes de reverter.

A transmissão da informação e a exploração da imagem em reportagens jornalísticas virtuais e físicas têm reiteradamente desrespeitado os preceitos do direito à imagem e à privacidade protegidos por todo ordenamento jurídico brasileiro, como no caso do ator Stênio Garcia, de 83 anos, e a esposa, Marilene Saade, de 47 anos, que tiveram fotos íntimas vazadas na Internet. Diversos jornais e sites informativos noticiaram esse fato, com intuito aparente de informar o perigo de ter fotos íntimas no celular, porém, quase todas as notícias sobre o tema reproduziram as fotos vazadas novamente, cobrindo apenas as partes íntimas das vítimas. Tais condutas demonstram o intuito do meio de comunicação de expor ainda mais as supostas vítimas de ilícito civil, objetivando ganhos econômicos, abusando visivelmente do seu direito regular de informar.

Nesse sentido, socialmente o direito à imagem nem sempre obtém o prestígio que merece, pois é constantemente comparado a outros direitos fundamentais que aparentam ser mais relevantes para a sociedade, por resguardarem os direitos de toda a coletividade. No entanto, com o advento das redes sociais e dos aplicativos de mensagens, as informações e as imagens podem ser repassadas em alguns instantes a um número incalculável de pessoas que não poderão ser identificadas para serem obrigadas a apagar o conteúdo de seus aparelhos e computadores. Portanto, o dano gerado será muitas vezes irreversível e extremamente danoso ao sujeito que sofrer violações em seu direito à imagem, podendo ter repercussões de ordem moral, profissional, física, social, dentre diversas outras.

Outro exemplo de reportagem que corrobora a gravidade desses danos, é o caso da auxiliar odontológica Patrícia Moreira, de 23 anos, que há dois anos, protagonizou caso de injúria racial que recebeu grande cobertura da mídia. Na era das redes sociais e das mensagens instantâneas, a jovem precisou mudar de casa, de emprego e de rotina para tentar

¹⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. V. 3. Bahia: Juspodium, 2016, p. 665.



viver normalmente, tendo sua casa incendiada em 2014. A exposição das imagens que a flagraram gritando "macaco" ao goleiro, na Arena, pelas oitavas de final da Copa do Brasil de Futebol, teve impacto social, financeiro e psicológico na moça, que passa por tratamento psiquiátrico para tentar superar uma fase depressiva originada dos fatos narrados.

Tudo isso ocorreu porque expuseram sua imagem no corpo da notícia em diversos sites virtuais e físicos, além das imagens em vídeo nos jornais televisivos. A jovem cumpriu que foi determinado pela Justiça competente, porém, a punição perdurou socialmente, e poderá durar por toda sua vida.

3. MUDANÇAS JURISPRUDENCIAIS NA PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM

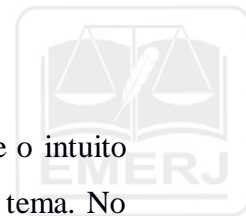
É fato incontroverso que a proteção à imagem, direito personalíssimo e autônomo, legitimado constitucionalmente, gera a prerrogativa a seus titulares de buscar a tutela jurisdicional adequada a fim de cessar seu uso indevido e desautorizado, e obter eventual reparação e indenização, material e moral, em razão do ilícito cometido.

Em pesquisa jurisprudencial nos Tribunais Superiores e Estaduais¹¹, percebe-se que os meios de comunicação não têm colocado em prática a diferenciação entre a exploração indevida da imagem da adequada, em desrespeito ao direito à privacidade e à dignidade humana, que deveria ser feita em uma análise comparativa de benefícios e prejuízos coletivos e individuais e da irreversibilidade desses. A Súmula 403 do STJ¹² já deu um grande passo nesse aspecto ao esclarecer que não depende de comprovação de prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. No entanto, essa tentativa de uniformização de jurisprudência não se tem sido suficiente para proteção adequada do direito à imagem nesses meios. Vide as jurisprudências dominantes sobre tema, que exigem intenção clara de explorar indevidamente a imagem pelos meios de comunicação, para se comprovar o dano moral. Essa exigência rígida não se apresenta compatível com os princípios constitucionais, uma vez que, se a imagem não é fundamental nem útil para a transmissão da mensagem da reportagem, sua presença só pode ter intuito de denegrir a imagem de alguém para fins econômicos, e, não, informativos.

Os meios de comunicação alegam a mesma tese, reiteradamente, de que não possuem o intuito de obtenção de expor indevidamente a figura do indivíduo, mas de informar,

¹¹BRASIL. Tribunal do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 994.05.012900-7. rel. Des. Fábio Quadros.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 403. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em 04 set 2016.



argumento muito confortável e falacioso. Afinal, sempre argumentarão os réus que o intuito era o de melhor informar, pois é tese que se encaixa em toda constatação sobre o tema. No entanto, quando a imagem exposta, sem qualquer interesse público, não complementa a mensagem, mas repete o que já foi descrito na reportagem, é possível presumir a intenção do meio jornalístico, sem que haja necessidade de se apurar a intenção explícita de ofender os direitos da personalidade da vítima exposta.

O Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, frequentemente, adota a corrente anteriormente mencionada, privilegiando o direito à informação¹³:

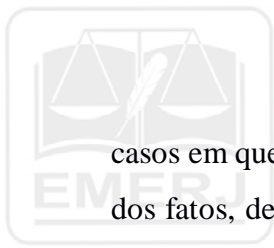
Embora a divulgação da imagem acarrete uma exposição constrangedora da pessoa, não é menos verdade que o fato veiculado está na órbita do dever de informar à sociedade, para que esta possa se proteger, cobrar soluções dos poderes públicos, educar-se. A ré em momento algum extrapolou seu direito profissional e dever de informar, mesmo que tal matéria tenha sido prejudicial, de alguma forma, à vida do autor. Ademais, a matéria não leva a crer que a intenção do jornal fosse outra que não fazer menção aos fatos noticiados, ostentando caráter eminentemente informativo e de interesse público. Por fim, a liberdade de comunicação social ou de imprensa, que é prerrogativa do próprio regime constitucional, não extrapolou o disposto na Constituição Federal. Não há que se falar em indenização por danos morais (...) STF - Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo : Are 751724 Rj

Logo, nota-se que o STF aceita a tese defensiva dos meios de comunicação de que só pretendem informar, quando expõem a figura de um indivíduo atrelado a uma notícia sem que seja complementar ou relevante para a exposição do conteúdo, quando claramente tinham ciência do alcance do prejuízo que causavam ao indivíduo.

Por isso, há necessidade de normatização específica sobre o tema, em vista da tese reiteradamente defendida nos Tribunais Superiores de que, em não havendo prova clara do intuito de ofender, não há responsabilidade civil. Esse entendimento conflita com os princípios basilares do estado democrático de direito, como os nortes da aplicação do direito como a proporcionalidade e razoabilidade, já mencionados. Em uma análise constitucional, a intenção de dano, com fins econômicos, está implícita, mas existente, quando um site ou jornal expõe a imagem de um indivíduo sem sua autorização e sem que seja necessária para a compreensão e exposição da notícia e da matéria.

Como se viu, a jurisprudência dominante explicitada entende que as matérias publicadas quando tratam de fatos relevantes de interesse público, obtidos em órgãos oficiais, sem propósito ofensivo evidente a ponto de macular a honra do indivíduo, não há configuração de ato ilícito a justificar indenização. É frequente a ideia de que somente nos

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 751724. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24184016/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-751724-rj-stf/inteiro-teor-111905764>>. Acesso em: 07 set. 2016.



casos em que há abuso do direito de livre manifestação do pensamento, com o desvirtuamento dos fatos, de forma a depreciar a moral alheia, afetando diretamente a honra ou a imagem do indivíduo, é cabível o reconhecimento do direito à indenização por danos morais.

Para essa tese, como já se viu, a falta de autorização para publicação de foto, em razão de se tratar de matéria jornalística, não gera por si só ofensa ao direito de imagem, bastando estar enquadrada relativamente no contexto da notícia. Portanto, para esta tese, se estiver dentro do contexto jornalístico e informativo da notícia, a exposição mesmo que inútil da imagem não constitui abuso do direito de informação.

No entanto, essa corrente jurisprudencial que defende a necessidade de se comprovar a intenção clara de macular direito pessoal para que se prove o ilícito civil tratado, está em desconformidade com os preceitos constitucionais, pois desprotege diretamente o direito pessoal à imagem. Afinal, se a foto não serviu para informar nem complementar a notícia, é nítido que apenas foi exposta com intenção de lucro, violando direito personalíssimo do indivíduo. Logo, o ato de explorar a imagem nas notícias jornalísticas, por si só, já prova a intenção do jornalista, não sendo necessário descobrir o que planejou previamente.

Além disso, não só é difícil a comprovação dessa intenção, como é presumível que os meios de comunicação utilizem reiteradamente o argumento de não possuírem intenção de ferir a honra e violar a imagem, mas de informar apenas. Não se quer que seja necessariamente objetiva a responsabilidade civil do meio de comunicação, mas que o elemento da culpa, por negligência, por exemplo, seja analisado de forma mais crítica, conforme os ditames da proporcionalidade e razoabilidade.

Porém, entende a jurisprudência dominante Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴ que se a fotografia de um indivíduo foi utilizada em notícia jornalística e se enquadrou minimamente no contexto da matéria, já não há direito ao recebimento de danos morais.

Poucos são os julgados que adotam uma posição mais engajada na proteção dos direitos à imagem, como a posição isolada adotada pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁵, ainda que especificamente trate também dos direitos a privacidade:

¹⁴BRASIL. Tribunal do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 994.04.034109-7, rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, j. 02.02.2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/30128002/pg-2608-judicial-1-instancia-interior-parte-ii-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-31-08-2011>>. Acesso em 04 set. 2016.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível 556.090.4/4-00, Relator Enio Zuliani. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA.+556.090.4%2F4-00>>. Acesso em: 05 set 2016.

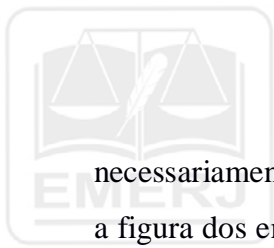
O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana art. 1º, III, da CF, optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível 556.090.4/4-00, Relator Enio Zuliani.

Por fim, não se pretende estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Porém, até mesmo a exposição de um indivíduo em cenário público não permite dizer que é lícita sua reprodução pela imprensa, com fins lucrativos e econômicos. Não se pode ferir os limites da privacidade com o argumento de informar, quando, na verdade nada de informativo se extrai da figura exposta, que está ali somente para atrair consumidores. Pode inferir que há intuito de depreciar o indivíduo quando se expõe fotografia publicamente sem que seja útil ou complementar para a perfeita compreensão da matéria veiculada.

Portanto, pode-se induzir que há a clara obrigação de indenizar e reparar o dano moral e material causado, como consequência do prejuízo presumido, ou não, que venha a causar ao indivíduo quando se expõe indevidamente sua imagem, sem que tenha que ser provada clara intenção de ferir o direito pessoal. A utilização da imagem de terceiro sem autorização, com intuito de auferir lucros e depreciar a vítima – algo presumível, quando a matéria não necessita da imagem para compreensão da matéria – está sujeito à reparação, bastando ao autor provar tão somente o fato gerador da violação do direito à sua imagem. Diante dessa constatação, faz-se imperativo que a lei infraconstitucional crie dispositivos e mecanismos que possibilitem a proteção eficaz dos direitos à imagem nessas circunstâncias, sem necessidade de comprovação do intuito explícito de ofender um indivíduo por parte dos meios de comunicação com a divulgação.

CONCLUSÃO

As reportagens de jornais virtuais em categorias diversas têm exposto suas notícias muitas vezes atreladas a fotos de pessoas envolvidas nos relatos, imagens que não



necessariamente estão atreladas aos acontecimentos descritos, com utilidade de apenas expor a figura dos envolvidos e obtenção de expectadores. A partir dessa constatação, desenvolveu-se critérios mais objetivos e facilitadores da resolução do impasse entre os interesses públicos e privados, para que seja possível o enfrentamento das violações aos direitos mais sensíveis e carecedores de proteção, como a dignidade da pessoa humana por meio do direito à imagem.

Diante disso, faz-se imperativa a criação de normas legislativas infraconstitucionais específicas que delimitem esses critérios objetivos de ponderação nos conflitos entre direito constitucional à imagem e o direito à informação em reportagens jornalísticas, considerando os efeitos graves de exposições desnecessárias – e que não informam – na honra subjetiva e objetiva de uma pessoa.

Não havendo hierarquia em abstrato entre princípios, a prevalência de um sobre o outro será determinada à luz do caso concreto, de modo que haja um diálogo coeso com a dignidade da pessoa humana, norte de todos os direitos fundamentais. Isso pode ser feito em um exame de vantagens e desvantagens e da irreversibilidade destas. Deve haver pelo legislador uma ponderação de prejuízos de curto e de longo prazo com uma perspectiva quantitativa e qualitativa, que considere a profundidade em que a prevalência de um direito fundamental sobre o outro pode acarretar na dignidade e na moral interna de um indivíduo e da coletividade.

É preciso considerar que os prejuízos causados pela exposição indevida de alguém no meio social são incalculáveis e muitas vezes permanentes. Portanto, a concepção de que o direito à informação se refere à coletividade e o outro a um indivíduo apenas, prevalecendo aquele sobre este, quando se tem algo relevante a informar, mesmo que a imagem não seja relevante, está equivocada. Os prejuízos da mitigação do segundo preceito podem ser perpétuos e mais devastadores que a do primeiro em todos os aspectos da vida de um indivíduo, como profissional, pessoal e social. Por outro lado, os prejuízos causados à população ao não ver uma imagem inútil à informação transmitida são ínfimos.

Diante disso, é possível proteger normativamente esse direito através da criação de norma infraconstitucional, com viés democrático, que crie objetivos concretos para proteger o direito de imagem nas reportagens jornalísticas. Afinal, respeitar-se-ia o direito à informação sobre os acontecimentos de forma adequada em seu conteúdo se apenas houvesse a exposição de pormenores sobre ocorrido – ou até sobre os envolvidos, mas sem a exposição de fotos pessoais que não são peculiares do acontecimento e nada esclarecem sobre a situação relatada, mas causam prejuízos irreversíveis a pessoa exposta.



Ainda que não se tenha a lei proibitiva mencionada, já existe no ordenamento jurídico pátrio a obrigação de indenizar e reparar o dano causado, como consequência da exposição indevida da imagem. Entretanto, faz-se necessário haver uma tutela jurisprudencial mais engajada nesse aspecto, que analise de forma mais crítica a conduta dos meios jornalísticos quanto à proteção do direito da personalidade referido, a fim de evitar que a imprensa viole os limites objetivos caracterizadores da exploração indevida da imagem.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Guilherme. *Fotos íntimas de Stenio Garcia com sua mulher vazam na internet*. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/diversão/fotos-íntimas-de-stênio-garcia-com-sua-mulher-vazam-na-internet-1.1126455>>. Acesso em: 07 set 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

LEME, Fabio Ferraz de Arruda. *O direito de imagem e suas limitações*. Disponível em: <<http://porleitores.jus.brasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes>>. Acesso em: 04 set 2016.

MOURA, Eduardo. *Pivô do caso Aranha volta a trabalhar, mas ainda sofre ameaça 1 ano depois*. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/rs/noticia/2015/08/pivo-do-caso-aranha-volta-trabalhar-mas-ainda-sofre-ameaca-1-ano-depois.html>>. Acesso em: 05 set 2016.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. Bahia: Juspodium, 2016.



INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR):
A COMPLEXIDADE DISFARÇADA DOS REQUISITOS E A BUSCA PELO FIM DA
LOTERIA JURISPRUDENCIAL.

Carolina Lima Vaz

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

Resumo: a segurança jurídica é um princípio implícito que há algum tempo tem sido afetado pela técnica legislativa das cláusulas gerais. Com o aumento do espaço interpretativo das normas pelos juízes, a análise de questões idênticas passou a alcançar desfechos completamente distintos a depender do entendimento pessoal do julgador, muitas vezes em um mesmo corredor de tribunal. Como forma de reação a esse fenômeno, doutrinariamente, denominado de “loteria jurisprudencial”, o legislador passou a criar mecanismos de uniformização de jurisprudência, tendência essa, reforçada pelo Novo Código de Processo Civil. O diploma processual inovou ao prever o incidente de resolução de demandas repetitivas, tendo sido fortemente influenciado por experiências de sucesso no direito comparado, na busca pela formação de um precedente vinculante em âmbito estadual. Para que haja a sua instauração, exige-se o preenchimento cumulativo de diversos requisitos explícitos e implícitos, que viabilizam a sua correta aplicação e que acarretam inúmeros benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro, não apenas em termos de segurança jurídica e isonomia, mas também em termos de celeridade e eficiência.

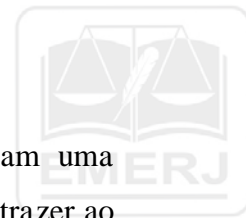
Palavras-chave: Direito Processual Civil. Microsistema de Resolução de Recursos Repetitivos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Requisitos.

Sumário: Introdução. 1. Da ineficiência processual que culminou na criação do incidente de resolução de demandas repetitivas e da(s) sua(s) origem(ns) no direito comparado. 2. A complexidade disfarçada pelo Novo Código de Processo Civil: dos requisitos para interposição. 3. As possíveis vantagens da sua correta aplicação e o fim da loteria jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa jurídica busca abordar os requisitos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas trazido pelo Novo Código de Processo Civil, analisado sob o viés da tentativa de valorização do precedente e da busca de uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais estaduais. Procura-se demonstrar que a grande insegurança jurídica causada pelas constantes decisões conflitantes no julgamento de casos idênticos, fez com que novos institutos para o julgamento de demandas repetitivas fossem introduzidos no nosso ordenamento.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias a respeito do tema como meio de possibilitar uma reflexão crítica sobre a sua natureza jurídica e requisitos que, *a priori*,



parecem ser de fácil preenchimento, mas se analisados com cuidado, evidenciam uma complexidade disfarçada, bem como, as possíveis vantagens que tal instituto poderá trazer ao Judiciário brasileiro caso corretamente aplicado.

A doutrina majoritária reconhece a existência do princípio implícito da segurança jurídica, que versa sobre a confiança da sociedade nos atos e condutas do Estado. No entanto, tendo em vista a técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento significativo do espaço interpretativo dos juízes, constantemente, casos idênticos são solucionados de forma diametralmente oposta, ocasionando verdadeira loteria jurisprudencial, vulnerando, frontalmente, tal princípio. Nesse contexto, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, surge o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que será devidamente delineado e explorado.

O tema ainda não é profundamente abordado pela doutrina nacional e nem consideravelmente aplicado pelos Tribunais, mas merece muita atenção ante o grande potencial que possui de uniformização da jurisprudência no âmbito das Cortes na solução de demandas repetitivas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a origem do instituto no direito comparado e as controvérsias acerca da sua natureza jurídica, tratando também das razões que levaram a sua criação e dos requisitos extrínsecos e intrínsecos necessários à sua interposição. Por fim, pretende-se realizar uma análise crítica das possíveis vantagens que advirão da sua correta utilização e os cuidados que deverão ser tomados pelos aplicadores do direito, a fim de evitar-se um desvirtuamento desse tão elogiado instituto.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as polêmicas que conduziram ao surgimento do IRDR por meio de uma análise comparada, destacando as já existentes controvérsias acerca da sua origem e natureza jurídica.

Segue-se apresentando, no segundo capítulo, a estrutura desse novo instituto, as controvérsias acerca dos seus requisitos que, em um olhar inicial, parecem simples, mas que já apresentam elaboradas e bem fundamentadas controvérsias, a salientar uma complexidade que não pode ser retirada da simples leitura do seu regramento.

O terceiro capítulo destina-se à uma análise crítica das possíveis vantagens que tal instituto pode trazer para o direito brasileiro, caso seja corretamente aplicado, pondo fim ao que, doutrinariamente se denominou, loteria jurisprudencial, salientando a importância que os requisitos propostos desempenham nesse contexto.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.



1. DA INEFICIÊNCIA PROCESSUAL QUE CULMINOU NA CRIAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DA(S) SUA(S) ORIGEM(NS) NO DIREITO COMPARADO

Do ponto de vista prático, as demandas repetitivas, por si só, já poderiam ser consideradas uma anomalia processual, pois não é razoável que o Judiciário analise inúmeras vezes a mesma questão pelo simples fato de trazer sujeitos diferentes¹. Apenas por essa ótica, já poderia ser suscitada a vulneração ao princípio constitucional-administrativo da eficiência² na medida em que, os juízes, de diferentes jurisdições, passam horas debruçados sobre processos que versam sobre idêntica tese jurídica, para que, ao final - sem que houvesse um avanço substancial no seu trato -, ainda chegassem, por diversas vezes, a conclusões diametralmente opostas. Tal multiplicidade de entendimentos, muitas vezes dentro de um mesmo âmbito territorial, tornava improvável saber, aprioristicamente, qual seria a solução de um caso concreto, tornando insegura e anti-isonômica a prestação jurisdicional.

Nesse contexto, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, diversos institutos foram criados no intuito de diminuir, não apenas esse “retrabalho”³, mas também, visando alcançar certa consistência jurídica no julgamento de demandas repetitivas, a citar como exemplos: a repercussão geral (art. 1.035, §1º do Novo Código de Processo Civil⁴) e a sistemática de julgamento de recursos repetitivos no âmbito das cortes superiores (art. 1.036 do Novo Código de Processo Civil⁵).

O Novo Código deu um passo além, pois seguindo uma tendência de valorização do precedente - que tem se tornado cada vez mais comum em países que adotam o sistema do

¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 576.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 de set. 2016.

³THEODORO, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização Lei 13.105 de 16.03.2015*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 394.

⁴BRASIL. Código de Processo Civil, art. 1.035, §1º: para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 de set. 2016.

⁵_____. Código de Processo Civil, art. 1.036: Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 de set. 2016.

civil law -, repetiu diversos mecanismos que se mostraram eficazes, bem como, acrescentou novos, dentre eles o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (“IRDR”).

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (“IRDR”), objeto do presente artigo, é um incidente processual regulado pelos arts. 976 a 987 do Novo Código de Processual Civil, que, por sua vez, exige para sua instauração, o preenchimento dos requisitos previstos em seu artigo inaugural, quais sejam: (i) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre uma mesma questão de direito, e; (ii) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁶, dentre outros, intrínsecos e extrínsecos que serão tratados a seguir.

Salienta-se que é um incidente de competência originária dos tribunais e que poderá ser suscitado de ofício pelo juiz, ou por meio de petição pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. A potencialidade da sua eficiência decorre do fato de que a decisão prolatada ao final do julgamento - respeitado o contraditório como meio ampliativo do debate - vinculará os juízos de primeiro grau vinculados àquele tribunal, bem como, os juizados especiais na mesma condição.

Apresentados os seus contornos, afirma-se que o IRDR já despertava controvérsias antes mesmo da sua efetiva aplicação. Nesse viés, afirma-se não existir consenso sobre a sua origem no direito comparado, sendo atribuído o mérito, em parte⁷ - ou exclusivamente⁸-, à Lei de Reforma Administrativa Alemã de 1991 que introduziu o *Musterverfahren* e à experiência do *Group Litigation Order*⁹ de origem inglesa. Por fim, Neves¹⁰ ainda faz referência ao *Pilotverfahren* austríaco, mas sem maiores explicações.

Segundo Marinoni¹¹, a sistemática alemã trabalha com a noção de julgamento de casos-piloto no qual objetiva-se retirar o entendimento da jurisdição a respeito daquela controvérsia. Cabe salientar, que tal forma de análise de demandas repetitivas realiza uma cisão de julgamento, pois separa-se a tese comum entre as diversas demandas individuais para apreciação conjunta, das particularidades de cada caso. As questões em comum serão julgadas por um tribunal de segundo grau que atuará como instância originária e, depois disso, cada

⁶ _____. Código de Processo Civil, art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 de set. 2016.

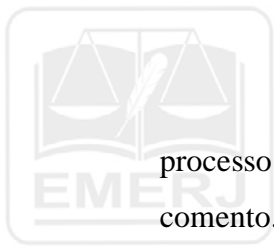
⁷ *ibid.*

⁸ *ibid.*

⁹ MARINONI, op. cit., p. 577 e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manuel de Direito Processual Civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 1415.

¹⁰ *ibid.*

¹¹ MARINONI, op. cit., p. 577.



processo será apreciado por seu juízo natural aplicando-se a decisão quanto a questão em comento.

O autor ainda atribui parte da inspiração do novo incidente a uma segunda experiência, o denominado *Group Litigation Order* que foi introduzido com as *Civil Procedure Rules*, em 1998, objetivando possibilitar uma tramitação conjunta de demandas semelhantes, em uma técnica que se aproxima do que é feito com as ações de classe, a fim de lhes atribuir um tratamento mais efetivo e eficiente¹². O modelo inglês abrange tanto questões de fato, como de direito - desde que comuns ao grupo envolvido-, podendo ser provocada de ofício pelo juiz ou por meio de petição pelos interessados.

Apesar das fortes influências de ambas as experiências poderem ser constatadas em uma rápida leitura das feições desse novo incidente, Neves entende que;

[...] o IRDR é um sistema inovador, já que não adotou plenamente nenhum dos sistemas conhecidos no direito estrangeiro. Julgará o recurso ou ação e fixará a tese jurídica. Parece ser o sistema de causas-piloto, mas não é, porque exige a formação de um incidente processual, não sendo, portanto, a tese fixada na “causa-piloto”. E não é um procedimento-modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente. Um sistema, portanto, brasileiríssimo¹³.

Desse modo, segundo o supramencionado autor, apesar da natureza jurídica de incidente, não é possível adequá-lo a nenhuma das espécies de tratamento procedimental para a solução de processos repetitivos, tratando-se de sistemática nova.

Com base no entendimento dele, é possível afirmar que o modelo inglês tem como foco, a tramitação conjunta de demandas semelhantes, buscando uma eficiência na gestão de processos¹⁴, semelhantemente ao modelo brasileiro, porém com a particularidade de admitir questões de fato e não ser de competência originária dos tribunais, não lhe sendo exigível a formação de um incidente.

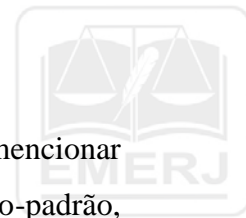
Na sistemática alemã, por sua vez, há o denominado procedimento-modelo, “pelo qual ocorre uma cisão cognitiva e decisória de forma a ser criado um incidente pelo qual se fixa a tese jurídica a ser aplicada em todos os processos repetitivos¹⁵”; todavia, diferencia-se do modelo brasileiro por não realizar o julgamento integral do processo em análise, julgando apenas a questão comum às demandas individuais e remetendo os autos ao juízo natural para o restante.

¹² *ibid.*

¹³ NEVES, *op. cit.*, p. 1.416.

¹⁴ THEODORO, *op. cit.*, p. 577.

¹⁵ *ibid.*, p. 380.



Apesar do incidente ser melhor descrito como algo inovador, é preciso mencionar que doutrina relevante entende que o IRDR “se trata de técnica de procedimento-padrão, igualmente ao sistema alemão”¹⁶, pois entende que o julgamento do tribunal se dá acerca da parte padronizável, sob pena de inviabilizar que tal incidente instaure-se perante os juízos de primeiro grau, já que o IRDR se limita às questões de direito, restando a análise das particularidades e provas para o juízo de aplicação em uma etapa final do procedimento¹⁷.

Dessa forma, resta claro que o novo incidente foi desenvolvido seguindo a tendência de valorização dos precedentes na busca de mecanismos mais efetivos, isonômicos e seguros àqueles que socorrem ao Judiciário. Em boa hora, surge o IRDR que possui um grande potencial quanto à uniformização de jurisprudência, visto que se inspirou em duas experiências de sucesso no direito comparado, mas que, ao mesmo tempo, possui aspectos próprios, unificando características que melhor se adequam ao ordenamento jurídico brasileiro.

2. A COMPLEXIDADE DISFARÇADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DOS REQUISITOS PARA INTERPOSIÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR é uma espécie inovadora de incidente que passa a integrar o microsistema normativo de litigiosidade repetitiva com o Novo Código de Processo Civil. Trata-se de um incidente processual de competência originária dos tribunais e que poderá ser suscitado de ofício pelo juiz ou por meio de petição pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

Para a sua interposição exige-se o preenchimento de requisitos legais previstos no art. 976 do Código de Processo Civil, quais sejam: (i) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre uma mesma questão de direito, e; (ii) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, bem como requisitos não-legais, oriundos de uma interpretação sistemática do texto legal, ou de caráter extrínseco, sendo, todos eles, cumulativos.

Inicialmente, destaca-se a impossibilidade de suscitá-lo de forma preventiva, diferentemente do que previa a redação original do projeto de lei, mas que fora, corretamente,

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ *ibid.*



retirada durante a tramitação perante a Câmara dos Deputados, evidenciando a vocação do IRDR para a formação de precedentes¹⁸.

Nesse sentido, apesar do texto legal não exigir um número mínimo para se autorizar o uso do incidente, não será possível instaurá-lo com base em uma quantidade irrisória processos, devendo ocorrer uma análise razoável e proporcional pelo juízo acerca da sua mensuração. Desse modo, afirma-se que para sua utilização “é necessária a demonstração do efetivo dissenso interpretativo e não um dissenso potencial, sob pena de se instaurar a possibilidade da vedada padronização preventiva”¹⁹.

Entretanto, caminhando em sentido contrário, o Enunciado n. 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis parece ter negado vigência a essa interpretação literal ao dispor que “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”²⁰.

O enunciado traz uma relação de preponderância entre os requisitos legais que não está sequer implícita na redação do texto e, que, caso aplicada, tem o condão de trazer o uso do incidente como meio preventivo da litigiosidade repetitiva ou com base em quantidade irrisória de processos, algo que sempre foi muito criticado pela doutrina²¹.

Ademais, por meio dessa interpretação, ainda vulneraremos os objetivos pensados pelo legislador ao exigir que o acórdão abranja todos os fundamentos suscitados, nos termos do art. 984, §2º do Novo Código de Processo Civil, pois com a utilização do IRDR para a criação de um precedente vinculante busca-se alcançar consistência decisória do Judiciário no julgamento da mesma matéria. Dessa maneira, o acórdão deve decidir o maior número de fundamentos a favor ou contra determinada tese, o que, obviamente, é dificilmente realizado com uma quantidade pequena de processos. Um acórdão vinculante que analise apenas parte das teses se torna ineficaz na condição de precedente vinculante, já que novos argumentos tornariam inservível a sua aplicação.

Em relação ao segundo requisito, salienta-se que além da efetiva repetição em vários processos acerca de uma mesma questão de direito, é preciso que haja um risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica, nos termos do inciso II do art. 976 do Novo Código de

¹⁸DIDIER, op. cit., p. 627.

¹⁹THEODORO, op. cit., p. 379.

²⁰DIDIER; Fredie; BUENO, Cássio Scarpinella; BASTOS, Antônio Adonias. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 227, p. 435-437.

²¹NEVES apud CUNHA, Leonardo José Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 193, mar. 2011.



Processo Civil. Segundo Marinoni, “esse risco se traduz pelo perigo de que, diante da mesma controvérsia a respeito de questão de direito, pessoas recebam tratamento jurisdicional distinto, tratamento esse que comprometa a segurança jurídica”²². Em outras palavras, “vale dizer que, para caber o incidente, deve haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. É preciso, enfim, haver uma controvérsia já disseminada para que, então, seja cabível o IRDR²³”.

Esse requisito deve ser analisado como requisito complementar ao primeiro, pois a mera repetitividade de casos não é suficiente, como na hipótese de repetidos processos julgados no mesmo sentido, devendo existir um risco potencial de ofensa à isonomia e segurança jurídica, de modo que, o IRDR possa ser instaurado.

Acrescenta-se ainda, que o simples tratamento diferente de determinados aspectos da questão jurídica por órgãos distintos, sem que resultem em decisões conflitantes, não será suficiente para ensejar o seu cabimento, pois enquanto não houver um precedente vinculante, é normal que determinados pontos sejam interpretados com singularidades. O que o IRDR busca evitar, conseqüentemente, ensejando o seu cabimento, é que a visão de inevitabilidade da resposta jurisdicional única seja afetada em relação àquela questão específica de direito, sendo essa divergência internalizada pelo sistema²⁴. Ou seja, “quando essas respostas diferentes importem em risco de que se perca a referência a respeito de qual é a orientação jurisdicional sobre determinada questão de direito²⁵” teremos caracterizado o risco à isonomia e segurança jurídica de que trata o inciso II.

Outro aspecto relevante que não pode deixar de ser pontuado se refere a não limitação de matérias passíveis de gerar a sua instauração. Diferentemente da sistemática das ações civis coletivas, nas quais não se admite a veiculação de pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo por Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.347/85, o IRDR foi pensado como um incidente que deve explorar toda a sua potencialidade de uniformização em casos que possam ensejar lesões à isonomia e à segurança jurídica, evidenciado mais um aspecto da tendência de valorização dos precedentes e uma evolução em relação ao modelo anterior.

Nesse mesmo sentido, destaca-se o Enunciado n. 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que dispõe que “não existe limitação de matérias de direito passíveis de

²² MARINONI, op. cit., p. 579.

²³ *ibid.*

²⁴ *ibid.*, p. 580.

²⁵ *ibid.*



gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.²⁶

A par dos requisitos, outro ponto de destaque se refere a necessidade ou não de que alguma das causas em que a questão de direito controvertida se apresenta, já esteja submetida à análise do tribunal que será competente para julgar o incidente, seja por meio de recurso ou por meio de ação originária.

A doutrina tem se dividido quanto ao entendimento a ser adotado. Marinoni²⁷, defende que, apesar do silêncio da lei, existem regras que podem contribuir para a solução do debate. Em apoio à desnecessidade, ele destaca o disposto no art. 977, I do Novo Código de Processo Civil que possibilita que o incidente seja instaurado pelo “juiz ou relator”, o que evidencia a possibilidade de um processo ainda em 1º grau dar ensejo ao IRDR.

Outro argumento de reforço em relação a desnecessidade é trazido pela interpretação histórica do instituto, pois durante a tramitação;

o substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados (Substitutivo n. 8.046, de 2010) acrescentou um parágrafo ao primeiro artigo que tratava do IRDR, exigindo que, para a instauração do incidente seria necessária a pendência de qualquer causa de competência do tribunal. Esse preceito, porém, foi suprimido na versão final do código, o que indica a intenção do legislador em não manter essa imposição. Por isso, não parece lógico pretender extrair do art. 978, p.ú, interpretação que exija a pendência de causa perante o tribunal para que se viabilize o incidente.²⁸

Desse modo, entende parcela da doutrina pela desnecessidade de qualquer processo em trâmite no tribunal para que haja a instauração do incidente.

Por outro lado, há autores²⁹ de grande renome que entendem pela necessidade de ao menos um processo em trâmite no tribunal, justamente sobre o qual deverá ser instaurado o IRDR. Segundo Neves³⁰, “esse requisito não escrito decorre da opção do legislador de prever no art. 978, p.ú do Novo Código de Processo Civil, a competência do mesmo órgão para fixar a tese jurídica, decidindo o IRDR, e julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”. Tendo em vista o disposto no artigo, entendem os autores que se apenas existirem processos na primeira instância, o disposto no p.ú do art. 978, restará inviabilizado, se apresentando então, como um requisito decorrente de uma interpretação sistemática dos artigos sobre o incidente.

A segunda corrente doutrinária apresenta-se como mais adequada, visto que;

²⁶ DIDIER, op. cit., p. 435-437.

²⁷ MARINONI, op cit., p. 580.

²⁸ *ibid.*

²⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 1.401;

³⁰ NEVES, op. cit., p. 1.401.

se não houver caso em trâmite no tribunal, não se terá um incidente, mas um processo originário. E não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais. As competências do STF e STJ estão previstas, respectivamente, no art. 102 e 105 da Constituição Federal, as dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, §1º, CF).³¹

Desse modo, caso se entenda pela desnecessidade de processos no segundo grau para a instauração do incidente, admitir-se-á que, o legislador ordinário crie competência originária aos tribunais, seja em relação às Cortes Superiores, tribunais federais ou estaduais.

Por fim, destaca-se o requisito extrínseco negativo necessário à sua admissão, qual seja a inexistência de afetação de qualquer recurso pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal para formação de um precedente acerca da “matéria repetitiva”, nos termos do art. 976, §4º do Novo Código de Processo Civil. Tal exigência é aplaudida na doutrina³², pois visa evitar que precedentes regionais sejam formados, na pendência de recurso que possibilitará a formação de precedente nacional, o que realiza de forma ainda mais intensa a proteção a isonomia e à segurança jurídica.

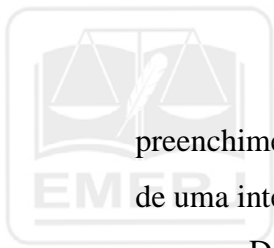
Comprovado o preenchimento dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, o IRDR será admitido – e, posteriormente julgado - pelo órgão colegiado competente e designado por meio do seu respectivo regimento interno. Após a sua distribuição, o relator deverá determinar a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos que estejam sob aquela jurisdição e nos quais se debata exclusivamente a questão de direito a ser examinada. Essa suspensão, nos termos do art. 980 do Novo Código de Processo Civil poderá durar até um ano. Seguidos os demais procedimentos previstos no Código, o acórdão formado após o julgamento deverá abranger todos os fundamentos suscitados que se refiram à tese jurídica decidida, sendo aplicável a todos os processos sob sua competência, inclusive à dos Juizados Especiais.

3. AS POSSÍVEIS VANTAGENS DA SUA CORRETA APLICAÇÃO E O FIM DA LOTERIA JURISPRUDENCIAL

A análise dos requisitos exigidos para a interposição do IRDR deixou evidente a preocupação do legislador de restringir o cabimento dele apenas quando houver o

³¹ DIDIER, op. cit., p. 435.

³² MARINONI, op. cit., p; 581.



preenchimento cumulativo dos requisitos elencados pela lei, de forma expressa ou por meio de uma interpretação sistemática.

Dentre os requisitos analisados, destaca-se a necessidade de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica complementada pela exigência de efetiva repetição de processos com tratamento diverso de matéria idêntica e pela abrangência que se busca alcançar em relação aos argumentos defensivos de cada tese, de modo a tornar consistente a aplicação do futuro precedente.

Nesse viés, apesar do potencial “pacificador” de controvérsias que tem sido atribuído ao IRDR, os operadores do direito deverão ter cautela na sua aplicação. Não é inédito no ordenamento jurídico, a criação de institutos ou mecanismos que se valham da noção de precedente e aplicação vinculante para evitar a repetição de demandas repetitivas ou atribuir tratamento isonômico a questões de direito, não sendo igualmente inédito, o desvirtuamento de sua utilização.

O exemplo clássico nesse sentido se deu com a edição de diversas súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal em desatenção aos requisitos constitucionais, pois baseadas em casos concretos que destoavam da redação do verbete ou em atos normativos que não representavam à época reiteradas decisões da Corte.

Afirma-se pelo desvirtuamento, pois mesmo com a obtenção do resultado pretendido, ao desrespeitarem-se os requisitos constitucionais para a sua edição, o Supremo Tribunal Federal atuou como órgão legislativo, o que caracteriza grave ofensa à separação dos poderes.

O mesmo cuidado deve ser tomado no âmbito dos tribunais estaduais em relação ao incidente, pois conforme previsto no art. 927, III do Novo Código de Processo Civil³³, os juízes e tribunais observarão os acórdãos prolatados em incidentes de resolução de demandas repetitivas, atribuindo grande poder e forte eficácia a essa decisão que deverá ser respeitada pela instância inferior, bem como, pelos Juizados Especiais no âmbito territorial do tribunal prolator.

Cabe salientar que, a simples mitigação dos seus requisitos, já possui o condão desviar a sua finalidade dos objetivos pensados pelo legislador, pois permitiria que os tribunais atuassem até mesmo de forma preventiva a um possível abarrotamento de recursos e ações de competência originária, quando vislumbrassem que determinada matéria poderia ensejar a repetição massiva de processos, algo que deve ser evitado a qualquer custo.

³³BRASIL. Código de Processo Civil, art. 927, III: Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 de set. 2016.

Ao ser utilizado corretamente, o IRDR possibilitará que, questão que fora analisada de forma diversa em múltiplos recursos, seja julgada pelo órgão colegiado competente do tribunal, decidindo-a de forma vinculante, abarcando todas as teses favoráveis e desfavoráveis sobre o tema. Com essa decisão ampla e abrangente, não apenas os casos em trâmite, mas também casos futuros sobre mesma questão, receberão um tratamento isonômico, sendo possível ao juiz e ao advogado posicionar-se adequadamente de acordo com o entendimento exposto pelo órgão prolator.

Esse é outro aspecto sob o qual encontra-se vinculada a potencial eficácia do incidente, pois quanto mais abrangente o acórdão na análise de argumentos contra ou a favor de determinado tema, maior a sua efetividade e menor a possibilidade de os juízes afastarem a sua aplicação por tratarem de argumentos diversos dos levantados pelas partes em determinado caso concreto.

Tal vinculação aliada a abrangência argumentativa do acórdão trará considerável consistência decisória aos juízos, possibilitando que, futuramente, se alcance o fim da “loteria jurisprudencial” causada pela técnica legislativa das cláusulas gerais. Esse fenômeno pode ser explicado como um excesso de julgados contraditórios no trato de questão idêntica dentro de um mesmo tribunal, pois a redação aberta dos dispositivos legais permite que cada juiz possua um entendimento próprio da matéria.

Muito se questiona se a vinculação aos precedentes não interferirá na autonomia dos juízes e na possibilidade deles decidirem de acordo com as suas convicções, obviamente, desde que embasados nos elementos fático-probatórios contidos nos autos. No entanto, a referida indagação deve ser respondida de forma negativa, pois a existência de um precedente sobre o tema não impede que decisões divergentes sejam proferidas, caso os juízes entendam que as peculiaridades do caso concreto a distingam do caso paradigma. O que se exigirá, no entanto, é que a fundamentação dessa decisão divergente seja mais aprofundada, evidenciando as razões impedem a sua aplicação.

É evidente que haverá uma redução da sensibilidade dos magistrados em relação as particularidades do caso, porém essa consequência é diminuta em relação as vantagens que uma decisão vinculante tem o condão de trazer. Em sua tese de mestrado, Perrone sintetiza as vantagens e desvantagens advindas de sua utilização;

a adoção do stare decisis (assim como qualquer sistema baseado em regras) pressupõe uma redução da sensibilidade dos magistrados para as particularidades dos casos. Por isso, ao mesmo tempo que mitiga o risco de decisões contraditórias e



erradas, diminui a perspectiva de se alcançarem soluções ótimas, do ponto de vista da justiça do caso concreto, limitando tanto o mau quanto o bom juiz³⁴.

Afirma ainda, ao tratar do argumento contrário, que;

por outro lado, embora em um regime de decisões com mera eficácia persuasiva haja maior liberdade para a solução das causas, o excesso de julgados contraditórios gera instabilidade e descrédito que corroem a aptidão do Judiciário para criar direito, na medida em que se produz no jurisdicionado e na comunidade jurídica uma impressão de caos e de loteria jurisprudencial³⁵.

Desse modo, é equivocado afirmar que os precedentes normativos acarretam uma inibição da criação judicial, na medida em que os magistrados dos tribunais inferiores estariam obrigados a aplicá-los cegamente, restringindo a sua autonomia decisória.

O que se busca, em uma visão mais ampla do cenário judicial brasileiro, é trazer eficiência, celeridade e isonomia no tratamento de questões repetidas, acarretando, a longo prazo, a diminuição no volume de processos, sem que haja vulneração a nenhuma das garantias processuais do jurisdicionado, desde que os requisitos para a sua utilização sejam integralmente respeitados, sob pena de vulneração a separação dos poderes.

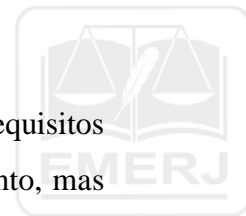
CONCLUSÃO

Como meio de reação ao fenômeno ocasionado pela técnica legislativa das cláusulas gerais, já há algum tempo, o legislador vem buscando meios de alcançar consistência jurídica no trato de determinadas matérias, diminuindo o risco de decisões diametralmente opostas na análise de questão idêntica. Tal reação busca não apenas trazer celeridade e eficiência ao Poder Judiciário, mas também preservar a segurança jurídica e a isonomia no tratamento dos jurisdicionados.

O Novo Código de Processo Civil foi além, trazendo o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, um incidente brasileiríssimo, baseado em duas experiências de sucesso no direito comparado, porém com adaptações para um melhor funcionamento no ordenamento jurídico nacional. O IRDR se vale da sistemática das causas-piloto de origem alemã e do procedimento-modelo de origem inglesa para possibilitar a formação de precedentes vinculantes pelos tribunais estaduais no âmbito de sua jurisdição.

³⁴ SCHAUER, Frederick. *Rules, the Rule of Law, and the Constitution*. Constitutional Commentary, Minneapolis, vol. 6, 1989, p. 69. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes, o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 68.

³⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 68.



Trata-se de incidente de competência originária dos tribunais, com requisitos extrínsecos e intrínsecos que, em uma primeira leitura, parecem de fácil preenchimento, mas após uma análise mais apurada, exigem não apenas a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre uma mesma questão de direito, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica - com as ressalvas a certos dissensos na sua interpretação -, mas também a existência de um processo tramitando perante o tribunal competente para julgamento e a inexistência de qualquer processo afetado à sistemática repetitiva que verse sobre a matéria em questão nos tribunais superiores.

Todos os requisitos exigidos pelo regramento jurídico e pensados pelo legislador, são cumulativos, e imprescindíveis para que o IRDR desempenhe o papel que lhe fora pensado. Conforme exposto, descumpri-los ou sequer mitigá-los já possui o condão de desvirtuá-lo, pois faria com que o Poder Judiciário atuasse preventivamente e acabasse por atuar como legislador positivo, o que caracterizaria ofensa à constituição pelo viés da separação dos poderes.

Desse modo, trata-se de um poderoso instrumento posto à disposição dos jurisdicionados, mas que exige cautela na sua utilização. Se utilizado corretamente o IRDR terá ao seu final a prolação de acórdão que abrangerá todas as teses argumentativas contra e a favor de determinada tese jurídica, demonstrando não apenas como se posiciona o tribunal julgador, mas também como se devem posicionar os órgãos vinculados a ele, inclusive no âmbito dos juizados especiais.

Essa uniformização quanto ao entendimento a ser adotado, evitará que juízos – muitas vezes localizados no mesmo corredor de um tribunal – decidam de forma completamente diferente um caso concreto idêntico, pondo fim ao fenômeno, doutrinariamente, denominado como “loteria jurisprudencial”.

Essa vinculação, apesar de restringir de forma diminuta a autonomia do juiz vinculado, acarreta inúmeros benefícios ao jurisdicionado e ao Judiciário, pois trata de forma isonômica aqueles submetidos a situação idêntica e permite tramitações mais céleres, evitando recursos desnecessários e realizando - a tão aclamada - eficiência processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.



_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER; Fredie; BUENO, Cássio Scarpinella; BASTOS, Antônio Adonias. *Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, v. 227, p. 435-437.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. Ed. Salvador: Juspodium, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil: NCPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 68.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: Volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

THEODORO, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e Sistematização Lei 13.105 de 16.03.2015*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DA COMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO SISTEMA PROPOSTO PELO ECA

Carolina Moreira Miranda

Graduada pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o Direito da Criança e do Adolescente sofreu significativas alterações com o advento da CRFB/88, sendo introduzido o princípio da proteção integral e da condição peculiar de pessoa em estágio de desenvolvimento. Contudo, nas instituições de aplicação da medida socioeducativa de internação se constata a ausência de efetivação destas e de outras garantias previstas no ECA. Sendo assim, a essência do trabalho é questionar a compatibilidade da execução provisória dessas medidas dentro desta realidade.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente. Execução Provisória. Efeitos da apelação no ECA.

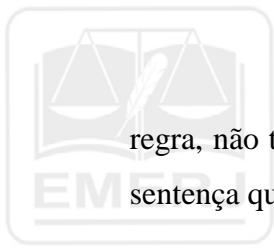
Sumário: Introdução. 1. Do instrumento da execução provisória no processo penal e suas críticas. 2. Características Peculiares Propostas Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Da Inadequação da Execução Provisória para o Sujeito em Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa aborda a controvérsia acerca da compatibilidade da execução provisória com sistema proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Procura-se demonstrar que, tendo como base as características peculiares propostas pelo Estatuto e a realidade da Justiça Juvenil pátria, é questionável a aplicação da medida de internação em execução provisória, antes mesmo do julgamento do recurso apelação, nas hipóteses em que o adolescente ficou em liberdade durante toda a instrução criminal.

Nesse contexto, a Constituição Federal da República traz em seu bojo o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a liberdade. Entretanto, percebe-se que, no que tange a execução provisória da sentença, a jurisprudência pátria é mais rigorosa no tratamento conferido ao adolescente infrator se comparado ao atribuído ao réu no processo penal.

O tema é controvertido na doutrina, embora tenha sido recentemente pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que concluiu que o adolescente infrator, em



regra, não tem direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação interposta contra a sentença que lhe impôs a medida de internação.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os principais princípios do microsistema proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e sua importância para o bom desenvolvimento do público infante-juvenil, em contraposição com os fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o instituto da execução provisória da pena, que é tema de grandes controvérsias no processo penal, tendo em vista o postulado da presunção de inocência previsto no art. 5º, inc. LVII da CRFB/88.

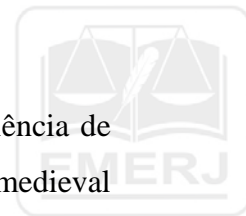
No segundo capítulo, será demonstrado um panorama geral do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Isto porque o seu sistema detém características peculiares, trazendo em seu cerne o paradigma da proteção integral à criança e ao adolescente, a condição peculiar de pessoa em estágio de desenvolvimento e as diversas consequências da internação à vida desses adolescentes. Será analisado, também, o sistema de responsabilização do ECA, à luz do art. 228 da CRFB/88.

O último capítulo destina-se a introduzir a problemática da execução provisória da medida de internação, que tem sido admitida e aplicada pela jurisprudência pátria, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo diante da condição peculiar de pessoa em estágio de desenvolvimento dos adolescentes.

A pesquisa pretendida seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva–qualitativa e parcialmente exploratória, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DO INSTRUMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL E SUAS CRÍTICAS

A Constituição da República Brasileira de 1988 adota, no rol de princípios e garantias fundamentais, positivado no inciso LVII do artigo 5º, o postulado da presunção da



inocência. Essa opção ideológica, segundo Aury Lopes Júnior¹², “decorre da consciência de que o preço pago pela prisão prematura do inocente é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro”. O autor narra²:

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é a proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e a todos a ele submetidos o são, pois só perdem este *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção de inocência constitucional prevista no art. 5º, LVII, da Constituição.

O princípio da presunção de inocência consagra a ideia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esta garantia individual tem seus reflexos no dever de tratamento (o réu deve ser tratado como inocente) e na impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, ou seja, antes do julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário; ressalvadas as hipóteses de flagrante delito ou em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência, de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.³

Não obstante a banalização da prisão cautelar no Judiciário, até o início de 2016, era entendimento pacífico que somente era possível o início da execução da pena com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo que houvesse recurso aos Tribunais Superiores.

Ocorre que, em fevereiro do corrente ano, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, em uma decisão histórica, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal alterou entendimento até então sedimentado na jurisprudência pátria, estabelecendo que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

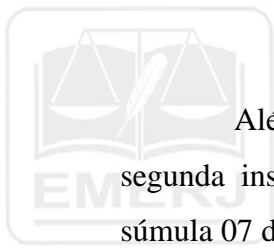
Entre os fundamentos da decisão, está o parágrafo 2º do artigo 27 da Lei n. 8.038/1990, que prevê que os recursos especial e extraordinário são recebidos somente no efeito devolutivo. Com isso, não haveria efeito suspensivo nestes recursos excepcionais, de forma que, o órgão julgador de segunda instância poderia expedir mandado de prisão contra o réu, caso fosse mantida a sentença condenatória⁴.

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 549.

² Idem. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37.

³ 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: 04 abr. 2016.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 04 de abr. de 2016.



Além disso, a decisão se baseou no exaurimento do exame dos fatos e provas na segunda instância. Isto porque, os Tribunais Superiores, de acordo com o enunciado da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça e da súmula 219 do Supremo Tribunal Federal, não realizam reexame probatório. Nessas circunstâncias, estaria, após a decisão de segunda instância, fixada a responsabilidade criminal do acusado.

Com o fim de reforçar a sua decisão, o Ministro Teori Zavascki trouxe à sua fundamentação estudo de direito comparado feito por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman⁵. Nesse é demonstrado que, em vários países, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Alemanha, a execução provisória da pena é, também, possível em segunda instância.

Para tais autores, o princípio da presunção da inocência, assim como os demais princípios constitucionais, não é absoluto. Dessa forma, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, de forma que a execução provisória da pena prevista nos artigos 393, 594 e 637 do Código de Processo Penal, e parágrafo 2º do artigo 27 da Lei n. 8.038/90 não contraria os dispositivos constitucionais.

O jurista Luiz Flávio Gomes⁶, apesar de afirmar o caráter relativo do princípio constitucional da presunção de inocência, discorda da forma como foi permitida a imediata execução da pena pelos Ministros, assegurando ser necessária Emenda Constitucional para tal mudança:

Violando flagrantemente a CF assim como o Sistema Interamericano, o STF não resolveu o assunto definitivamente, visto que ele exige uma rápida Emenda Constitucional (relativamente simples) para solucioná-lo. De minha parte, já estou lutando nesse sentido e falando com todos os parlamentares a que tenho acesso. A presunção de inocência, prevista na CF-88 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), não é um direito (e sim uma garantia) absoluto. O legislador não está impedido de disciplinar o assunto. Note-se que todos os tratados e documentos internacionais (desde o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) diz que a presunção de inocência se derruba “de acordo com a lei” (de acordo com a legislação de cada país). O estágio civilizado do Ocidente exige para isso o duplo grau de jurisdição. Nesse sentido é a Convenção Americana (art. 8º) assim como a jurisprudência interamericana.

Não somente o modo por meio do qual foi adotada a mudança, sem a realização de uma Emenda Constitucional, foi alvo de críticas dos juristas. Analisando-se a decisão de

⁵ FRISCHEISEN, Luiza C. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf> Acesso em. 28 de mar. de 2016.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Decisão do STF sobre execução provisória da pena viola julgados de Corte Interamericana*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/02/22/decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-viola-julgados-de-corte-interamericana/>> Acesso em. 01 de abr. de 2016.

forma pragmática, ou seja, buscando as consequências que trará na realidade social brasileira, é que são encontrados os maiores problemas.

Em primeiro lugar, é fato notório a existência de superlotação carcerária brasileira. Em notícia divulgada em junho do ano passado, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou que a população carcerária somava, à época, 607.731 pessoas. A estimativa era que faltavam 231.062 vagas no sistema carcerário⁷.

Nesse contexto, a decisão do Supremo Tribunal Federal se torna mais preocupante, na medida em que, permitindo a execução provisória da pena após a decisão de segunda instância, o número de mandados de prisão expedidos diariamente pelos Tribunais de todo país irá aumentar consideravelmente.

A superlotação carcerária submete suas vítimas à situação degradante. Há uma completa violação às garantias previstas na Lei de Execução Penal, com péssimas condições de higiene e ausência de trabalho para o apenado. Com isso, torna-se inviável uns dos objetivos da pena: a “ressocialização”⁸. Submetido a todo tipo de constrangimento e privação de direitos, certo é que não há qualquer “ressocialização” para o retorno à sociedade.

Se a questão já é alarmante para os presos definitivos, torna-se mais grave no que tange ao preso provisório. Está se submetendo, como regra, um indivíduo que ainda não esgotou todos os recursos, ou seja, que ainda pode ser declarado inocente pelo Estado, à situação degradante dos presídios brasileiros.

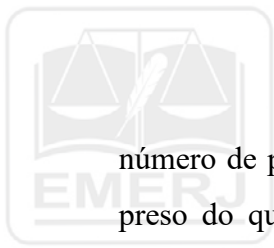
Nesse contexto, Ferrajoli⁹ defende o viés absoluto do princípio da presunção de inocência, dizendo que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso alguns culpados fiquem impunes. Isso porque, o maior interesse do corpo social é que todos inocentes estejam protegidos, bastando que os culpados sejam geralmente punidos.

Contudo, a população brasileira está vivendo um momento de busca pelo fim da impunidade. Com os recorrentes escândalos de corrupção e situações cotidianas de violência, ao que parece, a população brasileira, sobretudo os que não juristas, acredita que o maior

⁷ CANCIAN, Natália. *População carcerária cresce 7% ao ano e soma hoje 607 mil pessoas*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1646639-com-607-mil-presos-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>> Acesso em 04 de abr. de 2016.

⁸ A palavra ressocialização foi colocada entre aspas visto que este objetivo da pena é criticado pelos criminólogos críticos. Esses enxergam um paradoxo no sistema penal, pela impossibilidade de se educar para liberdade pela privação da liberdade.

⁹ FERRAJOLI apud LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., 2013, p. 227.



número de prisões irá melhorar a situação. Nesse contexto, em que “mais vale um inocente preso do que um culpado nas ruas”, a decisão do Supremo Tribunal Federal atendeu aos anseios da mídia por uma resposta aos problemas existentes.

Contudo, não há qualquer comprovação de que a mudança empreendida pelo Supremo amenizará a situação. Segundo Aury Lopes Jr.¹⁰, a criminalidade é um fenômeno complexo, que decorre de fatores biopsicológicos, em que o sistema penal desempenha um papel secundário na sua prevenção. No mais, a pena, nos moldes estabelecidos no nosso país, não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa.

Assim, observa-se que, no processo penal, há inúmeras críticas do instituto da execução provisória da pena.

2. CARACTERÍSTICAS PECULIARES PROPOSTAS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Direito da Criança e do Adolescente foi significativamente alterado com o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, que estabeleceu novos paradigmas ao microsistema. A nova ordem rompeu com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral. Com isso, o legislador constituinte, em seu art. 227¹¹, conferiu às crianças e aos adolescentes, alguns direitos fundamentais importantes para as pessoas em estágio de desenvolvimento. Acerca do novo modelo, Garrido de Paula¹² narra:

O Direito da Criança e do Adolescente almeja a proteção integral, definindo-lhe seu conteúdo os desideratos do desenvolvimento saudável e da integridade. Seus instrumentos genéricos de garantia estão materializados nos princípios do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento e de prioridade absoluta.

Assim, pode se concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem três pilares básicos: a criança e o adolescente são sujeitos de direitos; à afirmação de sua condição

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., 2016, p. 48.

¹¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹² DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 37

peculiar de pessoa em desenvolvimento; e à prioridade absoluta na garantia de direitos fundamentais.

O princípio da prioridade absoluta consagra a ideia de primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Trata-se de princípio estabelecido pelo art. 227 da CRFB/88, com previsão no art. 4º e no art.100, da Lei n. 8.069/90.

No que tange à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento leciona Paulo Afonso Garrido de Paula ¹³:

Evidente a especialidade da criança ou adolescente, impondo consideração permanente de seus atributos individualizados, em constante transformação em seus múltiplos aspectos: físico, mental, moral, espiritual e social. Aos olhos do Direito da Criança e do Adolescente os seus destinatários principais são enxergados sob o prisma do dinâmico, sob a ótica de seus movimentos ascendentes, sob a marcha da sucessão das mudanças, sob o curso das constantes evoluções.

Nesse contexto, o Direito da Criança e do Adolescente integra, também, o sistema de responsabilização, já que, segundo artigo 228 da CRFB/88¹⁴, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, estando sujeito à aplicação do ECA. Assim, o Estatuto estabelece que, no caso da criança (até doze anos incompletos), ser autora de um ato infracional, deverão lhe aplicar medidas de proteção; já o adolescente (entre doze e dezoito anos de idade) que cometer ato infracional estará sujeito à aplicação de medida socioeducativa, podendo variar de advertência à internação em estabelecimento educacional.

Na aplicação destas medidas socioeducativas, o Estatuto instituiu um conjunto de direitos e garantias, conforme expõe Nicodemos¹⁵:

Ainda neste cenário de direitos e garantias contornados por um alto nível de formalidade, são assegurados, conforme o artigo 111 da lei infanto-juvenil, o pleno formal conhecimento da atribuição do ato infracional, uma igualdade na relação processual, podendo se confrontar com vítima e testemunhas e produzir quantas provas sejam necessárias para o exercício pleno de sua defesa. Além do direito de autodefesa, quando o adolescente será ouvido pela autoridade judiciária, inclusive, com a presença de seus pais, por razão lógica do dispositivo supracitado, o adolescente terá o direito a uma defesa técnica, que deverá ser exercida por meio de

¹³ DE PAULA, op. cit., p. 37.

¹⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹⁵ NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 03 de out. de 2016

um advogado habilitado. Assegurou ainda o legislador estatutário a plena gratuidade na assistência judiciária, quando necessário.

Além disso, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, estabeleceu que os objetivos das medidas socioeducativas são a responsabilização do adolescente, a integração social e a desaprovação da conduta infracional (art. 1º, parágrafo 2º, da Lei n. 12.594/12). Na aplicação da medida, deve se levar em conta a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, parágrafo 1º da Lei n. 12.594/12).

Sobre o tema, Santos¹⁶ aduz que:

A política de proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um sistema moderno de instrumentos e de procedimentos jurídico-administrativos para enfrentar o problema do comportamento anti-social da juventude, criando novas categorias jurídicas para expressar seus conceitos centrais: a lesão de bem jurídico proibida em lei sob ameaça de pena, chama-se ato infracional – e não crime; a reação oficial como consequência jurídica do ato infracional, chama-se medida socioeducativa – e não pena; a privação de liberdade do adolescente por medida sócio educativa, chama-se internação – e não prisão, etc.

Com isso, em obediência ao princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, a medida privativa de liberdade imposta ao adolescente deverá atender dois princípios constitucionais: o princípio da excepcionalidade e o princípio da brevidade (CFRB/88, art. 227, parágrafo 3º, inciso V). Por estar o adolescente em constante mudança, a aplicação de medida que lhe prive de sua liberdade deve ocorrer somente em último caso e pelo menor tempo possível.

Contudo, apesar do reconhecimento do mérito do Estatuto da Criança e do Adolescente em estabelecer tais direitos e garantias, Carvalho¹⁷ mostra que, em comparação com justiça penal dos adultos, o sistema de Justiça Juvenil padece de efetividade. A razão seria uma “lógica interpretativa de exclusão”¹⁸ destes adolescente em conflito com a lei do seio social.

A “lógica interpretativa de exclusão” parte da ideia de que a imensa maioria dos jovens submetidos às medidas socioeducativas previstas no ECA são negros e de baixa renda,

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos*. Curitiba: Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

¹⁷ CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão; MAYER, Denise Both. *Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral*. Disponível em: <<http://ufrj.academia.edu/salocarvalho>>. Acesso em: 26 de set. de 16. p. 12.

¹⁸ NICODEMOS, op. cit., p. 78.

furtados do acesso à educação, saúde básica, lazer, etc. Assim, a criminalização destes jovens não teria como causa as carências sociais; mas, pelo contrário, o seu *status* social seria “a própria origem da filtragem do processo de criminalização”¹⁹.

Santos²⁰ é categórico ao afirmar que:

A situação da juventude brasileira é agravada pelo processo de marginalização, com exclusão do adolescente do sistema escolar e do mercado de trabalho. (...) Milhões de adolescentes das favelas e bairros pobres dos centros urbanos são obrigados a sobreviver com meios ilegítimos pela simples razão de que não existem outros: vendem e usam drogas, furtam, assaltam e matam – e sobre eles recai o poder repressivo do Estado, iniciando a terceira e decisiva consequência da exclusão social, a criminalização de marginalizados rotulados como infratores, prisionalizados no interior de entidades de internação da FEBEM, que introduz os adolescentes em carreiras criminosas definitivas.

Nesse contexto, entre hipóteses que evidenciam a minimização das garantias, em relação à interpretação e à aplicação do direito da execução, se observa a determinação de cumprimento de medidas socioeducativas sem trânsito em julgado²¹, com a impossibilidade do adolescente aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

No entanto, conforme será abordado no capítulo seguinte, esta situação é alvo de inúmeras críticas pelos doutrinadores.

3. DA INADEQUAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PARA O SUJEITO EM DESENVOLVIMENTO

Em razão da inexistência de regras explícitas para o processo de execução das medidas sócioeducativas, após mais de 25 anos do advento no Estatuto da Criança e do Adolescente, jurisprudência e doutrina pátrias ainda discutem e divergem sobre a (im)possibilidade e (in)compatibilidade de cumprimento da medida socioeducativa de internação.

¹⁹ SANTOS, op. cit., p.4

²⁰ Ibid.

²¹ CARVALHO, op. cit., p. 12.



O Supremo Tribunal Federal²² adota o entendimento de que, em que pese a medida de segurança ter, primordialmente, a natureza pedagógica e finalidade protetiva, reveste-se de caráter sancionatório-aflitivo, de forma que o postulado da presunção de inocência se aplica ao processo que apura a prática de ato infracional. Por isso, não seria adequada a internação provisória, que tem natureza cautelar e não satisfativa, afora as hipóteses que demonstrem a necessidade imperiosa da medida.

Em contrapartida, recentemente, a 3^a Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão afirmando a possibilidade de imediato cumprimento da medida socioeducativa de internação, ainda que pendente recurso de apelação e ausente internação provisória durante o processo. O fundamento trazido no voto vencedor, é que a medida socioeducativa tem como missão precípua não a punição pura e simples do adolescente em conflito com a lei, mas, principalmente, a ressocialização e a proteção do jovem infrator. Seria, portanto, prejudicial o retardamento do início do cumprimento da medida e a manutenção do adolescente na situação de risco²³.

Por vezes o Superior Tribunal de Justiça²⁴ equipara a internação provisória à antecipação de tutela, de forma a fundamentar a concessão de efeito meramente devolutivo à apelação, quando o adolescente tenha permanecido, durante toda a instrução processual, internado provisoriamente. É que, o art. 108, parágrafo único, do ECA, prevê a internação provisória como tutela antecipada, de modo que seria hipótese de exceção ao duplo efeito do recurso de apelação (art. 1.020, §1º, inc. V, CPC/15).

Como se pode observar a delicada questão que atinge milhares de jovens em todo Brasil ainda é extremamente controvertida na nossa jurisprudência. Tal fato, é criticado pela doutrina, que se preocupa com as consequências de uma segregação prematura na vida destes adolescentes.

É que, o argumento do Superior Tribunal de Justiça, de que a medida de internação busca primordialmente a “ressocialização e a proteção do jovem infrator” não parece ser

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 122.072-SP. Relator: Ministro Dias Toffoli Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6820616>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 346.380-SP. Relatora: Ministra Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340168874/habeas-corporus-hc-346380-sp-2015-0326099-0/inteiro-teor-340168900>>. Acesso em: 24 de ago. de 2016.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 338.475-SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61145793&num_registro=201502569510&data=20160531&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 26 de set. de 2016.



visualizado na realidade cotidiana dos adolescentes. Ellen Rodrigues²⁵, em sua tese de doutorado, pôde realizar uma análise empírica, acompanhando a aplicação de medidas socioeducativas no Estado de Minas Gerais. Concluiu que “através de práticas violentas, os adolescentes são privados de liberdade e têm seus direitos violados”. Edson Passetti²⁶ conclui que, embora o ECA seja a legislação mais avançada que já se criou no Brasil, “é inquestionável que a mentalidade jurídica permanece penalizadora e cada vez mais contrária aos postulados presentes no diploma”.

Kátia Maciel²⁷, divergindo da decisão proferida pelo STJ no HC n. 346.380-SP, entende que, nos casos em que o adolescente permaneceu em liberdade durante todo o curso da instrução do processo socioeducativo, a sua apelação, necessariamente, deverá ser recebida no duplo efeito, ou seja, deverá ter o efeito devolutivo existente em qualquer recurso de apelação e o efeito suspensivo, de forma a permitir que o jovem aguarde o julgamento colegiado em liberdade. Assim, somente não haveria efeito suspensivo quando permanecessem inalteradas as razões que justificaram a internação provisória durante a instrução criminal.

Além disso, merece críticas o fundamento de que a internação provisória é espécie de tutela antecipada, de modo que seria hipótese de exceção ao duplo efeito do recurso de apelação. Ora, à luz da instrumentalidade do processo, em que esse é enxergado como mero instrumento para o acesso à ordem jurídica justa²⁸, cada vez tem menos espaço, principalmente com o advento do Novo Código de Processo Civil, a privação de direitos fundamentada em aspectos processuais. A necessidade ou não da internação do adolescente deve ser analisada de forma casuística, à luz das orientações previstas no ECA e na Constituição, não podendo ser estabelecida somente com base em aspectos processuais.

No mais, sob uma falaciosa justificativa protetiva, percebe-se que a segregação destes adolescentes não segue a lógica da *ultima ratio*, último recurso, de forma que, como observa Ellen Rodrigues²⁹ “a despeito das novas diretrizes, preconizam a necessidade de

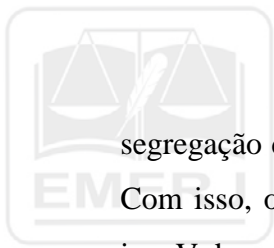
²⁵ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 173

²⁶ PASSETTI apud RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 173

²⁷ MACIEL, Kátia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 811

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 53.

²⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 189



segregação dos adolescente infratores e enxergam a punição como a *prima ratio* do sistema”. Com isso, ocorre a recorrente violação ao princípio da excepcionalidade consubstanciado no inc. V do art. 227³⁰ da CRFB/88.

Assim, o quadro da Justiça Juvenil se torna alarmante, principalmente quando observados os dados trazidos pelo CNJ em 2012, que, em trabalho de investigação das reais condições do sistema socioeducativo brasileiro, concluiu que na totalidade dos estabelecimentos havia superlotação. No Ceará a taxa de ocupação alcançava o patamar de 221%!

Veja a conclusão do Relatório de Visita feito no Rio de Janeiro em outubro de 2012³¹:

Maioria das unidades antigas, fora dos padrões arquitetônicos do SINASE; Concentração de todas as unidades na capital ou região metropolitana; Tratamento assemelhado ao prisional; Na Unidade Instituto Padre Severino: violência dos agentes, inclusive com uso de gás de pimenta; péssima qualidade da alimentação; ociosidade dos adolescentes; ida à escola em dias “alternados” ou mesmo apenas semanalmente; Separação dos adolescentes nas unidades por “fração”, ao invés de idade, compleição física e gravidade da infração;

Desse modo, se observa que a realidade da Justiça Juvenil brasileira não está distante da realidade da Justiça Penal. Ambas padecem com a banalização das medidas de segregação provisória e com a superlotação de seus estabelecimentos, se divorciando das garantias e direitos previstos na Constituição e nas respectivas legislações.

Carvalho³² alcança a mesma conclusão:

As diversas “frestas” criadas pelos operadores do direito na interpretação do ECA produzem a aplicação de um direito tutelar, filiado à Doutrina da Situação Irregular, de matriz discriminatória e criminalizante. De forma paradoxal, assiste-se na atualidade, sob a vigência da Constituição democrática de 1988 e do ECA, à retificação lógica menorista. Em vez da proteção, a aplicação inquisitória da lei assegura aos adolescentes, sujeitos em especial situação de desenvolvimento, um mínimo de garantias em relação aos adultos julgados e processados por delito.

Não obstante, quanto aos adolescentes, a questão é mais preocupante já que esses são seres em desenvolvimento. Ora, não restam dúvidas de que o discurso do STJ de primazia da natureza pedagógica e finalidade protetiva da medida socioeducativa de internação se afasta

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Programa Justiça ao Jovem*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/programa-justica-ao-jovem>>. Acesso em: 04 de out. de 2016.

³² CARVALHO, op. cit. p. 29.



da realidade de Justiça Juvenil pátria. É forçoso reconhecer a lógica punitiva desse sistema, com a natureza penal das sanções e tratamento análogo ao prisional.

Havendo essa natureza penal na imposição dos atos infracionais aos adolescentes, nada mais justo do que conceder a estes um sistema de responsabilização em iguais condições aos adultos. Nesse sentido, deve ser concedida aos jovens, em regra, a oportunidade de aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade. Caso contrário, conforme narra Rodrigues³³, “estar-se-ia impondo ao adolescente um sistema de responsabilização mais severo que o de adultos, o que infringe todos os princípios que informam a perspectiva garantista de proteção do indivíduo no Estado democrático de Direito”.

Diante dessa necessidade, deve haver a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, com a imposição da internação provisória somente nas hipóteses em que se mostrar necessário para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, CPP). Pois, fora essas hipóteses, deve ter o direito de jovem aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

Essa é uma medida que busca efetivar os princípios da excepcionalidade e brevidade esculpidos no inc. V do art. 227 da CFRB/88, bem como os princípios da intervenção mínima³⁴ e da presunção de inocência, aplicáveis aos adolescentes, segundo a jurisprudência do STF (HC n. 122.072-SP).

Por fim, é necessário o respeito ao art. 93, inc. X, da CFRB/88, com a fundamentação das sentenças que decidirem pela necessidade imperiosa da execução provisória da medida de internação do adolescente. Sendo assim, deve o magistrado demonstrar quais circunstâncias de fato existentes no caso concreto impedem que o jovem aguarde o julgamento do seu recurso em liberdade.

CONCLUSÃO

³³ CASARA, apud. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 255.

³⁴ O princípio da intervenção mínima está previsto no art. 100, inciso VII do ECA e consagra a ideia de que o Estado deve intervir somente quando for estritamente necessário a garantir a efetivação de direitos e garantias.



O presente trabalho procurou analisar a (im)possibilidade e (in)compatibilidade da execução provisória da internação, tendo em vista que, mesmo passados 25 (vinte e cinco) anos do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o tema não foi pacificado na jurisprudência.

Percebeu-se que, apesar da legislação pátria ter seu mérito reconhecido, por ter garantido às crianças e aos adolescentes os direitos e garantias exigidos a nível internacional, como na Declaração Universal dos Direitos da Criança e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, 1969, padece de efetividade.

Há inegável inversão da regra prevista no ECA, de primazia das medidas socioeducativas em que não haja restrição da liberdade, com a manutenção do jovem no seio familiar e social, sendo utilizada a internação como *prima ratio* do sistema de Justiça Juvenil.

A situação é inquietante, visto que não se verifica nos estabelecimentos de cumprimento da medida de internação, a obediência às garantias previstas na Constituição, no ECA e na Lei do SINASE. O que se tem é uma lógica punitiva, com natureza penal das sanções e distanciamento da natureza pedagógica e finalidade protetiva.

Não obstante, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de execução imediata da medida de internação, sem a possibilidade do adolescente recorrer em liberdade, mesmo que assim tenha permanecido toda a instrução, se baseando, justamente, no seu caráter protetivo e pedagógico.

Com isso, a dificuldade está em lidar com a distinção entre as previsões constitucionais e do Estatuto e a realidade da Justiça Juvenil, na medida em que há na lei a previsão de um modelo baseado na proteção integral e na prática as medidas aplicadas aos jovens se equiparam às penas aplicadas aos adultos no processo penal.

Desse modo, se quanto aos adultos a execução provisória da pena, após fixação da responsabilidade criminal do acusado em segunda instância, determinada pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, foi alvo de críticas pela doutrina garantista, o mesmo ocorre em relação aos adolescentes, de forma ainda mais delicada.

Afinal, a grande mudança de paradigma feita pela CRFB/88 em relação à criança e ao adolescente foi enxergar a todos como iguais e como a esperança de um futuro melhor. Porém, a Justiça Juvenil atual possui uma lógica interpretativa de exclusão e seletividade, em



que, rigorosamente, os que sofrem com as carências sociais são aqueles que experimentam a superlotação e péssimas condições das instituições.

Assim, é preciso alinhar a jurisprudência com a realidade vivida dentro das instituições de cumprimento da medida de internação.

Em um primeiro momento, conclui-se pela necessidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, diante do inegável caráter penal da imposição da medida de internação. Desse modo, somente poderia haver a restrição da liberdade se houvesse das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, que dão ensejo à execução provisória da pena.

Conquanto, é imprescindível que haja a promoção de políticas públicas voltadas a efetivação da legislação infanto-juvenil, com a adequação das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional ao previsto na Lei do SINASE, no ECA e, principalmente, na Constituição. Somente, então, poderia ser fundamentada a execução provisória da medida de segurança no seu caráter pedagógico e na finalidade protetiva.



REFERÊNCIAS

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: 04 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 338.475-SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61145793&num_registro=201502569510&data=20160531&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 346.380-SP. Relatora: Ministra Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340168874/habeas-corpus-hc-346380-sp-2015-0326099-0/inteiro-teor-340168900>>. Acesso em: 24 de ago. de 2016.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 122.072-SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6820616>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 04 de abr. de 2016.

CANCIAN, Natália. *População carcerária cresce 7% ao ano e soma hoje 607 mil pessoas*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1646639-com-607-mil-presos-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>>. Acesso em 04 de abr. de 2016.

CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão; MAYER, Denise Both. *Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral*. Disponível em: <<http://ufrj.academia.edu/salocarvalho>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

CASARA, apud. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Programa Justiça ao Jovem*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/programa-justica-ao-jovem>>. Acesso em: 04 de out. de 2016.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.



FRISCHEISEN, Luiza C. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outroseventos/outros-eventos/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf> Acesso em. 28 de mar. de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Decisão do STF sobre execução provisória da pena viola julgados de Corte Interamericana*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/02/22/decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-violajulgados-de-corte-interamericana/>> Acesso em. 01 de abr. de 2016.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Aury Lopes. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37.

MACIEL, Kátia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 03 de out. de 2016

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos*. Curitiba: Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2016.



O “NOVO” DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 2010.

Carolina Silvino de Sá Palmeira.

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade federal do Rio de Janeiro(UFRJ). Advogada.

Resumo – as relações familiares sofreram profundas transformações ao longo dos séculos. A elas se seguiu o próprio divórcio, modificado por inúmeras legislações e que, mesmo após a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, permanece controvertido na doutrina. De outro lado, a jurisprudência se adéqua aos novos tempos e defende a revogação dos institutos da separação judicial e da separação de fato. A essência do trabalho é verificar se permanecem em vigor os referidos institutos no ordenamento jurídico e qual é a melhor solução frente às necessidades da sociedade e do Judiciário.

Palavras-chave - Direito de Família. Divórcio. Emenda Constitucional n.66 de 2010. Separação judicial. Separação de fato.

Sumário – Introdução. 1. Remanescência da separação de fato no ordenamento jurídico pós Emenda Constitucional n. 66 de 2010. 2. O “novo” divórcio e o CPC de 2015 em confronto com o CPC de 1973. Um estudo comparativo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do “novo” divórcio trazido ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 66 de 2010. Um dos objetivos deste estudo é identificar o posicionamento dos Tribunais e da legislação civil a respeito do tema, assim como identificar uma possível solução capaz de promover maior celeridade dos processos em trâmite, em consonância com os valores sociais atualmente consagrados.

A sociedade brasileira sofreu uma profunda modificação. Desde a aprovação do Decreto 181 de 1891, perpassando pela lei do divórcio em 1977 – a qual, diga-se, sofreu resistências de grupos mais conservadores- até a chegada da referida Emenda Constitucional, muitas décadas se passaram e muitas foram as transformações no conceito de família. A noção de divórcio atualmente pouco se assemelha àquela de 1977, menos ainda àquela referida no citado Decreto.

Desde a Reforma do Judiciário, instaurada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, busca-se a celeridade no tocante aos processos de divórcio, evitando rupturas ainda mais traumáticas e o atravancamento do Poder Judiciário. À guisa de exemplo, tem-se o divórcio extrajudicial, aprovado por lei ordinária publicada em 2009, a qual concede aos casais sem bens constituídos na constância da união e sem filhos a possibilidade de, em cartório, separar-se, diminuindo custos e conflitos de ordem emocional.



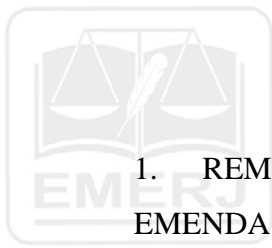
Em âmbito judicial, um ano depois, a nova Emenda Constitucional 66 trouxe aos casais que se pretendam divorciar, um avanço. Ao invés de ajuizar uma ação de separação judicial que, após 1(um) ano, seria convertida em divórcio ou aguardar por longos 2(dois) anos a constituição de uma separação de fato para ajuizar uma ação de divórcio, atualmente pode-se ir a juízo buscar o divórcio direto sem a transcorrência de referidos lapsos. Para alguns setores da doutrina, trata-se de uma transformação consentânea com a noção de família apreendida atualmente. Para outros, a desmistificação do casamento como instituição sagrada e a banalização das relações interpessoais.

Essa transformação, porém, não está imune a problemas de diversa ordem. Apesar da modificação operada no artigo 226, §6º, da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 não sofreu revogação dos dispositivos relacionados à separação judicial. Diante desta realidade, há decisões que, em defesa da tese da não extinção do instituto, não convertem as ações de separação judicial em divórcio, assim como há diversas outras que, atentas à modificação constitucional, convertem os processos em trâmite bem como os recentemente ajuizados para divórcio direto, buscando um maior aproveitamento do trabalho no Judiciário brasileiro.

O objetivo da pesquisa, portanto, será responder a seguinte pergunta: ainda se pode falar em separação judicial ou de fato no Brasil? Com base nessa questão, buscar-se-á soluções que promovam a celeridade no Judiciário brasileiro, em respeito aos princípios envolvidos como, por exemplo, promoção do bem de todos, dignidade da pessoa humana e direito à felicidade, construídos pela Assembleia Constituinte de 1987.

Para isso, buscar-se-á, ao longo deste trabalho, trazer e selecionar a bibliografia mais extensa e consentânea com o tema que abranja desde os primórdios do divórcio no Brasil até o panorama contemporâneo bem como as controvérsias a seu respeito. A autora trará ainda jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores e estaduais, em especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de averiguar o posicionamento a respeito do tema.

A pesquisa, portanto, tem viés qualitativo, e ampara-se em bibliografia de direito de família, especialmente acerca do divórcio, sem descuidar da abordagem clássica e pioneira de autores mais contemporâneos, além de pesquisa jurisprudencial e legislativa com o fito de embasar as posições trazidas e defendidas pela autora do presente artigo científico, além de breve menção a aspectos históricos e culturais.



1. REMANESCÊNCIA DA SEPARAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÓS EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010.

Em que pese a emenda à Constituição de n. 66 ter estabelecido a dissolução civil do casamento pelo divórcio e extinto o lapso consubstanciado pela separação de fato ou judicial como condição para o divórcio, ainda resta a dúvida acerca da manutenção do instituto da separação judicial e da conversão em divórcio no Código Civil de 2002, no qual os dispositivos permanecem em vigor.

O artigo 1.571 do CC02 dispõe, no inciso III, que a sociedade conjugal termina pela separação judicial. O artigo 1.580, por sua vez, ainda fez remanescer a distinção entre separação de fato e a separação judicial e a necessidade de lapso para a conversão em divórcio. A Constituição Federal de 1988, porém, desde a edição da mencionada Emenda, não mais menciona a separação, seja ela judicial ou de fato.

A redação do artigo 226, §6º da Constituição Federal da República, antes da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 dispunha que a dissolução do casamento estava condicionada ao requisito temporal estabelecido pela separação judicial por mais de um ano ou separação de fato comprovada por mais de dois anos.

A redação do mesmo dispositivo restou assim emendada: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio¹.

A ausência de unanimidade sobre o tema já fora trazida pela doutrina em outras ocasiões.² A desembargadora Maria Berenice Dias, à época da edição da Emenda 66, chegou a cunhar a expressão “Novo Divórcio” como denominação para uma atividade legislativa pioneira, no sentido de extinguir o decurso do prazo como estágio intermediário.³ O nome também restou cunhado na obra de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.⁴ Caio Mário chega a afirmar que a medida veio com o fim de acabar com a interferência do estado na intimidade conjugal.⁵

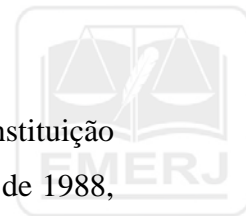
¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em : 1º de Agosto de 2016.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 293.

³ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.10.

⁵ PEREIRA. op. cit. p. 294.



No mesmo sentido, Paulo Lôbo defende o princípio da força normativa da Constituição e a necessária interpretação sistemática do Código Civil com a Constituição Federal de 1988, que excluiu o instituto da separação e que “o resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir”.⁶ Do mesmo modo pensa Tânia da Silva Pereira, atualizadora do professor Caio Mário, que acrescenta, por sua vez, que a emenda constitucional suprimiu, ainda, qualquer prazo para propositura do divórcio, incluindo o divórcio extrajudicial, introduzido pela lei 11.445/07⁷.

No entanto, nem mesmo a jurisprudência tem defendido a possibilidade de reflexão, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual o relator de um acórdão defendeu que, como o instituto da separação judicial não foi recepcionado, há aplicação imediata da emenda em questão, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico.⁸ Outras decisões, a exemplo do Tribunal paranaense, defendem a impossibilidade jurídica do pedido de separação judicial,⁹ e, no mesmo sentido, Flávio Tartuce, que aponta que as separações judiciais em curso devem ser extintas sem julgamento do mérito, pelo mesmo fundamento, salvo se já houver sentença prolatada.¹⁰

Em sentido contrário, Gischkow defende que a Constituição não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio e que, como tal, apenas foi afastada como requisito ao divórcio, mas permaneceria no sistema brasileiro enquanto não revogado o Código Civil. Acrescenta, por sua vez, ser esta uma alternativa viável para aqueles enlaces matrimoniais de cônjuges cuja religião não admite o divórcio¹¹. No mesmo sentido, está a posição de Álvaro Villaça Azevedo, para quem, aliás, existindo, nesse caso, excepcionalmente, a separação de fato, ambos devem se manifestar nesse sentido, pois um, pretendendo o divórcio, não pode ser obstado pelo outro.¹²

⁶ LÔBO, Paulo. “PEC do divórcio”: Consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias*, São Paulo, ano XI, n.11, p. 5-17, ago-set. 2009.

⁷ PEREIRA, op. cit., p. 296.

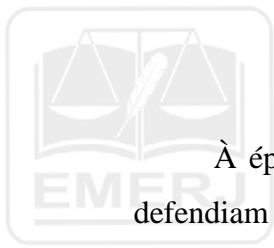
⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI n. 990.10.357391-3. Relator: Desembargador Caetano Lagrasta. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=4D44D98B48A02CB7B852BA860BA87744.cpo10?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=990103573013>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁹ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2.ed. São Paulo: Método, 2016, p.390.

¹⁰ *Ibid.*, p. 395.

¹¹ GISCHKOW, apud PEREIRA, op. cit., p. 296.

¹² AZEVEDO, apud TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p.387.



À época da emenda, outros estudiosos igualmente se insurgiram e, como argumento, defendiam que enquanto não abolida totalmente pelo legislador, pode a separação ser utilizada por aqueles que não têm certeza quanto à separação, que nutrem a esperança de voltar a conviver com o outro.¹³ O desembargador Luiz Felipe Brasil Santos defendeu que a eliminação constitucional de requisitos para obtenção do divórcio apenas “abriu uma porta” para a modificação da legislação infraconstitucional, porém, enquanto previsto em lei ordinária, da qual não se reputou, por ora, a inconstitucionalidade, o instituto da separação judicial, remanesceria como possível.¹⁴

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o entendimento dominante é que a Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010 extinguiu o instituto da separação judicial e, com ele, o necessário decurso do tempo para a conversão em divórcio, possibilitando o divórcio direto. Em uma das primeiras decisões sobre o tema, decidiu-se pela inexistência de tais requisitos.¹⁵ No mesmo sentido, outra decisão do mencionado Tribunal, julgada em 2012, afirma ser antieconômica a posição acerca da manutenção da separação judicial¹⁶, indo de encontro ao espírito da Emenda, razão pela qual, inclusive, defende que, iniciado o processo de separação judicial, a intimação das partes para verificar o interesse do prosseguimento no feito ser desnecessária, confrontando as posições de Maria Berenice Dias¹⁷ e Caio Mário da Silva Pereira¹⁸.

Maria Berenice Dias, em defesa da automática revogação da legislação infraconstitucional no que tange à separação de fato e de direito, traz, em sua obra, decisão em ação direta de inconstitucionalidade de n. 02, julgada em 1997, a confirmação de que a Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, ao contrário, revoga-as, pelo fato de ser ela a norma superior.¹⁹ Em sentido semelhante, Tepedino defende a incompatibilidade dos prazos do artigo 1.580 do Código Civil de 2002 com a

¹³ SCHÄFER, Gilberto. *A separação ainda pode ser utilizada*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separação-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar?pagina=2>> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

¹⁴ SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Lei do divórcio precisa acabar com entraves legais*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-jul-25/lei-divorcio-acabar-entraves-legais-exercicio-liberdade>> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0040623-23.2008. 8.19. 0002. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038308FA5841A82B902FEE4F5531E2D59C7DC40249422D>>. Acesso em: 15 ago.2016.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0004051-55.2005.8.19. 0008. Relator: Desembargador Jorge Luiz Habib. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003188E438A370FA4B33C251287781F56139DC4031F3C13>> Acesso em: 15 ago.2016.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

¹⁸ PEREIRA, op. cit., p. 299.

¹⁹ DIAS, op.cit., 2010, p.30.



Emenda Constitucional de 2010, contudo, defende a manutenção da separação de direito no ordenamento jurídico²⁰.

Em resposta aos opositores da extinção do instituto, Dias afirma que a alusão feita à dissolução da sociedade conjugal diz respeito à extinção de vínculo conjugal, abrangendo o divórcio, morte do cônjuge e invalidez.²¹ Mesmo antes da Emenda, defendia que as limitações impostas ao divórcio feriam o postulado da dignidade da pessoa humana e, por isso, inconstitucionais eram os dispositivos que deste modo procediam²².

Vale destacar, ainda, a Resolução n. 120 de 30.09.2010 do CNJ²³ que dispensou o prazo para possibilitar o divórcio extrajudicial, chancelando a referida emenda.²⁴ Por sua vez, Caio Mário ressalva que, em processo de conversão de separação em divórcio, já iniciados, o juiz, de ofício, pode proceder a imediata decretação do divórcio, sem indagar sobre o decurso do tempo transcorrido.²⁵

A indissolubilidade do matrimônio, portanto, nas palavras de Gagliano, permaneceu apenas no Direito Canônico, no cânone 1.056.²⁶ Gagliano e Pamplona Filho acrescentam ainda que, mesmo em alguns setores da Igreja Católica, o argumento da permanência da separação judicial e do decurso de prazo para o divórcio não se sustentam, visto que, nas palavras de Dom Geraldo, a indissolubilidade tem relação com a crença de cada um, não se estendendo ao âmbito jurídico.²⁷

2. O “NOVO” DIVÓRCIO E O CPC DE 2015 EM CONFRONTO COM O CPC DE 1973. UM ESTUDO COMPARATIVO.

A Lei 5.869/73, mesmo após a publicação da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, permaneceu íntegra no tocante ao termo “separação”. No Livro IV, referente aos Procedimentos Especiais, no Título II, que tratava de Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária, no capítulo III, ainda era possível encontrar a referência a expressão “separação”.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 154.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204-205.

²² *Ibid.*, p. 205.

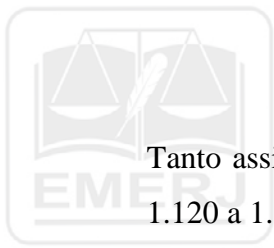
²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 120 de 30 de Setembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_120_30092010_11102012191438.pdf> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

²⁴ DIAS, op. cit., 2015, p. 207.

²⁵ PEREIRA, op. cit., p. 299.

²⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.34.

²⁷ ROCHA, apud GAGLIANO. *O novo divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.54.



Tanto assim o é que o Capítulo III está intitulado como “Da separação consensual” (artigos 1.120 a 1.124-A). No mesmo sentido, a Lei 6.515/77²⁸, denominada “Lei do Divórcio”, ainda não fora revogada e dispõe sobre a separação judicial e sua possibilidade de conversão em divórcio. Aliás, ainda há remissão ao Código de Processo Civil de 1973, bem como ao instituto da culpa, o qual, para Dias²⁹, demonstra-se superado. Por tal razão, como já se tratou no capítulo anterior, permanece o debate acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento jurídico.

A Lei 13.105/15, do mesmo modo, não revogou a separação. A separação consensual, inclusive, foi mantida nos artigos 731 a 733. Quanto aos limites da jurisdição nacional, a exclusividade da autoridade judiciária brasileira está estabelecida no artigo 23, inciso III e, novamente, se faz referência à separação judicial. O novo Código de Processo Civil, ainda, no tocante à competência, dispõe, no artigo 53, inciso I, sobre a ação de separação. O novel diploma legal faz referência também à separação de corpos e a separação no artigo 189, inciso III e §2º, assim como o capítulo das ações de família, no artigo 693, ainda trata da separação litigiosa³⁰.

Flávio Tartuce faz um alerta para a permanência do instituto da separação na Lei 13.105/15, o qual nascera como um instituto “morto”. Aponta o autor que, quando da elaboração do parecer final pelo Senado Federal, várias emendas foram apresentadas no sentido de retirar do texto legal o referido instituto, as quais foram rejeitadas pelo Senador Vital do Rego.³¹ O autor entende ser viável a defesa de que o artigo 1.124-A, §3º, do antigo Código de Processo Civil permanece em vigor, mesmo tendo sido expressamente revogada a antiga norma processual, conforme a redação do artigo 1.046 do NCPC. Ensina que o dispositivo foi introduzido por uma lei especial, qual seja a Lei 11.441/07, sendo certo que o §2º do artigo 1.046 do NCPC dispõe que: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”³².

Desse modo, teria prioridade, segundo aquela tese, a Lei 11.441/07 sobre o Código de Processo Civil de 2015, o qual será aplicado supletivamente, por se tratar este de lei geral e aquela de lei especial. Apesar disso, sustenta o autor, o artigo 1.124-A do CPC/73 sofreu revogação tácita por incompatibilidade constitucional superveniente, assim como os

²⁸ BRASIL. Lei 6.515 de 26 de Dezembro de 1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 06 de Set de 2016.

²⁹ Por todos, DIAS, op.cit., 2015, p. 207.

³⁰ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 de Set de 2016.

³¹ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 379-384.

³² Ibid., p. 382.



dispositivos da lei 13.105/15 que tratam sobre a separação judicial e a extrajudicial, diante da nova Emenda³³.

Tartuce critica, ainda, a posição dos juristas nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), que, ao contrário do pensamento dominante, deduziram pela manutenção da separação de direito. Afirma, ainda, que a VI Jornada de Direito Civil chegou a ter proposta em sentido contrário, mas sequer entrou em pauta para discussão³⁴ e que a V Jornada de Direito Civil, no Enunciado 514, deixou explícito que a Emenda Constitucional 66 não extinguiu a separação judicial, mantendo apenas a extinção de prazos do art. 1.580³⁵. Aliás, as Jornadas de Direito Civil posteriores³⁶, inclusive, não traz enunciados em sentido contrário, nem tampouco ratificando o pensamento anterior, o que faz crer que a defesa é no sentido da permanência do instituto “morto”.

Vale destacar, ainda, a Resolução n. 120 de 30.09.2010 do CNJ que dispensou o prazo para possibilitar o divórcio extrajudicial, chancelando a referida emenda³⁷.

No mesmo sentido, o professor Lênio Streck defende que a extinção da separação judicial e da separação de fato do ordenamento jurídico pós Emenda Constitucional é a verdadeira expressão do que se entende por Estado Laico e secularizado, sendo, portanto, responsabilidade política do legislador do Novo CPC a eliminação do texto legal de todas as expressões que tratem do referido instituto. Invoca dois motivos para tanto: um, a não interferência do Estado nas relações conjugais, como expressão máxima do divórcio entre a Igreja e o Estado, consagrada pela Constituição de 1988 e dois, a necessária mudança da Constituição de 1988, no que tange à extinção da separação judicial e da separação de fato, o que seria de duvidosa constitucionalidade. Portanto, afirma, a repriminção da separação judicial pelo novo Código de Processo Civil é inconstitucional³⁸.

Ademais, certo é que, o entendimento dos referidos autores vai ao encontro do espírito do novo Código de Processo Civil e da Constituição de 1988, tendo aquele, como orientação máxima, o princípio da cooperação entre as partes e o compromisso de obter, em tempo

³³ Ibid., p. 390-391.

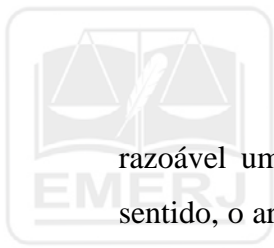
³⁴ Ibid., p. 395.

³⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados pela V Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf/view>> Acesso em: 7 Set 2016.

³⁶ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados pela V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf/view>>. Acesso em: 7 Set. 2016.

³⁷ DIAS, op. cit., p. 207.

³⁸ STRECK, Lênio. *Por que é inconstitucional "repriminar" a separação judicial no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repriminar-separacao-judicial>. Acesso em: 7 set 2016.



razoável uma decisão justa e efetiva, conforme o artigo 6º, da lei 13.105/15. No mesmo sentido, o artigo 8º do mesmo diploma legal, que dispõe que, em suas decisões, deve o juiz se nortear pelos fins sociais e exigências do bem comum, promovendo a dignidade da pessoa humana.

Os fins sociais e as exigências do bem comum, reveladas pelo novo diploma legal, se consubstanciam no extermínio do próprio instituto da separação, uma vez que determina uma maior agilidade do processo e um menor sofrimento pessoal, em decorrência da necessidade de se permanecer em uma situação que não mais se deseja estar, à exceção daqueles que, por motivos religiosos, não prescindem da separação.

Por outro lado, Villela considera que a manutenção do instituto da separação no Código Civil fez nascer para o legislador um juízo de conveniência acerca do tema. Isso significa que se quiser pode adotá-las ou não, pode não adotá-las em um momento e voltar a dotá-los em futuro próximo. Apesar disso, afirma, essas exigências para o divórcio no Código Civil e no Código de Processo Civil conseguem conviver de forma pacífica.³⁹ Neste aspecto, o que se tem, portanto, é a insegurança jurídica, vez que a posição do autor revela que ficaria o cônjuge à mercê da conveniência do legislador que, inclusive, poderia atribuir ao autor da ação um direito adquirido aos ditames da legislação infraconstitucional pré-emenda, baseado em seu direito de reflexão.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, em momento pós Emenda 66 e na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já sustentavam a permanência da separação de fato, como um estado continuativo, com a cessação de deveres conjugais, tais como a coabitação, o dever de fidelidade, sendo uma opção substitutiva à extinta separação, pois são idênticos os seus efeitos jurídicos. O mesmo se aplica, segundo os autores, à separação de corpos, que se presta a “regularizar a cessação da convivência, sem a convicção necessária para o divórcio”.⁴⁰

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM), que defende a manutenção da separação de fato e a extinção da separação judicial, nos enunciados 1 e 2 propostos no X Congresso Brasileiro de Direito das Famílias, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, sendo certo que o enunciado 2 ensina que a

³⁹ VILLELA, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.295.

⁴⁰ DE FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015, p. 357-365.



separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre os cônjuges e entre companheiros⁴¹.

Da mesma forma, Paulo Lôbo defende que as menções constantes do Novo CPC dizem respeito à separação de fato ou a separação de corpos e não à separação de direito, sendo certo que as duas primeiras modalidades de separação, segundo o autor, permanecem após o início da vigência da EC 66/2010. Ensina o autor que a separação de fato permaneceu regulada no §1º do artigo 1.723 do Código Civil como pressuposto de constituição da união estável, além de cessar os deveres conjugais, bem como interromper o regime matrimonial de bens. Já a separação de corpos se presta aos casos de violência física ou psicológica contra um dos cônjuges, ou contra os filhos, ou para evitar o inadimplemento do requisito do artigo 1.566, do Código Civil que trata da vida em comum.

Desse modo, conclui Paulo Lôbo que o CPC de 2015 não restaurou a separação judicial, e que as normas do Código Civil de 2002, referentes ao mesmo instituto, permanecem revogadas. Acrescenta, ainda, que a expressão “separação” na lei não deve ser entendida em outro sentido que não o de separação de fato.⁴²

CONCLUSÃO

O divórcio, como se conhece, sofreu profundas transformações legislativas desde o século XIX. Se outrora representava um mecanismo de rara aplicação, previsto no Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, anterior à Constituição de 1891 e com ela incompatível, e com uma série de requisitos, atualmente, representa um fenômeno de libertação para aqueles que pretendem iniciar uma nova vida.

Com a entrada em vigor da Lei 6.515/77, de autoria de Nelson Carneiro, eliminou-se o desquite e se introduziu o divórcio. Em troca, aceitou-se a introdução do requisito temporal referente à separação judicial e à separação de fato, concessão necessária à aprovação da lei. Trata-se de mais uma vitória dos movimentos de emancipação feminina, reconhecida no Congresso Nacional.

Com a Constituição de 1988, intitulada “Constituição cidadã”, o divórcio ganha novos contornos e assume importante lugar no tocante ao instituto da família. A indissolubilidade

⁴¹ IBDFAM aprova Enunciados. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/> IBDFAM+aprova+Enunciados+++>. Acesso em: 7 set 2016.

⁴² LÔBO, Paulo. *Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>. Acesso em: 7 set 2016.



permanece apenas no casamento religioso e se inaugura a possibilidade de formação de novas famílias. Na mesma linha, elimina-se a distinção do filho ilegítimo do filho legítimo, aquele nascido de relações extraconjugais, com direitos distintos. Tudo é família. Destacou-se, ainda, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem distinção de raça, cor, credo, sexo, religião e quaisquer outras formas de discriminação.

O Código Civil de 2002, porém, na contramão do espírito da Assembleia Constituinte de 1987 e da Lei do divórcio, insere dispositivos relativos à separação judicial e à separação de fato e estabelece os requisitos necessários à conversão em divórcio ou ao divórcio direto. Trata ainda da separação de corpos, como medida cautelar à dissolução da união estável e da separação judicial, comprovada a necessidade. Permanecia, portanto, o requisito temporal que dificultava o divórcio.

A doutrina civil-constitucional, à essa época, apontou para a necessidade de se adequar a legislação civil infraconstitucional à Constituição Federal de 1988. De fato, o requisito temporal, que remanesceu no ordenamento jurídico, já não se coadunava com os princípios constitucionais, em especial, o da razoabilidade. O artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que assegura a todos em âmbito judicial a razoável duração do processo se demonstrava despido de eficácia, frente à exigência legal do requisito para a conversão em divórcio. Aliás, se ainda se tratasse de divórcio litigioso, levava-se anos para concluir um processo na Vara de Família, sem que o real “bem de todos”, prometido pelo Poder Constituinte fosse de fato alcançado.

A Emenda Constitucional de 2010 inaugurou uma nova era. Extinguiu-se o requisito temporal de separação judicial e de separação de fato para a conversão de separação para o divórcio ou para o divórcio direto, e eliminou-se a culpa, cujo conceito se demonstrava indeterminado e especialmente atrelado à doutrina cristã. É a maior representação do rompimento do Estado com a Igreja Católica, iniciado na Constituição de 1891 e chancelado pela doutrina moderna, em acolhida às transformações sociais.

Em sentido oposto, porém, caminhou a Lei 13.105 de 2015, que introduziu o Novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual pareceu ter ressuscitado o instituto. Contudo, como já se observou, essa tese não ganhou acolhida na doutrina moderna, nem tampouco na jurisprudência, que fizeram prevalecer o texto constitucional estabelecido pela Emenda Constitucional n. 66 de 2010.

De uma maneira geral, aliás, os julgados dos Tribunais Estaduais têm decidido pela intimação do casal em litígio para manifestar-se a respeito do processo, permanecendo ou não o desejo de se dissolver o enlace conjugal. Afinal, é possível a reconciliação e, portanto, a reconstrução do vínculo pela via da união estável ou mesmo de novo casamento. Mais romântico, como aliás, já apontara a desembargadora Maria Berenice Dias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acesso em: 1º Ago.2016.

_____. Lei 6.515 de 26 de Dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 6 de Set de 2016.

_____. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 de Set de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI n. 990.10.357391-3. Relator: Desembargador Caetano Lagrasta. Disponível em: < <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=4D44D98B48A02CB7B852BA860BA87744.cpo10?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=990103573013>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

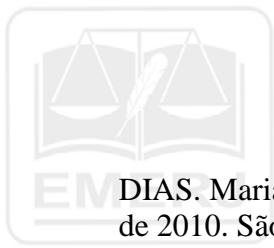
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0040623-23.2008.8.19. 0002. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00038308FA5841A82B902FEE4F5531E2D59C7DC40249422D>>. Acesso em: 15 ago.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0004051-55.2005.8.19. 0008. Relator: Desembargador Jorge Luiz Habib. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003188E438A370FA4B33C251287781F56139DC4031F3C13>> Acesso em: 15 ago.2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados pela V Jornada de Direito Civil. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas_cej/vjornadadireitocivil_2012.pdf/view> Acesso em: 7 Set 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 120 de 30 de Setembro de 2010. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_120_30092010_111020121_91438.pdf> Acesso em: 1º de Agosto de 2016.

DE FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.



DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!* Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *O novo divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 7 set 2016.

LÔBO, Paulo. *Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restau-rou-separacao-judicial>>. Acesso em: 7 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Lei do divórcio precisa acabar com entraves legais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-25/lei-divorcio-acabar-entraves-legais-exercicio-liberdade>>. Acesso em: 1º Ago. 2016.

SCHÄFER, Gilberto. *A separação ainda pode ser utilizada*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar?pagina=2>>. Acesso em: 1º Ago. 2016.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Impactos, Diálogos e interações. 2.ed. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V.4. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



A APLICABILIDADE DA FALÊNCIA ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.

Catharina Verboonen

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

Resumo: a Lei n. 11.101/05 trouxe expressa vedação à aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista, sem diferenciar as prestadoras de atividade econômica e de serviços públicos. A essência desse trabalho é verificar se essa vedação está de acordo com o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal e se a falência é compatível com o disposto no artigo 37, XIX da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Falência. Sociedade de Economia Mista.

Sumário: Introdução. 1. (In)constitucionalidade do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/2005. 2. (In)compatibilidade da falência com o artigo 37, XIX, da Constituição Federal. 3. (In)aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista. Procura-se analisar se a vedação legal à aplicação desse instituto seria compatível com a Constituição Federal.

Para isso, serão abordadas posições da doutrina e da jurisprudência, além de contextualizar alterações legislativas que versam sobre o tema.

O artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal estabelece que as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Há grande discussão na doutrina se essa sujeição englobaria a aplicação da falência às sociedades de economia mista.

A divergência tem origem em uma série de alterações legislativas. O artigo 242 da Lei n. 6.404/76 estabelecia que as sociedades de economia mista não estavam sujeitas à falência. Todavia, esse artigo foi revogado pela Lei n. 10.303/01. Até mesmo antes da revogação desse



artigo, muitos doutrinadores sustentavam que ele não tinha sido recepcionado pelo artigo 173, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Posteriormente, a Lei n. 11.101/05 estabeleceu expressamente, em seu artigo 2º, I, que esse diploma legal não é aplicável às sociedades de economia mista e às empresas públicas. Assim, com fundamento no advento dessa nova lei, parte doutrina passou a sustentar a inaplicabilidade da falência às sociedades de economia mista.

Entretanto, respeitável parcela da doutrina passou a entender que o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05 seria inconstitucional em razão de violação ao artigo 173, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, por estabelecer tratamento diferenciado entre empresas privadas e sociedades de economia mista.

A discussão acerca da aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista permeia também o questionamento referente à sua aplicação unicamente às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ou a todas as sociedades de economia mista, incluindo aquelas prestadoras de serviços públicos.

O tema proposto é de grande importância para o Direito Empresarial e para o Direito Administrativo, mormente em razão de discutir a aplicação de instituto empresarial que objetiva a superação de crise econômica às sociedades de economia mista.

A discussão é também de grande relevância no atual momento histórico, marcado por forte crise econômica e colapso de instituições da Administração Pública, em especial da sociedade de economia mista Petrobras.

Atualmente, o direito falimentar ganhou um novo contorno, preocupando-se com a preservação da empresa e reservando a falência apenas para os devedores que não conseguem se recuperar e não possuem viabilidade econômica.

O primeiro capítulo do presente artigo tem como objetivo analisar se existe incompatibilidade entre o artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que sujeita as

economias mistas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, e o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05, que impede a aplicabilidade da falência, instituto próprio de regime jurídico privado, a essas empresas.

Em seguida, no segundo capítulo, será analisado se o artigo 37, XIX da CF constitui óbice à aplicação da falência às sociedades de economia mista. A criação e a extinção de sociedades de economia mista depende de autorização legislativa. Assim, será averiguado se, na hipótese de insolvência das sociedades de economia mista, caberia somente a sua dissolução por meio de lei ou se caberia a aplicação do instituto da falência.

O terceiro capítulo pretende examinar se a falência seria aplicável apenas às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ou se seria também aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Esse capítulo busca argumentar que os institutos não se aplicam às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos porque seu regime jurídico não está inserido no artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal e por causa do princípio da continuidade dos serviços públicos

A pesquisa a ser realizada a seguir utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, descritiva e qualitativa.



1. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, I, DA LEI N. 11.101/05

Seguindo a tradição dualista das legislações anteriores, a Lei n. 11.101/05¹ adotou dois procedimentos aplicáveis ao devedor insolvente em situação de desequilíbrio patrimonial: a falência e a recuperação judicial.

Segundo Campinho², a falência é a medida judicial aplicável ao devedor insolvente, visando o saneamento do mercado ao eliminar os empresários sem viabilidade de recuperação com observância da *par conditio creditorum*. Já a recuperação judicial é efetivada por meio de uma ação judicial que objetiva a superação da crise econômica do devedor insolvente, realizando uma série de reestruturações financeiras, produtivas, organizacionais e jurídicas.

O artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05³ vedou expressamente a aplicação da referida lei às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Todavia, cumpre analisar se esse artigo seria compatível com o artigo 173, § 1º, II, da CRFB/88⁴.

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Estado, embora tenham a participação de particulares na constituição de seu capital social. O artigo 173, § 1º, II, da CRFB/88⁵ estabelece expressamente a sua sujeição “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

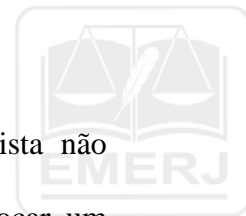
¹ BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

² CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação*: O novo regime da insolvência empresarial. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 8.

³ Vide nota 1

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

⁵ Vide nota 4



Dessa forma, Carvalho Filho⁶ afirma que as sociedades de economia mista não poderiam ter privilégios não estendidos às empresas privadas, sob pena de provocar um desequilíbrio no setor de atuação dessas empresas. Entretanto, devem incidir certas normas de direito público no tocante ao seu controle administrativo, expressamente previstas na legislação, como no caso da fiscalização e controle pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas.

Na visão de Di Pietro⁷, haveria derrogação parcial do direito comum pelo direito público, de forma a manter o vínculo entre o ente instituidor e a entidade descentralizada, pois, “sem isso, deixaria ela de atuar como instrumento de ação do Estado”. Não há mera participação acionária do Estado, mas sim controle da sociedade de economia mista, pois deterá a maioria de seu capital votante.

A doutrina diverge quanto à aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista.

Campinho⁸ entende que as sociedades de economia mista não poderiam ser sujeito passivo da falência em razão da expressa vedação legal, sem ponderar, contudo, eventual inconstitucionalidade do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05⁹.

Da mesma forma, Marçal Justen Filho¹⁰ entende que a falência não seria aplicável às sociedades de economia mista, pois essa sociedade somente poderia ser criada ou extinta mediante lei.

Por outro lado, Carvalho Filho¹¹ sustenta que não aplicar a falência às sociedades de economia mista não seria “consentâneo com a *ratio* inspiradora do artigo 173, § 1º, da CF” e “seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional”. Esse parece ser o

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 522 e 523.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 506.

⁸ CAMPINHO, op. cit., p. 24.

⁹ Vide nota 1

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 298.

¹¹ CARVALHO, op. cit., p. 537.



melhor entendimento, pois a Constituição Federal¹² não permite discriminações não autorizadas entre empresas privadas e sociedades de economia mista.

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ defende que a falência seria aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, em razão do disposto no artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal¹⁴. O referido autor entende que a falência não seria aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, tendo em vista que não estão sujeitas ao artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal¹⁵.

Muito embora o regime das sociedades de economia mista seja considerado por muitos doutrinadores como híbrido, deve-se sempre aproximar o seu tratamento jurídico àquele conferido às empresas privadas de forma a ampliar a livre concorrência e homenagear o princípio da isonomia.

Segundo entendimento de Lenza¹⁶, “aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material”. Assim, o artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05¹⁷ padeceria de um vício material de constitucionalidade por violar o disposto no artigo 173, § 1º, da CRFB/88¹⁸, uma vez que confere tratamento desigual às empresas privadas e às sociedades de economia mista.

Dessa forma, apesar de entendimento de parcela da doutrina em sentido contrário, o instituto da falência seria aplicável às sociedades de economia mista em virtude da inconstitucionalidade do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05¹⁹, tendo em vista a violação ao artigo

¹² Vide nota 4

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 210.

¹⁴ Vide nota 4

¹⁵ Vide nota 4

¹⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 300.

¹⁷ Vide nota 1

¹⁸ Vide nota 4

¹⁹ Vide nota 1



173, § 1º, II, da Constituição Federal²⁰, que estabelece sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto ao Direito Comercial.

2. (IN)COMPATIBILIDADE DA FALÊNCIA COM O ARTIGO 37, XIX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado constituídas necessariamente sob a forma de sociedade anônima, cujo capital é público e privado, sendo que a maioria do capital votante é detida pelo Poder Público. Destinam-se à prestação de serviço público ou à prestação de atividade econômica e diferenciam-se das empresas públicas, pois estas possuem capital exclusivamente público e admitem qualquer forma de organização empresarial.

O artigo 37, XIX, da Constituição Federal²¹ estabelece que somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. Cumpre ressaltar que a lei apenas autoriza a criação das sociedades de economia mista, que é realizada por meio da inscrição nos autos constitutivos no Registro Público.

A forma de extinção das sociedades de economia mista, por sua vez, foi objeto de alteração ao longo do tempo.

O artigo 178 do Decreto-lei n. 200/67²² estabelecia a possibilidade de dissolução ou incorporação das sociedades de economia mista a outras entidades a critério e por ato do Poder Executivo. O referido dispositivo sempre foi alvo de crítica doutrinária, sob o

²⁰ Vide nota 4

²¹ Vide nota 4

²² BRASIL. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.



fundamento de que estaria atribuindo ao Poder Executivo “a possibilidade de desfazer ato do legislador, sendo, portanto, inconstitucional”²³.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988²⁴, o artigo 61, § 1º, alínea “e”, estabeleceu que é de iniciativa do Presidente da República as leis que criem ou extingam Ministérios e órgãos da administração pública.

Di Pietro²⁵ ressalta que, se para a criação e extinção de órgãos é necessária a edição de lei, seria justificável a exigência de lei para criação e extinção de sociedades de economia mista, pois pertencem à Administração Pública indireta e são pessoas jurídicas distintas do ente que as instituiu.

Por sua vez, Carvalho Filho²⁶ assinala que, pela teoria da simetria, a extinção das sociedades de economia mista dependem de lei autorizadora, pois a Constituição Federal²⁷, no artigo 37, XIX, determina expressamente que sua criação necessita de autorização por meio de lei.

Assim, por conta da necessidade de lei autorizadora para criação e extinção de sociedade de economia mista, parcela da doutrina sustenta que o artigo 37, XIX, da Constituição Federal²⁸ constituiria óbice à aplicação da falência às sociedades de economia mista, porque uma decisão judicial não poderia promover sua extinção já que apenas lei poderia extinguir uma sociedade de economia mista.

Nesse sentido, Campinho²⁹ sustenta que caberia ao Estado a iniciativa de dissolver a sociedade de economia mista insolvente e arcar com o montante necessário para a satisfação dos credores, pois o Estado está obrigado a realizar sua dissolução regular devido aos

²³ DI PIETRO, op. cit., p. 505.

²⁴ Vide nota 4

²⁵ Ibidem.

²⁶ CARVALHO, op. cit., p. 518.

²⁷ Vide nota 4

²⁸ Vide nota 4

²⁹ CAMPINHO, op. cit., p. 24.

princípios da legalidade e da moralidade previstos no artigo 37 da Constituição Federal³⁰. Assim, a dissolução regular dependeria de lei autorizando a extinção da sociedade de economia mista, após o pagamento de todas as dívidas da sociedade.

Igualmente, Marçal Justen Filho entende não ser possível a falência de empresas estatais porque “somente uma lei pode determinar sua criação, dissolução ou extinção”³¹. O autor assinala que a falência representaria uma transferência do controle do falido para o Poder Judiciário, nomeando-se um administrador judicial, o que seria incompatível com a natureza jurídica de uma entidade estatal.

Além disso, Justen Filho³² afirma que a falência de uma empresa estatal seria inútil, pois não seria possível eliminar a responsabilidade subsidiária do ente federativo que a criou pelas suas dívidas. Nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal³³, as pessoas jurídicas de direito público são responsáveis pelo funcionamento defeituoso dos serviços estatais, o que englobaria aqueles prestados pelas sociedades de economia mista. Dessa forma, caberia ao ente público controlador da sociedade evitar de todas as maneiras a sua insolvência, sob pena de arcar com os prejuízos causados a terceiros em virtude da responsabilidade civil extracontratual.

O artigo 242 da Lei n. 6.404/76³⁴ estabelecia que as sociedades de economia mista não estavam sujeitas a falência, mas que seus bens eram penhoráveis e executáveis, respondendo subsidiariamente a pessoa jurídica que a controlava pelas suas obrigações. Todavia, o referido artigo foi revogado pela Lei n. 10.303/01³⁵ e a Lei n. 11.101/05³⁶ não reproduziu em seu texto a responsabilidade subsidiária do ente público controlador da sociedade, limitando-se a coibir

³⁰ Vide nota 4

³¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 298.

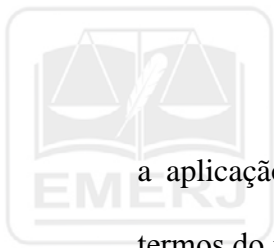
³² Ibidem.

³³ Vide nota 4

³⁴ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

³⁵ BRASIL. Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

³⁶ Vide nota 1



a aplicação da referida lei às sociedades de economia mista e às empresas públicas, nos termos do inciso I do art. 2º da referida lei.

Por outro lado, parcela relevante da doutrina defende a aplicação da falência às sociedades de economia mista, não obstante a vedação do artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05³⁷ e a redação do artigo 37, XIX da Constituição Federal³⁸.

Muito embora Carvalho Filho³⁹ entenda que a extinção das sociedades de economia mista dependa de lei autorizadora, o autor reconhece a possibilidade de aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica. Assim, o artigo 37, XIX, da Constituição Federal⁴⁰ não constituiria óbice à aplicação da falência para o referido autor porque as sociedades de economia mista deveriam se submeter ao mesmo regime jurídico das empresas privadas quanto ao Direito Empresarial.

Da mesma maneira, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹ admite a aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, defendendo que o artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05⁴² deve ser recebido *cum grano salis*. O autor ressalta que, no caso de sociedade de economia mista prestadora de atividade econômica, “a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara”⁴³. Dessa forma, também entende que o artigo 37, XIX, da Constituição Federal⁴⁴ não seria incompatível com a aplicação da falência.

Portanto, apesar de parcela da doutrina entender que o artigo 37, XIX, da Constituição Federal⁴⁵ constitui óbice à falência das sociedades de economia mista, deve-se admitir a

³⁷ Vide nota 1

³⁸ Vide nota 4

³⁹ CARVALHO, op. cit., p. 518.

⁴⁰ Vide nota 4

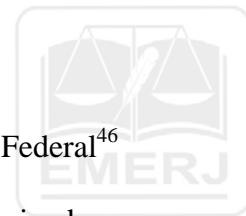
⁴¹ MELLO, op. cit., 2013, p. 210.

⁴² Vide nota 1

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Vide nota 4

⁴⁵ Vide nota 4



possibilidade de sua aplicação em observância ao artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal⁴⁶ para não criar tratamentos desiguais entre sociedades de economia mista e empresas privadas.

3. (IN)APLICABILIDADE DA FALÊNCIA ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Há dois tipos fundamentais de sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras e demais atividades pública. Os seus regimes jurídicos não são idênticos, apresentando particularidades.

Conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷, o regime jurídico das sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica deve ser o mais próximo possível das pessoas jurídicas de Direito Privado, para prevenir que se beneficiem de situação vantajosa. O artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal⁴⁸ estabelece que essas sociedades serão reguladas pelo regime próprio das empresas privadas. Todavia, o referido autor assinala que “por força da própria Constituição, vêm-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado”⁴⁹.

Por sua vez, as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou criadas para desenvolver qualquer atividade de índole pública são reguladas por princípios e regras de Direito Público. Cabe destacar que essas sociedades não são titulares da atividade pública, mas apenas do exercício dela.

⁴⁶ Vide nota 4

⁴⁷ MELLO, op. cit., p. 203.

⁴⁸ Vide nota 4

⁴⁹ MELLO, op. cit., p. 205.



Cumprе ressaltar que o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁵⁰ não distinguiu as atividades da sociedade de economia mista. Assim, em uma análise superficial, poder-se-ia concluir que não é aplicável a falência às sociedades de economia mista, independentemente da atividade que realizem.

Todavia, a doutrina distingue as sociedades de economia mista quanto à sua atividade para analisar a aplicabilidade da falência.

Carvalho Filho⁵¹ entende que o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁵² não é compatível com a *ratio* inspiradora do artigo 173, § 1º da Constituição Federal⁵³, pois o mandamento constitucional equiparou as sociedades de economia mista que desempenham atividade empresarial às demais empresas privadas. A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas incluiu expressamente o Direito Empresarial, dentro do qual está situado o Direito Falimentar.

Dessa forma, não faria sentido admitir a falência das empresas privadas e não a admitir no caso de sociedades de economia mista, sob pena de estabelecer um tratamento desigual entre essas duas entidades.

O artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁵⁴ estaria, portanto, maculado por vício material de constitucionalidade, também chamado de nomoestático. Segundo Barroso⁵⁵, “a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição”. Pode representar um confronto com uma regra constitucional ou com um princípio constitucional.

⁵⁰ Vide nota 1

⁵¹ CARVALHO, op. cit., p. 537.

⁵² Vide nota 1

⁵³ Vide nota 4

⁵⁴ Vide nota 1

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

Assim, o referido artigo apresenta incompatibilidade com o conteúdo do artigo 173, § 1º da Constituição Federal⁵⁶, por estabelecer um tratamento desigual entre as sociedades de economia mista e as empresas privadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende a aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, pois “se o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal as equiparou às empresas privadas, aludindo expressamente ao Direito Comercial, a Lei Falimentar não poderia estabelecer tal discriminação excludente sem incidir em inconstitucionalidade”⁵⁷.

Ressalta ainda que não haveria responsabilidade subsidiária do Estado pelos créditos descobertos, pois “estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas”⁵⁸.

Por outro lado, a doutrina é uníssona quanto à inaplicabilidade da falência às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. O artigo 173, § 1º da Constituição Federal⁵⁹ restringe-se às sociedades que desempenham atividade econômica, assim, as sociedades prestadoras de serviços públicos não estão inseridas no referido artigo.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰ assinala que não é possível aplicar a falência às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos porque não estão incluídas no artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal⁶¹.

Outrossim, o princípio da continuidade dos serviços públicos impede a falência das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, tendo em vista que a população não pode ser prejudicada pela sua má administração da entidade nem pode pela cessação do serviço em decorrência da falência.

⁵⁶ Vide nota 4

⁵⁷ MELLO, op. cit., p. 210.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Vide nota 4

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Vide nota 4



Cumprе ressaltar que os bens que integram o patrimônio das sociedades de economia mista não integram o domínio público, tendo em vista que, nos termos do artigo 98 do Código Civil⁶², apenas são públicos os bens do domínio nacional que pertençam às pessoa jurídicas de direito público interno. Todavia, os bens das sociedades de economia mista prestadoras de serviços ou obras públicas estão afetados ao serviço ou à obra pública. Dessa forma, não podem ter sua finalidade desvirtuada, pois destinam-se ao atendimento de interesse público.

Os interesses creditícios de terceiro não podem se sobrepor aos interesses da coletividade. Assim, não seria admissível a alienação em hasta pública dos bens da sociedade de economia mista prestadora de serviço público para a penhora e execução judicial inerentes ao procedimento falimentar.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶³ assinala que, na hipótese de insolvência da sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, o Estado deverá responder subsidiariamente pelos seus débitos. Os serviços e as obras públicos são atividades típicas do Estado, cabendo este responder quando “exaustas as forças do sujeito que criou para realizá-las”⁶⁴.

Portanto, não obstante a vedação do artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05⁶⁵ e entendimentos doutrinários em sentido contrário, deve-se admitir a aplicação da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica para não admitir um tratamento diferenciado em relação às sociedades privadas, prestigiando o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal⁶⁶. Por outro lado, não é possível a sua aplicação às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

⁶² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

⁶³ MELLO, op. cit., p. 211.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Vide nota 1

⁶⁶ Vide nota 4

CONCLUSÃO

A análise da aplicabilidade da falência às sociedades de economia não pode se restringir à vedação trazida pelo artigo 2º, I da Lei n. 11.101/05. Deve ser feita uma interpretação do artigo consoante os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, em especial sob a ótica de seu artigo 173, § 1º, II.

Cumprе ressaltar que a falência é um forma de preservação de empresa, isto é, da atividade econômica empresária que não se confunde com a figura do falido. O artigo 75 da Lei n. 11.101/05 trata do princípio da preservação da empresa, estabelecendo que, ao afastar o devedor de suas atividades, a falência busca “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

O artigo 140, I, da Lei n. 11.101/05 estabelece que a alienação de bens deverá seguir uma ordem de preferência, devendo primeiro alienar a empresa com a venda de seus estabelecimentos em bloco. Por sua vez, o inciso II do artigo 141 da Lei n. 11.101/05 estabelece que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus, não havendo sucessão do arrematante nas obrigações do devedor. Esses dois dispositivos são muito importantes sob o prisma do princípio da preservação da empresa, pois possibilitarão a continuação da atividade empresarial.

Muito embora parcela da doutrina ensine que cabe ao Estado realizar a dissolução regular das sociedades de economia mista devido aos princípios da moralidade e da legalidade, na prática, essa dissolução regular pode se tornar inviável em razão da atual crise econômica.

No panorama hodierno, o Estado brasileiro encontra-se em dificuldade de pagar até mesmo a remuneração de seus funcionários. Dessa forma, é pouco crível um cenário em que o



Estado conseguirá arcar com o montante necessário para a satisfação de todos os credores na hipótese de dissolução de uma sociedade de economia mista. Por esse motivo, a falência torna-se um instrumento atrativo, pois possibilita preservação da empresa por meio de sua alienação com a venda de estabelecimentos em bloco, ainda que acarrete a extinção do empresário.

Além disso, o artigo 2º, I, da Lei n. 11.101/05 está em conflito com o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal, devendo ser declarado inconstitucional, já que as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto ao Direito Comercial (o que inclui o Direito Falimentar).

Portanto, apesar de entendimentos doutrinários em sentido contrário, deve-se admitir a aplicabilidade da falência às sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 4 de setembro de 2016.

_____. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

_____. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação da empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015;

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012;

ZAGO, Felipe do Canto. *A Falência das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/18021/a-falencia-das-empresas-publicas-e-das-sociedades-de-economia-mista>>. Acesso em: 5 de outubro de 2016.



A ATUAÇÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: COMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Daniane Faria de Souza Rhodes

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novos paradigmas no que tange à abordagem das normas processuais no âmbito do julgamento dos recursos pelo relator, tendendo a impactar significativamente a atuação jurisdicional. Assim, a essência do trabalho é demonstrar a necessidade da adequação dos entendimentos firmados pelos Tribunais, por meio, principalmente, da atuação do relator, para fins de afastamento da jurisprudência defensiva e verdadeiro prestígio ao princípio do acesso à justiça.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Jurisprudência defensiva. Atuação monocrática do relator. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Agravo de instrumento.

Sumário: Introdução. 1. A adoção pelos Tribunais de uma postura defensiva e o atendimento aos princípios constitucionais processuais. 2. A flexibilização das normas processuais para atendimento da efetividade do processo e o princípio da segurança jurídica. 3. O Novo Código de Processo Civil e o combate à jurisprudência defensiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir a legitimidade das decisões judiciais que, em sede de agravo de instrumento, se utilizam de questões meramente processuais para se furtarem da apreciação do mérito do recurso, mormente ante os paradigmas adotados pelo novo Código de Processo Civil.

O referido diploma legal trouxe novos paradigmas no que tange à abordagem das normas procedimentais. Assim, não obstante restar incontroverso o caráter instrumental das normas processuais, o novel Código de Ritos, em diversas passagens, prevê expressamente a aplicação do princípio da instrumentalidade, em detrimento de um processo burocrático e desprovido de resultados práticos.

O que se deseja é a adequada prestação da atividade jurisdicional, a fim de pacificar os conflitos sociais, sem permitir que as normas processuais reflitam verdadeiro entrave a tais objetivos.



Nesse sentido, verifica-se que a referida legislação restringiu a atuação monocrática do relator para o processamento e julgamento de recursos, prevista anteriormente, de forma significativamente mais abrangente na Lei 9.756/98, que alterou a redação do art. 557 do Código de Ritos de 1973.

Todavia, se mostra inegável a adoção de decisões defensivas pelos tribunais, que na busca da prestação célere da atividade jurisdicional afasta a apreciação do mérito das demandas com fundamentos meramente processuais.

Para uma melhor compreensão do tema, inicialmente será analisado em que medida a atuação do relator, ao adotar uma postura defensiva no que tange ao processamento e julgamento do agravo de instrumento, atende aos princípios constitucionais processuais.

Em seguida, será considerada a possibilidade de os julgadores lançarem mão das normas processuais para atingir uma prestação jurisdicional adequada, ante a verificação dos limites aos quais estão submetidos na apreciação do recurso de agravo de instrumento, sopesando o atendimento ao princípio da segurança jurídica.

Por fim, será abordado o enfoque dado pelo novo Código de Processo Civil ao tema em comento, esmiuçando-se normas e princípios por ele adotados para fins de processamento e julgamento do referido recurso.

Se por um lado não se pode negar a crescente demanda por prestação jurisdicional, bem como a judicialização das questões sociais, por outro, vale ressaltar que a nossa Carta Política prevê a necessidade da atuação célere e efetiva do Poder Judiciário, haja vista que o princípio do acesso à justiça não pode se limitar a mera formalidade.

Dessa forma, faz-se necessário conciliar a garantia do acesso à justiça, mediante a observância do devido processo legal, e a adoção pelos relatores dos recursos, de meios para o devido enfrentamento das teses submetidas a julgamento.

A pesquisa emprega a metodologia do tipo bibliográfica, visto que utiliza a doutrina, a jurisprudência e texto de outros artigos científicos, parcialmente exploratória, abordando tema já existente, mas que sofre influxos do novo Código de Processo Civil, parcialmente descritiva, haja vista o posicionamento doutrinário acerca da jurisprudência defensiva adotada pelos Tribunais, e qualitativa, na medida em que não comporta tradução em números quantificáveis. Adotará, ainda, a pesquisa jurisprudencial a ser realizada nos sítios eletrônicos dos Tribunais pátrios.

1. A ADOÇÃO PELOS TRIBUNAIS DE UMA POSTURA DEFENSIVA E O ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

A Carta Magna consagra em seu art. 5º, XXXV, o princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de tal modo que o dispositivo visa garantir, principalmente, uma ordem jurídica justa, concretizada na eficácia das decisões judiciais em benefício dos jurisdicionados.

Embora tal princípio não se confunda com acesso aos tribunais, estas informações estão umbilicalmente ligadas, pois não é possível garantir acesso a uma ordem jurídica justa se nem mesmo se conhece o próprio direito, e em o conhecendo não se é possível, por ignorância ou empecilhos de ordem econômica, ter acesso às vias judiciárias.

É inegável, todavia, que nos últimos tempos houve grande evolução do acesso ao Poder Judiciário, pois, com a atuação, ainda que precária, das defensorias públicas, a assistência jurídica gratuita, a desnecessidade da presença de advogado nos juizados especiais para causas cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos e um maior número de advogados acessíveis à população¹, permitindo maior facilidade a todos que necessitam ingressar com ação judicial, este processo foi substancialmente melhorado.

Importa ainda ressaltar que os indivíduos estão cada vez mais conscientes de seus direitos e deveres. Os meios de comunicação de massa disseminaram o acesso ao conhecimento, levando muitas pessoas a procurarem o Poder Judiciário, tendo importante papel no que tange ao princípio constitucional do acesso à justiça.

Ainda que por esse viés seja muito produtiva a tecnologia, por outro lado torna mais evidente a falta de estrutura do Judiciário para atender tamanha demanda, esbarrando sobremaneira na excessiva burocracia, na formalidade e na rigidez do direito processual civil. Desta forma, torna-se flagrante a falta de tecnologia mais aprimorada a ser utilizada pelos tribunais, equipamentos, pessoal e obras de infraestrutura, para que o Judiciário possa propiciar a digna prestação jurisdicional prevista na Constituição de 1988.

¹ Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/101/artigo327190-1.asp>>. Acesso em: 04 abr. 2016.



Na busca de uma solução para o problema da sobrecarga vivida pelo Poder Judiciário, diversas leis são editadas com o fito de simplificar os procedimentos e tornar mais célere a prestação jurisdicional, destacando-se, nesse cenário, a possibilidade de atuação monocrática do relator, que na vigência do Código de Processo Civil de 1973, foi significativamente ampliada pelas Leis n. 9.139/95 e 10.352/01.

Tal sistemática foi igualmente adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em diversas passagens atribui ao relator do processo funções de extrema relevância, autorizando o julgamento monocrático dos recursos nas hipóteses previstas no art. 932, III, IV e V.

Outras técnicas são utilizadas pelos Tribunais para racionalizar o julgamento dos recursos como, por exemplo, a adoção de uma postura rigorosa no que tange à análise dos requisitos de admissibilidade recursal.

Deve-se, no entanto, trazer à baila que a Constituição Federal consagra no art. 5º, LIV, o princípio do devido processo legal, o qual traduz um conjunto de garantias que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional do Estado. Tal princípio pode ser entendido sob duas vertentes: uma, o *procedural due process*, também chamado de devido processo adjetivo ou procedimental que se caracteriza pelo respeito ao procedimento previamente regulado, garantindo, entre outros, o direito à citação, ao conhecimento do teor da acusação, ao julgamento rápido e público, à igualdade entre as partes, à proibição da obtenção de provas por meios ilícitos, à gratuidade da justiça ou ao desembaraçado acesso a esta, ao contraditório, ao juiz natural e imparcial e à ampla defesa; outra, o *substantive due process*, também chamado devido processo legal substantivo, que tutela o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ou ato administrativo ofenda os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade, a propriedade².

O referido princípio está intimamente relacionado aos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e às garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, segundo o disposto nos incisos XXXV e LV do mesmo artigo da Constituição, bem como à garantia da prestação jurisdicional célere e sem procrastinações, e à isonomia processual.

² NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81-90.



Tal postulado abrange ainda os princípios do juiz natural, de tratamento paritário dos sujeitos do processo, da plenitude de defesa, da publicidade dos atos processuais, da fundamentação das decisões judiciais, da tutela jurisdicional dentro de prazo razoável³. Estes visam garantir uma melhor prestação jurisdicional realizada no âmbito de um processo transparente, por um juiz imparcial, estabelecido anteriormente por lei, possibilitando a participação, em simétrica paridade, daqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento jurisdicional que a eles vier a ser imposto.

Dessa forma, a análise do mérito das demandas torna-se de crucial relevância para que se atinjam os valores incertos na Carta Constitucional, prestigiando-se a adequada prestação jurisdicional, a fim de que se dê tratamento isonômico a situações idênticas submetidas à apreciação pelo Poder Judiciário.

Portanto, a adoção pelos tribunais de uma “jurisprudência defensiva” fragiliza a verdadeira razão de ser das normas processuais, que possuem como fim último garantir os valores constitucionais, em especial a isonomia. A expressão “jurisprudência defensiva” consiste na adoção de uma postura extremamente rigorosa e exigente em relação ao preenchimento de requisitos de cabimento dos recursos, que implica, via de regra, julgamento sem análise de mérito.⁴

Contudo, merece destaque que, em regra, o agravo de instrumento é recurso dirigido às hipóteses em que a decisão interlocutória proferida possui o condão de gerar para as partes lesão grave e de difícil reparação, sendo de crucial relevância para o deslinde do processo a análise do mérito do recurso. Vale ressaltar que embora o CPC/2015 tenha optado por não utilizar a expressão “lesão grave e de difícil reparação” elencou taxativamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento em seu art. 1.015, sendo possível, todavia, diante do rol inscrito, concluir que as decisões mencionadas efetivamente se enquadram no conceito anteriormente previsto.

Logo, o julgamento desprovido de análise de mérito em questões relevantes para a adequada apreciação judicial do caso concreto pode propiciar uma prestação jurisdicional inadequada, contrária à eficiência e celeridade processuais, haja vista a possibilidade de ulterior decreto de nulidade, ou mesmo importar, em última análise, na violação do princípio

³ TUCCI, José Rogério Cruz e (Org). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 259-260. *Apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 38.

⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O (projeto de) Novo Código de Processo Civil e a “jurisprudência defensiva”. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 25, jul./ago.2013.



da isonomia, uma vez que as questões processuais exacerbadamente consideradas podem resultar em tratamento distinto para cidadãos que se encontram em uma mesma situação fática.

2. A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS PARA ATENDIMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

O escopo das normas processuais é garantir que as partes possam levar a juízo, em igualdade de condições e mediante uma atuação transparente, os elementos de convicção necessários à resolução da lide. Forçoso, portanto, reconhecer a relevância do cumprimento das normas processuais para a garantia da segurança jurídica que deve nortear o processo.

Com efeito, o direito processual garante que os sujeitos do processo atuem de forma isonômica, assegurando, em última análise, a imparcialidade do julgador, que diante de um Código de Ritos a ser cumprido dá às partes tratamento igualitário, haja vista a possibilidade de controle pelos Tribunais Superiores das decisões que extrapolem a norma em comento.

Contudo, o processo deve ser visto como um instrumento capaz de realizar o direito material, não sendo, por conseguinte, um fim em si mesmo. A própria norma processual, tanto no art. 249, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973)⁵, quanto no art. 22, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015)⁶, prevê que não será decretada a nulidade se não houver prejuízo, positivando o princípio *pas de nullité sans grief*.

Desta forma, em que pese a relevância da norma processual, verifica-se que esta não pode ser tratada com primazia absoluta, podendo o julgador utilizar-se do princípio da instrumentalidade das formas, a fim de alcançar os valores por ela resguardados.

Neste cenário, cumpre registrar a necessidade da atuação dos Tribunais no sentido de, superando os entraves processuais, garantir o efetivo acesso à justiça, mormente nos casos em que a atuação em tal sentido não gere prejuízos para qualquer das partes.

⁵ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016

⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L13105impressao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016



É comum verificar na jurisprudência uma atuação defensiva, cujo objetivo maior não é garantir o cumprimento da norma processual, mas sim deixar de apreciar o mérito dos agravos de instrumento como forma de reduzir o quantitativo de processos no âmbito dos Tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados, proferidos sob a égide do CPC/1973, nos quais se entendeu que o agravo de instrumento nas vias ordinárias deve ser instruído não só com as peças obrigatórias, mas também com aquelas que se mostrem necessárias à perfeita compreensão da controvérsia, sob pena de não conhecimento do recurso a despeito de qualquer regularização posterior⁷.

De fato, a ausência de peças obrigatórias possui o condão de gerar a inadmissibilidade do recurso, contudo, não fere a segurança jurídica a concessão de prazo para sanar a irregularidade, ao revés, legitima a atuação do Estado-Juiz. No que concerne às chamadas peças necessárias, o referido código não fez qualquer previsão de inadmissibilidade *prima facie* do recurso, tratando-se tão somente de entendimento jurisprudencial⁸. Importa, todavia, ressaltar que este último entendimento restou afastado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.102.467/RJ, levado a efeito pela Corte Especial, no qual restou consignado, em sede de julgamento de recurso repetitivo, que no agravo do artigo 522 do mesmo diploma legal⁹, entendendo o Julgador ausente peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverão ser indicadas quais são elas, ofertando-se prazo para que o recorrente complemente o instrumento.

Vale ainda elencar o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, claramente denota o intuito defensivo no que tange à inadmissibilidade do agravo de instrumento nos casos em que haja rasura na guia de recolhimento das despesas processuais, independente da existência de efetivo recolhimento¹⁰. Ora, tal prática

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1482851/RS. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agravo+e+pe%E7as+adj+obrigat%F3rias&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>>. Acesso em: 18 ago. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 776676/ RJ. Relator: Ministra ASSUETE MAGALHÃES. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agravo+e+pe%E7as+adj+obrigat%F3rias&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 9755 / SP. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agravo+e+pe%E7as+adj+necess%E1rias&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=80>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁹ vide nota 5.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 0055668-05.2010.8.19.0000. Relator: DES. Lucia Miguel S. Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000239712>>. Acesso em: 18 ago. 2016; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0019024-92.2012.8.19.0000. Relator:



evidentemente não se coaduna com o sistema recursal brasileiro, haja vista que a dita irregularidade não pode ter o condão de afastar a apreciação do mérito recursal, mormente se o preparo tiver sido devidamente realizado. Neste mesmo sentido sinaliza Hugo de Brito Machado Segundo¹¹:

se a finalidade da exigência de preparo é a de viabilizar a remuneração dos custos inerentes ao seu processamento, incluindo a remessa e o retorno dos autos de um processo físico, quando for o caso, não haveria qualquer prejuízo em, diante do equívoco da parte ao providenciá-lo, intimá-la para regularizar o vício, sob pena de não conhecer do recurso. Para não deixar essa possibilidade em aberto indefinidamente, seria perfeitamente possível ao julgador estabelecer prazo para tanto.

A legislação processual deve ser interpretada à luz do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e da razoabilidade, não podendo ser entrave à apreciação do mérito recursal.

Outra situação que denota excessivo rigor pelos Tribunais é a hipótese da petição do recurso ou das razões recursais encontrarem-se apócrifas. Com efeito, embora se trate de irregularidade sanável sem prejuízo para qualquer das partes, consolidou-se, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹², o entendimento de que é caso de inexistência do recurso, vedando-se a regularização. Afirma-se, em regra, que é ônus do agravante promover a integral e oportuna formação do instrumento, sendo vedado posterior aditamento, que permita a cognição do recurso nos casos de peças apócrifas, sendo incabível, portanto, falar-se em possibilidade de regularização da assinatura do patrono. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça¹³, tendo a oportunidade de manifestar-se sobre a situação em tela decidiu que a ausência de assinatura na petição nas instâncias ordinárias, ao contrário do estabelecido na instância especial, é vício sanável, conforme reza o art. 13 do CPC¹⁴, aplicável,

Des. Edson Vasconcelos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200213391>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹¹ MACHADO SEGUNDO, op. cit., p. 30.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0039348-98.2015.8.19.0000. Relator: DES. Jose Carlos Paes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201500240988&CNJ=0039348-98.2015.8.19.0000>>. Acesso em: 18 ago. 2016; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0023174-48.2014.8.19.0000. Relator: Des. Leila Albuquerque. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201400215853&CNJ=0023174-48.2014.8.19.0000>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1570519/PE.. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agravo+adj2+instrumento+e+ap%F3crifo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 ago. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1387986/DF. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agravo+adj2+instrumento+e+ap%F3crifo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 18 ago. 2016

¹⁴ Vide nota 5.



analogicamente, à irregularidade da representação postulatória, de forma que se deve proceder à abertura de prazo razoável para repará-lo.

Ora, veja-se, em todos estes casos, a concessão de prazo para a regularização, ao invés de inadmissibilidade de plano, em nada afetaria o direito da parte contrária atendendo, doutro giro, ao pleno acesso à justiça e à adequada prestação jurisdicional. Repisa-se: um agravo de instrumento, em regra, é interposto em face de decisões interlocutórias que podem gerar graves prejuízos para uma das partes, de modo que deve ser dada primazia à análise do mérito do recurso.

Como bem salientado por Hugo de Brito Machado Segundo¹⁵, a jurisprudência defensiva sequer resolve o problema que se propõe a solucionar, haja vista que longe de reduzir o quantitativo de processos que chegam aos Tribunais, acaba por promover a interposição de outros recursos, uma vez que a parte prejudicada, em regra, se utilizará dos meios pertinentes para ver o mérito de seu recurso analisado. Ademais, a referida prática tem o condão de macular a segurança jurídica e o princípio da igualdade, visto que, em última análise, o não conhecimento do recurso poderá levar a decisões conflitantes em casos semelhantes.

3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O COMBATE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Interposto o agravo de instrumento, antes do julgamento de seu mérito realiza-se o juízo de admissibilidade, ou seja, o órgão competente analisará se estão ou não presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal. Os primeiros são aqueles concernentes à própria existência do poder de recorrer, ou seja, o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do referido poder. Já os requisitos extrínsecos referem-se ao modo do exercício do direito de recorrer, consubstanciado no preparo, na tempestividade e na regularidade formal.

¹⁵ MACHADO SEGUNDO, op. cit., p. 28.

Ausente qualquer dos mencionados requisitos o agravo de instrumento não será conhecido, deixando, portanto, de ser analisada a matéria ventilada no recurso.

Sob a vigência do CPC/1973 era cabível o agravo de instrumento contra toda e qualquer decisão interlocutória suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que esta era recebida¹⁶. Com a entrada em vigor do Código de 2015 as hipóteses de cabimento foram taxativamente previstas pelo legislador no art. 1.015¹⁷, inviabilizando-se, conseqüentemente, a interposição desse recurso contra decisões interlocutórias proferidas sobre outras questões, sob pena de se arruinar o sistema de preclusão estabelecido pelo novel diploma, retirando a eficácia do art. 1.009, §1º, que transferiu para o julgamento da apelação a discussão sobre outras decisões interlocutórias não sujeitas ao agravo de instrumento.

Cumpre, todavia, observar que pela nova legislação processual, contra decisão de mérito, em julgamento parcial antecipado, também será cabível o agravo de instrumento por força dos artigos 354, parágrafo único, e 356, §5º, da mencionada legislação. Ademais, o art. 1.015, III, prevê a possibilidade de cabimento do recurso em outros casos expressamente referidos em lei.

Assim, forçoso reconhecer que o CPC/2015 não permite a interposição do agravo de instrumento fora das hipóteses legalmente delineadas, o que, a toda evidência, não importa na impossibilidade de haver o reexame da decisão interlocutória, haja vista que as questões resolvidas na fase de conhecimento por decisão contra a qual não cabe agravo de instrumento não estão cobertas pela preclusão, devendo ser suscitadas em sede de preliminar no recurso de apelação, ou ainda em contrarrazões¹⁸.

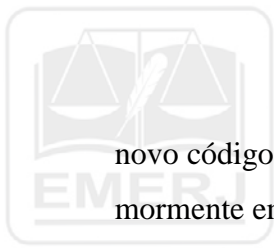
Vê-se, portanto, que o novel diploma processual trouxe substanciais alterações quanto ao cabimento do recurso.

De igual maneira, houve relevante alteração no que tange à tempestividade, haja vista que o prazo para interposição, que anteriormente era de dez dias, passa a ser de quinze dias, contados da intimação da decisão, devendo o agravante, se for o caso, comprovar a ocorrência de feriado local para verificação da tempestividade. Vale lembrar que embora o

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2007. p. 131.

¹⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2078.

¹⁸ Ibid.



novo código traga um ideário de efetividade do processo com saneamento de eventuais vícios, mormente em matéria recursal, a tempestividade é requisito que deve ser fielmente observado, não havendo lugar para saneamento.

Grande destaque foi dado pelo novo Código às questões relativas ao preparo e ao porte de remessa e retorno. Nos termos do artigo 1.007¹⁹, “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”, estando dispensados do prévio recolhimento o Ministério Público, a União, o Distrito Federal, os Estados, os Municípios e suas respectivas autarquias, e aqueles que gozem de isenção legal.

Caso o recolhimento seja insuficiente quando da interposição do recurso, caberá ao magistrado conceder prazo de cinco dias para que o recorrente realize a complementação, sob pena de deserção. Tal disciplina não importou em inovação legislativa, pois previsão semelhante encontra-se no art. 511, § 2º, do CPC/1973²⁰. Entretanto, se nesta segunda oportunidade o recorrente não realizar o recolhimento da diferença, ou novamente o fizer em valor insuficiente, aplicar-se-á a pena de deserção.

Em verdade, a alteração substancial consiste na impossibilidade de a autoridade judiciária aplicar a pena de deserção caso o recorrente, no momento da interposição do recurso, não comprove o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e retorno. Nesta hipótese, deverá intimar o recorrente para que proceda ao recolhimento em dobro das despesas processuais. Contudo, se o recolhimento for inferior ao dobro, não haverá a oportunidade de recolhimento complementar e o recurso será julgado deserto.

Cumprido ressaltar que se o recorrente que não comprovou o recolhimento do preparo ou porte de remessa e retorno quando da interposição do recurso, provar que não o fez por justo impedimento, a autoridade judiciária, por decisão irrecorrível, relevará a pena de deserção e fixará prazo de cinco dias para o recolhimento. Note-se que nesta situação de justo impedimento o recolhimento intempestivo não precisará ser feito em dobro.

Consoante a nova sistemática processual, a deserção também não poderá ser decretada quando as respectivas guias de recolhimento foram preenchidas com algum equívoco, caso em que o relator deverá intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias. Tal providência, evidentemente visa minimizar os equívocos decorrentes da

¹⁹ Vide nota 6.

²⁰ Vide nota 5.



excessiva burocracia relativa ao preenchimento de guias e afastar a prática de jurisprudência defensiva.

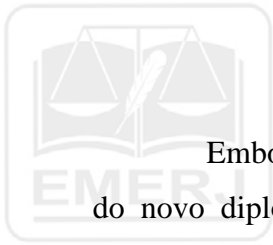
No que concerne à regularidade formal, verifica-se que a novel legislação trouxe novas exigências para a interposição do agravo de instrumento. Além dos requisitos outrora exigidos - quais sejam a exposição do fato e do direito; as razões do pedido de reforma da decisão; e o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo -, a petição inicial deverá conter, por expressa previsão legal, o nome das partes, as razões do pedido de eventual invalidação da decisão e o próprio pedido.

A exemplo do diploma processual pretérito, o Novo Código arrola as peças obrigatórias que devem instruir a petição de agravo de instrumento, autorizando a juntada de peças que o recorrente repute úteis. O agravante deverá, obrigatoriamente, instruir o agravo com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, e na falta de qualquer desses documentos, com a declaração de inexistência destes feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal. Estará, todavia, o agravante dispensado de atender estas exigências quando se tratar de processo eletrônico, caso em que, querendo, poderá apresentar outros documentos que entenda úteis para a compreensão da controvérsia.

Além das peças que devem instruir o agravo, ao agravante compete anexar as guias comprobatórias dos recolhimentos do preparo e porte de remessa e retorno dos autos.

Por fim, vale destacar a hipótese de necessária comprovação junto ao juízo *a quo* da interposição do agravo quando os autos do agravo não forem eletrônicos. Neste caso, não se trata de mera faculdade, mas sim de um dever a ser cumprido no prazo de três dias contados da interposição do recurso. Sendo descumprida tal obrigação, poderá a mesma ser arguida e comprovada pelo agravado, acarretando a inadmissibilidade do agravo de instrumento.

O Novo Código de Processo Civil manteve a sistemática de julgamento monocrático pelo relator do agravo de instrumento, no entanto, relativamente ao tratamento dado pelo Código de Ritos anterior, nota-se maior restrição quanto às hipóteses em que tal técnica deverá ser aplicada. A atual legislação processual atribui, ainda, ao relator a análise da admissibilidade do agravo, cabendo à parte prejudicada o manejo do agravo interno em caso de irresignação.



Embora haja tal previsão de recurso dirigido ao colegiado, verifica-se o claro intuito do novo diploma processual em desestimular sua utilização, mormente pela previsão de condenação do agravante ao pagamento, ao agravado, de multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa em caso de recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, assim reconhecido em votação unânime.

Portanto, urge reconhecer a relevância da atuação do relator no que tange à verificação dos requisitos de admissibilidade recursal, bem como eventual concessão de prazo para sanar qualquer irregularidade que possa prejudicá-la. Com este viés, e primando pela análise do mérito das questões recorridas, o parágrafo único do art. 932 determina que “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”²¹

Visando, ainda, a solucionar as questões polêmicas relativas à juntada de peças para formação do instrumento do agravo dispôs o art. 1.017, §3º, do novel diploma processual que “na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.”²²

Conforme destacado por Nelson Nery Jr.²³, tal providência encontra-se em consonância com o ordenamento constitucional:

sem dúvida, trata-se de atenção ao princípio constitucional de acesso amplo à justiça evitando que determinada questão seja levada ao órgão superior por um problema de pequena monta que não passou por crivo demasiadamente inflexível. Se mesmo assim, ainda faltarem peças, então o agravo não poderá ser conhecido.

Tais previsões não encontravam correspondência no diploma anterior, o que, todavia, não impedia a concessão de prazo razoável para que as providências necessárias fossem tomadas, considerando a interpretação do princípio da instrumentalidade das formas e aproveitamento dos atos processuais à luz da garantia de acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrada em nossa Carta Política.

²¹ Ver nota 6.

²² Ver nota 6.

²³ Ibid., p. 2095.

CONCLUSÃO

Há vários anos a doutrina vem questionando a atuação do Poder Judiciário no que tange à primazia dada à forma em detrimento da análise do mérito das demandas.

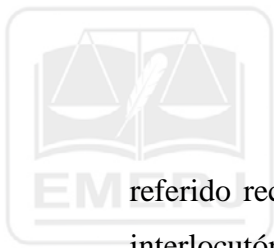
Com efeito, em que pese a segurança jurídica proporcionada pelas normas processuais, não se pode olvidar que a função primordial do Poder Judiciário é a pacificação dos conflitos sociais, sobretudo com o respeito às leis e princípios que regem o ordenamento pátrio. Apesar de todas as distinções que se fazem acertadamente entre direito e justiça, forçoso reconhecer que aquele não pode se apartar desta, devendo o julgador, no desempenho de seu *múnus*, sempre que possível conhecer das alegações das partes a fim de dar-lhes uma solução para o caso trazido ao conhecimento do Estado-Juiz.

Nesse passo, a chamada jurisprudência defensiva, ao largo de reduzir a quantidade de demandas que se proliferam perante o Judiciário, tão somente promove o sentimento de injustiça e revolta daqueles que, em virtude de um percalço processual, não conseguem ter apreciados valiosos argumentos que eventualmente teriam o condão de alterar determinadas situações jurídicas.

Mister se faz, portanto, a adoção de critérios para pacificação de entendimentos e uniformização das decisões judiciais – como o julgamento de recursos repetitivos e com repercussão geral, ambos com efeitos vinculativos, bem como com a previsão de incidente de resolução de demandas repetitivas - recursos que foram bastantes explorados com a edição do diploma processual civil de 2015, não sendo a jurisprudência defensiva a melhor solução a ser empregada.

Em combate a essa postura defensiva, e em certa medida desarrazoada, dos Tribunais pátrios, o Novo Código de Processo Civil vem, apoiado em diversos princípios constitucionais, dando primazia aos aspectos materiais das demandas judicializadas permitindo que as partes possam suprir aspectos formais que anteriormente resultavam em inadmissibilidade dos recursos.

Importante ressaltar que o mencionado diploma trouxe substanciais alterações no que tange ao agravo de instrumento. Dentre elas, destaca-se o novo sistema de preclusão das decisões interlocutórias consubstanciado na taxatividade das hipóteses de cabimento do



referido recurso. Este deixou de ser o meio de impugnação contra toda e qualquer decisão interlocutória, para ter cabimento exclusivamente nas hipóteses expressamente enumeradas, de modo que as decisões interlocutórias não agraváveis deverão ser suscitadas pelas partes em sede de apelação ou contrarrazões. Nesse passo, buscou o legislador imprimir maior celeridade no julgamento dos feitos, em homenagem ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Contudo, a celeridade não foi a única preocupação externada na Lei nº 13.105/2015. Substanciais alterações no processamento do agravo de instrumento tornaram evidente o intuito de se impedir a continuidade desta difundida prática consubstanciada na jurisprudência defensiva, consistente no emprego de uma análise rigorosa dos requisitos de admissibilidade do recurso a fim de afastar o julgamento de mérito.

Nesse diapasão, merece destaque a determinação para que o relator do recurso, responsável pelo juízo de admissibilidade, antes de deixar de conhecer de um agravo de instrumento conceda ao agravante o prazo para sanar o vício, havendo grande destaque no que tange a regularidade do preparo e expressa menção de concessão da benesse em caso de falta de juntada de peça obrigatória.

O Novel Diploma Processual, dessa forma, preocupa-se com a efetividade do processo em detrimento da excessiva formalidade, sem, contudo, perder de vista o necessário atendimento aos ditames relativos à segurança jurídica. Consagra o atual Código de Ritos como norma fundamental do processo civil o direito à obtenção, em prazo razoável, da solução integral de mérito, incluída a atividade satisfativa, o que, à toda evidência, perpassa pelo empenho em analisar-se o mérito dos agravos de instrumento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1482851/RS. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 776676/ RJ. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 9755 / SP. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

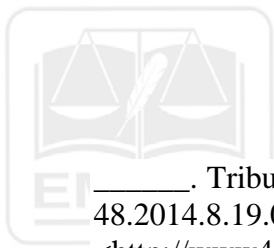
_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1570519/PE. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1387986/DF. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 0055668-05.2010.8.19.0000. Relator: DES. Lucia Miguel S. Lima. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0019024-92.2012.8.19.0000. Relator: Des. Edson Vasconcelos. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?> >. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0039348-98.2015. 8.19.0000. Relator: DES. Jose Carlos Paes. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?> >. Acesso em: 18 ago. 2016.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0023174-48.2014.8.19.0000. Relator: Des. Leila Albuquerque. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 0055668-05.2010.8.19.0000. Relator: DES. Lucia Miguel S. Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0019024-92.2012.8.19.0000. Relator: Des. Edson Vasconcelos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2007.

_____, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 38.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, n. 209. v. 37. 2012.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O (projeto de) Novo Código de Processo Civil e a “jurisprudência defensiva”. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 25, jul./ago.2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Andre Luis. Duas providências do projeto de novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva: uma evolução rumo ao pleno acesso à Justiça. *Revista de Processo*, n. 204. v. 37. 2012.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



A PUBLICIDADE NO *INSTAGRAM* FEITA POR *DIGITAL INFLUENCERS* À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Denise Sirimarco Franco

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada. Pós-graduada em Direito dos Contratos pelo CEDIN Educacional.

Resumo: Com a Revolução Industrial a publicidade ganhou destaque, sendo fundamental na sociedade de consumo. Já com a Revolução da Mídia, a publicidade se reinventou e passou a ser veiculada por meio da internet, se utilizando de novos atores e espaços, como forma de atingir ainda mais pessoas e potencializar seu poder de influência. O trabalho busca entender o alcance da publicidade feita pelos *digital influencers* no *Instagram* e os problemas jurídicos dela decorrentes.

Palavras-chave: Direito Eletrônico. Direito do Consumidor. Publicidade. Boa-fé. Dever de informação. Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. A compreensão do consumo a partir da publicidade realizada pelos *digital influencers* no *Instagram*. 2. Os problemas oriundos publicidade no *Instagram*: uma análise à luz do Código de Defesa do Consumidor. 3. O direito de publicitar à luz da boa-fé e do dever de informação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A publicidade sempre teve um papel importante na sociedade desde a Revolução Industrial. Entretanto, com o desenvolvimento tecnológico, em especial com a popularização da internet, ela ganhou ainda mais relevância, dada a rapidez da propagação de informações e sua imediata repercussão. Consequentemente, técnicas de publicidade foram aperfeiçoadas para as novas tecnologias e seu poder de persuasão aumentou.

Um dos novos espaços encontrados pela publicidade foi o *Instagram*. O aplicativo foi criado em 2010, como uma rede social baseada em compartilhamento de fotos acrescidas de filtros digitais e com pequenas legendas. O crescimento do número de usuários pode ser atribuído à rapidez na visualização do conteúdo disponibilizado, que é mais sucinto na escrita e confirma o ditado “uma imagem vale mais do que mil palavras”. No início muitas blogueiras usavam a nova rede como forma de manter um contato ainda mais próximo com seus leitores e de estimular a ida ao blog, que tinha postagens maiores; e descobriram uma forma de fazer a publicidade, antes realizada nos blogs, de forma muito mais eficiente. Essa eficiência também foi percebida pelo mercado e pelas grandes sociedades empresárias, que



passaram a investir em publicidade também nessa plataforma, inclusive em pessoas anônimas, mas que demonstravam aptidão para influenciar condutas. Esses são os *digital influencers*, principais responsáveis pelos anúncios publicitários no *Instagram* atualmente e por, de certa forma, fomentar a ordem econômica no país, ao criar em seus seguidores desejos por itens e serviços.

Dada a grande influência dessas pessoas na forma de consumo de seus seguidores e dada a idolatria da imagem vivida atualmente, em que tudo o que importa é a imagem, independente do que está por trás dela e de sua veracidade; é necessário entender o alcance da publicidade feita pelos influenciadores e os problemas jurídicos dela decorrentes. Para isso, por meio de uma pesquisa qualitativa e exploratória, no primeiro capítulo, o consumo é analisado a partir dessa publicidade, pra que, no segundo capítulo, os problemas gerados sejam entendidos, com base no Código de Defesa do Consumidor, e, no terceiro capítulo, sejam identificadas as condutas publicitárias esperadas à luz da boa-fé e do dever de informação.

1. A COMPREENSÃO DO CONSUMO A PARTIR DA PUBLICIDADE REALIZADA PELOS DIGITAL INFLUENCERS NO INSTAGRAM.

Com a Revolução da Mídia¹, o acesso às redes sociais se popularizou e, com o passar do tempo, surgiram os *digital influencers*. Inicialmente eles eram blogueiras(os), e hoje abrangem *youtubers* e até mesmo concurseiros. Tratam-se de pessoas comuns, “gente como a gente”, que postam fotos e vídeos do seu dia-a-dia, das coisas sobre as quais blogam ou escrevem e que dão dicas sobre um assunto que dominam ou sobre algo que compraram ou que usam; mas que têm como principal característica serem formadores de opinião em relação

¹ A Revolução da Mídia é “a sucessão de avanços tecnológicos ligados à internet, à telefonia celular e à cultura digital” que resultou na ampliação dos meios tradicionais de comunicação e na abertura de novos espaços para o intercâmbio de informações e ideias. Ela abarca um “movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem”, em que os indivíduos participam ativamente da seleção, construção e depuração das informações que recebem. SCHREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. In: _____ (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9-26.



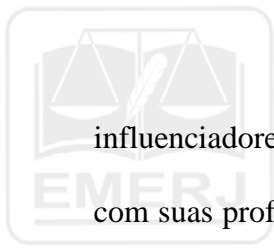
aos seus leitores/seguidores². Tal característica faz com que praticamente tudo o que vistam, usem ou tenham se torne objeto de desejo daqueles que os acompanham e, conseqüentemente seja um sucesso de vendas.

O fato de não serem inicialmente famosos contribui para o êxito futuro dessas pessoas como *digital influencers*, na medida em que há o estabelecimento de uma relação de confiança para com o seu leitor, o qual vai incorporando as dicas passadas por essas pessoas e ansiando por mais e requisitando mais. Essa relação se estabelece principalmente pela percepção de que o influenciador é uma pessoa comum e que, por isso, fornece informações àquela outra pessoa comum que o lê, como se fosse uma dica de amigo(a). A linguagem usada também possui grande importância, sendo, em geral, agradável, clara e autêntica, podendo ter toques de humor. Em um raciocínio aplicável aos *digital influencers*, Luis Orihuela³ explica que o fortalecimento dos blogs e a consolidação da sua credibilidade ocorre quando o autor do blog deixa claro as suas condições da escrita, através do pacto de leitura que é formado com o leitor. Esta credibilidade, a confiabilidade e a escrita adequada, tanto no blog quanto no *Instagram*, são fundamentais para que a pessoa seja reconhecida como uma formadora de opinião e, conseqüentemente, isso atrairá mais ofertas de publicidade e proporcionará a sua profissionalização, se ela assim desejar.

A profissionalização dos *digital influencers* não é obrigatória, mas é bastante comum - sendo considerada atualmente “a profissão do momento”-, em razão das vantagens financeiras que advém dos contratos publicitários. Ademais, para que haja um maior retorno financeiro, é preciso mais tempo de dedicação à rede social, tanto para postagem de novas fotos e vídeos, quanto para responder aos comentários dos seguidores. Entretanto, há muitos

² No *Instagram*, para acompanhar o perfil de uma pessoa, onde são colocadas as suas fotos e os seus vídeos, é necessário “seguir” aquela pessoa. É a expressão que a própria rede social usa. Por isso, os leitores, as pessoas que acompanham as postagens daquela determinada pessoa são denominadas seguidores.

³ ORIHUELA, José Luis. *Blogs e blogosfera: o meio e a comunidade*. In: ALONSO, Júlio; ANTÚNEZ, José Luis; ORDUNA, Octavio I. Rojas; ORIHUELA, José Luis; VARELA, Juan Varela. *Blogs: revolucionando os meios de comunicação*. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p.1-20.



influenciadores que, apesar de ficarem conhecidos entre os usuários do *Instagram*, continuam com suas profissões e rotinas e aproveitam algumas vantagens trazidas pela sua influência. O que importa, em ambos os casos, é o número de seguidores, o qual revela o poder de influência de um formador de opinião e que reflete diretamente nas empresas interessadas em contratar publicidade e no valor da postagem.

Para entender o alcance da publicidade no meio digital, em especial a feita pelos influenciadores no *Instagram*, bem como para compreender os problemas jurídicos que ela pode ocasionar, é necessário analisar as postagens feitas por essas pessoas. É possível identificar quatro tipos de postagens dos *digital influencers* no *Instagram*, assim como ocorre nos blogs de moda e beleza⁴⁵: postagem íntima, publi post, postagem sobre produtos ou serviços adquiridos pelos influenciadores e postagem sobre produtos ou serviços concedidos pelas empresas.

A postagem íntima é aquela em que o influenciador publica uma foto ou vídeo de algo do seu cotidiano, como o seu cachorro, uma ida a praia, um pôr do sol, uma paisagem, um momento de estudo. Ela mostra parte da vida daquela pessoa aos seus seguidores, lembrando, por vezes, um diário.

Já o *publi post* é o post publicitário, isso é, uma publicação com a finalidade de publicitar um produto ou serviço, divulgando uma marca, de forma identificada e mediante pagamento. A identificação ocorre do espaço destinado a sinalizar localização em que a foto/o vídeo foram registrados ou por meio das *hashtags*⁶⁷ ou, mais recentemente, por uma barra vertical⁸ ao final da legenda.

⁴ FRANCO, Denise Sirimarco. *A responsabilidade civil das blogueiras de moda e beleza pela publicidade ilícita decorrente da celebração de contrato publicitário*. 2015. 46 f. Trabalho monográfico – Cedin Educacional, Belo Horizonte, 2015, p. 16-21.

⁵ Idem. *Blog: o novo espaço da publicidade à luz do Direito*. 2014. 66 f. Trabalho monográfico – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

⁶ *Hashtag* é uma palavra-chave, representada pelo símbolo #, e que tem a função de agrupar fotos e vídeos que possuam a mesma temática. É como se fossem dadas etiquetas às fotos e ao clicar nessa etiqueta o usuário

Nesse momento, para melhor compreensão da temática, é necessário explicitar a diferença de publicidade e de propaganda, as quais são tratadas como sinônimas no âmbito popular e até mesmo pelo legislador e por operadores do Direito.

Publicidade, do latim *publicus* (público), pode ser entendido como tornar público. Segundo Lúcia Dias⁹, “do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o consumo”, isto é, de criar o interesse de aquisição no consumidor. A princípio, a publicidade era apenas informativa, passando a predominar o caráter persuasivo com a Revolução Industrial, momento em que ocorreu o crescimento do mercado¹⁰.

Já propaganda, do latim *propagare* (propagar, difundir, espalhar, ampliar, perpetuar) é “Comunicação persuasiva. Conjunto de técnicas e atividades de informação e de persuasão destinadas a influenciar as opiniões, os sentimentos e as atitudes do público num determinado sentido”¹¹. A sua finalidade é de influenciar para a adesão a alguma ideia política, religiosa ou cívica. Segundo Dias¹²,

a propaganda não estaria atrelada a uma possível relação de consumo. Ganhar adesões a uma determinada ideia não significa estimular o ato de compra de um produto, mas alastrar pensamentos e percepções de mundo, ainda que, no limite e indiretamente, este movimento possa levar a escolhas econômicas.

Uma vez fixado o conceito de publicidade, deve ser retomada a análise dos tipos de postagens, em especial da postagem sobre produtos ou serviços concedidos pelas empresas, a qual possui maior potencial para gerar problemas quanto ao consumidor/seguidor. Trata-se de uma postagem feita a partir de produtos ou serviços ofertados por empresas, em que o

consegue visualizar outras fotos que se relacionam àquela originária. WIKIPÉDIA. *Hashtag*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Hashtag>>. Acesso em: 12 out. 2016.

⁷ As *hashtags* mais usadas são #publicidade, #publi, #ad

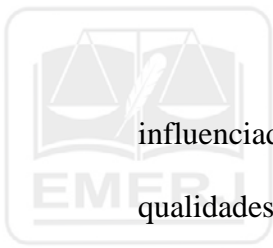
⁸ O símbolo da barra vertical é |. Os influenciadores escrevem: |publicidade.

⁹ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

¹⁰ CASTRO, Maria Lília Dias de; GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: um olhar metodológico*. In: BARBOSA, Ivan Santo; PEREZ, Clotilde (Orgs.). *Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

¹¹ BARBOSA, Gustavo Guimarães; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de Comunicação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, 7. ed. p. 598.

¹² DIAS, op. cit., p.23.



influenciador os cita ou os descreve ao seguidor. Essa postagem pode ser sincera quanto às qualidades e defeitos do produto ou pode mascarar uma publicidade, o que viola os direitos do consumidor.

Por fim, há a postagem dos produtos ou serviços adquiridos. Nela o influenciador publica uma foto ou vídeo indicando a aquisição, por pura liberalidade, como uma verdadeira dica ou indicação ao seu seguidor. A princípio não haveria problemas ao consumidor com esse tipo de postagem, pois o próprio influenciador paga pelo bem. No entanto, eles podem ocorrer quando o anunciante contrata uma publicidade para que o influenciador diga que comprou o produto, tentando estimular a compra por aquele meio, como uma conduta extremamente natural.

Tendo por base a classificação das postagens, bem como o conceito de publicidade e uma noção da importância atual dos *digital influencers* no meio publicitário e na alavancagem das vendas de produtos e serviços, é preciso analisar alguns problemas jurídicos que essa nova forma de fazer publicidade pode causar.

2. OS PROBLEMAS ORIUNDOS DA PUBLICIDADE NO INSTAGRAM: UMA ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A utilização da publicidade em larga escala, para atingir o público em massa apresenta vários problemas. Esses problemas, a princípio inofensivos, podem tornar-se graves, em especial porque tangenciam ou muitas vezes violam direitos fundamentais como a autonomia da vontade e a informação.

Essa violação ocorre frequentemente de forma imperceptível ou muito bem disfarçada, de modo que, destinatários da publicidade não se dão conta do que está por trás daquela simples postagem ou anúncio. Por isso, é fundamental entender os problemas que advêm da publicidade no *Instagram* feita pelos *digital influencers*.

A publicidade feita nos dias de hoje é mais inteligente. Isso ocorre pela necessidade de persuasão eficiente, tendo em vista que a facilidade de acesso à informação permite que uma pessoa saiba as qualidades e defeitos de um produto ou serviço antes de adquiri-lo, fazendo com que, em teoria, haja uma seletividade no comprar. Ademais, houve a necessidade de reformulação da publicidade ante aos excessos e às lesões causadas pela publicidade realizada na época da Revolução Industrial. Em tal época, conhecida como era secundária da publicidade, em razão da concorrência entre as marcas na busca de consumidores para a produção em massa, era feita a chamada publicidade combativa, que era mais agressiva, por tentar impor um produto ao invés de sugeri-lo¹³.

Como a concorrência aumentou daquela época para a contemporânea - a era terciária-, a publicidade passou por uma sofisticação. Os publicitários passaram a utilizar estudos de mercado, psicologia social, sociologia e psicanálise para criar e persuadir. Agora, a publicidade atua sobre as motivações inconscientes do público, obrigando-o a tomar atitudes e levando-o a determinadas ações¹⁴.

Ao adquirir algum bem ou serviço, na maioria das vezes, o consumidor age por impulso, a partir de um desejo de ter determinado bem. Isso se justifica pela existência de uma ciência por trás do simples ato de compra: a formação de hábito.

Na década de 1900, um grande publicitário americano chamado Claude C. Hopkins¹⁵ já usava a técnica da formação de hábito nas campanhas publicitárias produzidas por ele para vender produtos que eram lançados¹⁶. Assim, uma vez formado o hábito, as pessoas sempre comprarão aquele produto, já que a rotina acontece por hábito. Essa técnica mudou a forma de

¹³ MUNIZ, Eloá. *Publicidade e propaganda: origens históricas*. Disponível em: <<http://eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2016

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Claude C. Hopkins foi responsável pela divulgação de grandes marcas com a produção de publicidade, tais como Palmolive, Quaker, Goodyear, Pepsodent, entre outras.

¹⁶ DUHIGG, Charles. *O poder do hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 49.



se fazer publicidade e também passou a ser aplicada em diversas áreas, até mesmo em campanhas governamentais¹⁷.

Conforme explica Charles Duhigg¹⁸, o hábito é formado por uma deixa, uma rotina e uma recompensa:

Primeiro há uma *deixa*, um estímulo que manda seu cérebro entrar em modo automático, e indica qual hábito ele deve usar. Depois, há a *rotina*, que pode ser física, mental ou emocional. Finalmente, há uma *recompensa*, que ajuda seu cérebro a saber se vale a pena memorizar esse loop específico para o futuro.

Além disso, depois, a ciência verificou que para que as deixas funcionem é preciso que haja um anseio pela recompensa¹⁹.

Atualmente milhares de produtos são vendidos com base nessa estratégia de formação de hábitos e de anseio de recompensas e é possível dizer que essa técnica também é utilizada na publicidade realizada no *Instagram* pelos influenciadores, na medida em que, ao ganharem notoriedade, os seguidores passam a desejar vestir a roupa que o influenciador usa como forma de se sentir bonito ou com status, de se sentir como o influenciador é, de ter a vida que ele tem. Cria-se um desejo por aqueles determinados bens e serviços, que podem ser de luxo ou não, apesar de, em geral, o *Instagram* vender uma “vida dos sonhos”, em que todos são felizes, viajam, tem bens materiais e frequentam bons lugares.

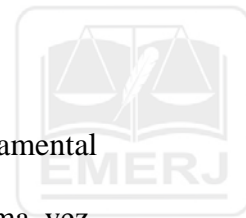
O grande problema, como é possível perceber aqui, é que o consumidor não se dá conta de que está sendo estimulado a criar um novo hábito e, conseqüentemente, a passar a adquirir um produto ou serviço diversas vezes ao longo dos anos. Conforme relata Duhigg²⁰, os pesquisadores descobriram que a maioria das pessoas compra as mesmas marcas de cereal matinal e de desodorante sempre que vão as compras, ainda que não gostem muito do produto, tudo em razão do hábito formado.

¹⁷ Ibid, p. 49

¹⁸ Ibid, p. 36

¹⁹ Ibid, p. 50.

²⁰ Ibid, p. 204 e 199.



Dada a maior competitividade entre as lojas e indústrias, passou a ser fundamental não só criar hábitos nos consumidores, mas fazê-los mudar tais práticas. Mais uma vez, auxiliados pela ciência e seus experimentos e suas pesquisas, os fornecedores descobriram que as pessoas mudam seus hábitos de consumo quando passam por um grande acontecimento em suas vidas²¹. Por óbvio, essa informação também é utilizada para alavancar as vendas.

Assim, o consumidor é induzido a ter diversos comportamentos. Entretanto, essa indução é sofisticada, de modo que ninguém perceba que está sendo induzido. O consumidor acha que, por sua livre e espontânea vontade está comprando determinado produto ou serviço ou mudando suas preferências, quando essa vontade não é livre, mas, sim, condicionada.

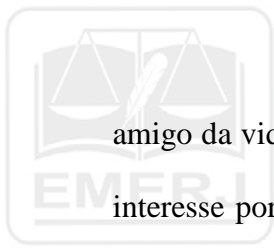
Daí a grande importância de se tutelar o consumidor, como fez a Constituição Federal, em seus artigos 5º, XXXII; 48; e 170, V; e, também de que a publicidade seja identificada, conforme determina o art. 36, *caput*, Código de Defesa do Consumidor. Só assim, com a publicidade colocada como fonte de obrigações²², o consumidor tem mais recursos para entender que uma determinada mensagem visa influenciá-lo.

Entretanto, a identificação da publicidade não vem sendo muito respeitada no âmbito do *Instagram*, na medida em que os influenciadores só indicam o local onde é possível obter o produto ou o serviço. Ora, se pela própria curiosidade dos seguidores ou a teor de compartilhar uma informação, o influenciador indica uma marca, não significa que isso seja um anúncio publicitário, pois pode fazê-lo por liberalidade. No entanto, e aí é que está o problema, essa indicação também pode ter caráter publicitário e não estar respeitando a lei, por não ficar claro que se trata de uma publicidade, por não ser uma publicidade identificada.

Os influenciadores ao realizarem publicidade como se fosse uma “dica de amigo” induzem o seguidor a uma compra que não é realizada de forma consciente. Quando um

²¹ Ibid, p. 204

²² CAVALIEI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 3. ed., 2011, p. 132.



amigo da vida real indica um produto, a tendência é que a pessoa o compre ou pelo menos se interesse por ele, pois há uma relação de confiança entre essas pessoas, no sentido de que a indicação é confiável e diz respeito a algo bom e que, por isso, é compartilhado. A mesma sensação ocorre com os influenciadores, pois há as informações prestadas por liberalidade e que frequentemente são boas, mas há falsas dicas, que são, na verdade, anúncios publicitários, cujos produtos e serviços não serão, muitas vezes, adequados à realidade e às necessidades daquela pessoa, mas que serão adquiridos ainda assim pelo desejo criado.

Trata-se da publicidade redacional oculta que é “a mensagem na qual a menção ao produto ou serviço, embora com fins publicitários, aparenta ser fruto de uma livre escolha do redator”²³. Ela é observada quando há finalidade promocional na mensagem e os destinatários não conseguem identificá-la.

Tal conduta pode fomentar o superendividamento do consumidor, na medida em que, tendo acesso ao crédito, o consumidor irá comprar bens por impulso, sem uma real necessidade. E como as novidades do mercado são cotidianas, há um desejo contínuo na aquisição desses produtos ou serviços, sem a consciência necessária no ato da compra.

Além disso, tanto a publicidade redacional oculta, quanto a publicidade convencional, feita pelo influenciador podem ser enganosas²⁴, levando o consumidor a erro²⁵, em especial quanto a qualidade ou propriedade do produto. Em razão da relação de confiança estabelecida, do pacto redacional, o seguidor ao ler a mensagem ou ao ver a foto ou o vídeo, acredita que aquele produto ou serviço específico tem uma determinada característica que o torna bom, pois o influenciador atribui adjetivos como ótimo, confortável, entre outros²⁶. E, muitas vezes, ao adquirir esse bem – e nem sempre por um preço acessível ou compatível –

²³ DIAS, op. cit., p. 224.

²⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 37. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 05 out. 2016.

²⁵ “Erro é a falsa representação da realidade. É juízo falso, enganoso, equivocado, incorreto que se faz de alguém ou alguma coisa. Logo, será enganosa a publicidade capaz de levar o consumidor a fazer uma falsa representação do produto ou serviço que está sendo anunciado”. CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 135.

²⁶ Não se trata de *puffing*, o exagero na publicidade, o qual não tem força vinculante.

verifica que incorreu em erro. Tal erro pode acontecer com qualquer consumidor, desde o mais informado ao menos, o que tem maior condição econômica e o que não tem, o que tem maior consciência no ato de compra e o que não tem.

Entretanto, tais realidades distintas de consumidor também não podem ser desconsideradas quando se trata de publicidade, na medida em que uns tem uma hipossuficiência maior e, por isso merecem maior atenção, como os adolescentes, que são pessoas em desenvolvimento. As mulheres também tendem a ser mais impulsivas para as compras e, por isso, há um grande direcionamento de publicidade a elas.

A publicidade feita pelo influenciador no *Instagram* ainda pode ser abusiva²⁷, por ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de uma forma prejudicial ou perigosa à sua saúde. É o caso do formador de opinião que dá dicas de exercícios físicos, de dietas, de suplementos e até mesmo de manipulados, ofertando, ainda, descontos em determinada farmácia de manipulação. Trata-se de uma prática muito preocupante, na medida em que adolescentes acessam a rede social e são diretamente influenciados por essas pessoas, sem o mesmo juízo crítico de uma pessoa adulta, sendo que seu corpo ainda está em formação. De acordo com a psicóloga e psicanalista Patrícia Gipsztjn Jacobson²⁸, mesmo quando as blogueiras informam o patrocínio as adolescentes não veem a publicidade, seja porque não querem ver, seja porque não têm capacidade para ver. Ela sustenta que o que as interessa é a dieta e os exercícios feitos pelas influenciadoras, como forma de atingirem aquele determinado tipo de corpo. Na prática constata-se que até mesmo um adulto, por vezes, movido pelo desejo de ter um “corpo perfeito” acaba aderindo à mensagem publicitária e colocando a sua saúde física e mental em risco. Por isso, esse tipo de publicidade merece

²⁷ Vide nota 24.

²⁸ DUVIDE das blogueiras fitness. Entrevistada: Patrícia Gipsztjn Jacobson. Canal *Eu Vejo*, de Daiana Garbin. Publicado em: 4 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kz0nh5AEqn4>>. Acesso em: 10 set. 2016.



ainda mais atenção, em razão das consequências que pode trazer, não só a título individual, mas, também, para a saúde pública.

Verificados alguns possíveis problemas que a publicidade no *Instagram*, feita por *digital influencers* pode causar, é necessário analisar como o ordenamento jurídico brasileiro pode tutelar os seguidores/consumidores.

3. O DIREITO DE PUBLICITAR À LUZ DA BOA-FÉ E DO DEVER DE INFORMAÇÃO

No Brasil, a publicidade é regulada por um sistema misto de controle, formado pela participação da administração pública e do Poder Judiciário e pela autoregulação realizada pelo Conselho Nacional de Autoregulação Publicitária (CONAR), órgão para-estatal. Por isso, tanto a legislação quanto o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária são aplicáveis a qualquer publicidade realizada, mesmo em meios antes não existentes como o *Instagram*, uma vez que se tutela o consumidor frente a publicidade. Nesse sentido, cabe esclarecer que não há sociedade de consumo sem publicidade e que, por isso, o controle legal da publicidade não visa eliminá-la, mas conter os seus abusos²⁹. Ademais, a própria Constituição Federal protege a atividade publicitária como atividade econômica, resguardada pela livre concorrência e pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica (arts. 170, *caput*, IV e parágrafo único, CRFB/88), e pelo princípio da liberdade de expressão (arts. 5º, IX e 220, CRFB/88). Nas palavras de Lúcia Dias³⁰,

[...] o Direito, evidentemente, não ignora – e nem poderia ignorar – a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico, seja como motor da dinâmica competitiva, inovação e redução do custo unitário dos produtos, seja ainda como importante fonte de receita dos veículos de comunicação (jornais, rádios, televisões), ou ainda, como pontua Benjamin, como fator de relevância para a vida cultural do país por meio do financiamento, total ou parcial, de programas culturais (ao que hoje se denominou de “marketing cultural”).

²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Oferta e publicidade*. In: BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed. rev., atual. e ampl., 2014. p. 270 e 275.

³⁰ DIAS, op. cit., p. 28.

Por isso, a regulamentação da publicidade é necessária para assegurar esses mesmos valores e também, ao mesmo tempo, para tutelar o consumidor, o qual também foi prestigiado pela Constituição.

Com base nisso, tanto o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária quanto o Código de Defesa do Consumidor dispõem sobre a necessidade de que a publicidade seja identificada, bem como vedam a publicidade abusiva e a publicidade enganosa, espécies de publicidade ilícita. Trata-se de uma proteção pré-contratual, quando ainda há a expectativa de consumo³¹.

Diante dos problemas explicitados anteriormente, verifica-se que o fato de o *digital influencer* informar que está publicitando naquela foto ou vídeo, além de cumprir a lei, evita diversos problemas para o consumidor, pois possibilita que o seguidor adote uma posição defensiva frente a publicidade. De acordo com Fernández Novoa³², se nada é informado o consumidor outorga

uma grande credibilidade e está disposto a acolher as afirmações fáticas e os juízos valorativos contidos nos artigos e comunicações informativas. A maior credibilidade que o público confere às notícias e artigos informativos se deve a que o público confia no rigor e na objetividade das informações veiculadas pela imprensa: o juízo imparcial de redação de um periódico goza de maior autoridade e influi mais eficazmente sobre o consumidor do que a exposição subjetiva do empresário plasmada em um anúncio.

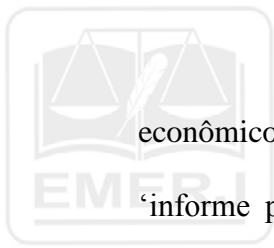
Apesar de o *Instagram* não se tratar de um órgão da imprensa, tal ideia também é a ele aplicável, na medida em que há grande credibilidade quanto aos influenciadores, em razão da relação de confiança formada com o seguidor.

Por isso, não basta que o *digital influencer* indique a loja que comprou determinada roupa ou indique uma editora jurídica como “parceira” ao mostrar os livros recebidos aos concourseiros, pois poderiam ser confundidos com compartilhamento de informações por liberalidade, quando não o são. Conforme ressaltado por Lúcia Dias³³, havendo “interesse

³¹ BENJAMIN, op. cit., p. 276.

³² NOVOA *Apud* DIAS, op. cit., p. 224.

³³ *Ibid*, p. 103.



econômico na divulgação do produto, necessário advertir o consumidor de que se trata de um ‘informe publicitário’ e não de uma opinião desinteressada do veículo ou do jornalista”.

Assim, é necessário que haja identificação clara de que se trata de um anúncio publicitário, seja na legenda da foto, pela descrição ou por meio das *hashtags* #publi e #publicidade, não sendo recomendado o uso de #ad, por se referir à palavra *advertising*, isso é, palavra estrangeira, que não necessariamente é do conhecimento de todos.

Há, inclusive, decisões do CONAR³⁴ advertindo *digital influencers*³⁵ sobre a necessidade de identificar a mensagem como sendo publicitária, determinando a alteração da mensagem e até mesmo determinando a suspensão da mensagem.

De igual forma, deve ser combatida a publicidade enganosa, que é vedada pelo ordenamento. Ela pode ocorrer tanto por ação quanto por omissão e, para a sua configuração, basta a sua capacidade de induzir a erro, sendo aferida em abstrato³⁶. Por essa razão, o influenciador, ao transmitir sua mensagem, deve estar ciente dos deveres a que está sujeito, como dever de informação, nele compreendido o dever de informar corretamente; o dever de lealdade, considerando que o seguidor confia nele; e o dever de solidariedade. Incide também aqui a boa-fé objetiva, que exige uma conduta transparente e leal das partes; que coloca um limite³⁷ ao direito subjetivo de publicitar; e que cria deveres anexos. Por isso, as mensagens devem ser o mais claras e o mais objetivas possível, de modo a evitar a falsa representação da realidade, uma vez que pelo Código de Defesa do Consumidor, a configuração de enganabilidade independe da boa ou da má-fé do anunciante³⁸, sendo tais aspectos relevantes na seara penal.

³⁴ As primeiras decisões foram advertindo as blogueiras Mariah Bernardes, Thássia Naves e Lalá Rudge por publicidade não identificada nos *blogs* (Representações 221/12 – 222/12 - 223/12). Posteriormente, outros *blogs* passaram a adotar a recomendação.

³⁵ Representações 092/15, 211/15, e 177/16 em face de Gabriela Pugliesi

³⁶ BENJAMIN, op. cit., p. 283.

³⁷ BRASIL. Código Civil. Art. 187. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

³⁸ BENJAMIN, op. cit., p. 283.

No tocante à publicidade abusiva, que também vedada, essa requer atenção especial, na medida em que os valores envolvidos são ainda mais caros, como a saúde física e mental e a própria dignidade da pessoa humana. A prática de exercícios é muito importante, em razão dos inúmeros benefícios para a saúde, assim como o é a alimentação saudável e propagar esses valores é louvável. No entanto, não cabe a publicidade de suplementos, de fitoterápicos, de *shakes*, entre outros, em especial indicando a quantidade que o *digital influencer* consome, pois ela pode colocar a saúde e a vida de muitas pessoas em risco por seu uso inadequado e inapropriado, considerando que cada corpo é único. Ante às experiências vivenciadas atualmente de culto ao corpo, de idolatria da imagem, e da velocidade de transmissão de informações pelas redes sociais, mais cuidado se deve ter quanto a publicidade de influenciadores ligada ao *fitness*.

Em caso de descumprimento das regras do Código Brasileiro e Autoregulação Publicitária, cabe a ação do CONAR, de ofício ou mediante reclamação de consumidores, para apurar e julgar as situações que se apresentarem e, se for o caso, aplicar as penalidades previstas no art. 50 do Código. Além disso, como o Poder Judiciário é competente para apreciar lesão ou ameaça a direito³⁹, na defesa do consumidor é possível a determinação de contrapropaganda⁴⁰, além da imposição de sanções penais⁴¹, sem prejuízo de eventuais reparações cíveis.

Portanto, é possível concluir que apesar de o Estado tutelar a atividade publicitária, é mandatório o respeito ao consumidor, em atenção à sua hipossuficiência e à boa-fé objetiva e ao dever de informação.

CONCLUSÃO

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, XXXV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

⁴⁰ Art. 60, CDC. Vide nota 24.

⁴¹ Arts. 67 e 68, CDC. Vide nota 24

Em uma realidade de transmissão de informações em tempo real e de uso de novas mídias como forma de se expressar e interagir com outras pessoas, aqueles que se destacam como formadores de opinião, os *digital influencers*, devem realizar publicidade de forma identificada e clara, sem que essa tenha capacidade para enganar e que não seja abusiva. O respeito à regulamentação mista da publicidade deve ocorrer, pois o que se tutela é a publicidade, independente do meio em que é feita. Com isso, os valores constitucionais de humanização das relações contratuais, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade; e os valores infraconstitucionais, como a boa-fé e a lealdade, estarão sendo respeitados, sem que se deixe de prestigiar o desenvolvimento econômico e social do país.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gustavo Guimarães; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de Comunicação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, 7. ed.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Oferta e publicidade*. In: BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed. rev., atual. e ampl., 2014. p. 253-294.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

CASTRO, Maria Lília Dias de; GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: um olhar metodológico*. In: BARBOSA, Ivan Santo; PEREZ, Clotilde (Orgs.). *Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

CAVALIEI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 3. ed., 2011.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMPLEMENTAÇÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Eduarda Bastos Rodrigues Silva

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

Resumo: os tratados internacionais são fontes importantes do Direito, principalmente quando versam sobre matéria de direitos humanos. Considerando que os tratados internacionais – Pacto de San José da Costa Rica – têm dado destaque à necessidade de se realizar a audiência de custódia, esta passou a se apresentar como verdadeiro instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana. A essência deste trabalho é abordar a importância de tal fonte normativa, com destaque para a sua aplicação na implementação das audiências de custódia nos tribunais.

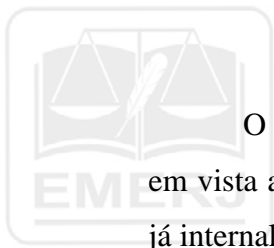
Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Audiência de Custódia.

Sumário: Introdução. 1. A Natureza Jurídica dos Tratados Internacionais sobre o tema e os seus efeitos no ordenamento jurídico interno. 2. A Audiência de Custódia como forma de instrumentalização dos direitos fundamentais. 3. A Implementação do Pacto de San José da Costa Rica pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar da Audiência de Custódia e da implementação do Pacto de San José da Costa Rica, dando enfoque na regulamentação dos tratados internacionais que preveem a sua realização como forma de instrumento eficaz em respeito à dignidade da pessoa humana, nos tribunais, com destaque para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Muito embora tais tratados já tenham sido internalizados pelo ordenamento pátrio, a questão nos obriga a fazer algumas reflexões, tais como: qual é a natureza jurídica dos tratados internacionais que tratam da matéria e quais são os seus efeitos no ordenamento jurídico interno? Em que medida se pode afirmar que a realização da audiência de custódia se presta a dar eficácia às garantias e direitos fundamentais previstos em nossa Constituição? Quais são os aspectos acerca da constitucionalidade e legalidade da realização da audiência de custódia e de que forma isso vem sendo implementado pelos Tribunais?



O instrumento da audiência de custódia não é uma completa novidade jurídica, tendo em vista a sua previsão em tratados internacionais dos quais o Estado Brasileiro é signatário, já internalizados no ordenamento jurídico.

No entanto, com o início da tramitação do Projeto de Lei nº 554/2011, as discussões em torno do instituto se tornaram ainda mais acaloradas, principalmente após a regulamentação administrativa feita por alguns Tribunais, que trouxe à tona a questão acerca da constitucionalidade de tais atos.

A discussão vem ganhando cada vez mais importância, tendo em vista o sistema carcerário que temos hoje, em que prevalece a superpopulação, a violação constante dos direitos e garantias fundamentais – principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, tem-se que a questão penitenciária no Brasil ultrapassa os limites da violência urbana, de modo que se tornou uma questão verdadeiramente social, sendo a audiência de custódia um instrumento eficaz à implementação de direitos humanos e auxílio no combate à superlotação dos presídios.

No primeiro capítulo do presente trabalho, será analisada a natureza jurídica dos tratados internacionais que tratam da matéria, para, ao final, comprovar a sua aplicação no ordenamento jurídico interno. Já no segundo capítulo, pretende-se demonstrar a aplicabilidade da audiência de custódia; para, por fim, no terceiro capítulo, destacar os aspectos acerca da constitucionalidade e legalidade da implementação da realização da audiência de custódia no âmbito dos Tribunais de Justiça.

A pesquisa ora realizada é de natureza qualitativa e se utilizará da metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, tendo como fontes primordiais a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA E OS SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário têm força vinculante desde o momento de sua internalização no ordenamento jurídico, que ocorre com a sua promulgação e posterior publicação, formando a chamada “fase integratória da eficácia”¹.

Nesse ponto, merece destaque uma diferenciação entre os tratados que versam sobre matéria de direitos humanos e os demais. Isso porque, com o advento da Emenda Constitucional de nº 45/2004, aqueles tratados passaram a receber um tratamento distinto.

Durante muito tempo, o Supremo Tribunal Federal dava aos tratados internacionais em geral – inclusive aos que versassem sobre matéria de direitos humanos – *status* de Lei ordinária.

No entanto, com o advento da referida emenda, que incluiu o § 3º ao artigo 5º da Constituição², segundo o qual “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, o Supremo alterou a sua posição.

Diante da alteração trazida pela referida emenda, os tratados internacionais sobre direitos humanos que obedeçam ao procedimento legislativo constitucionalmente previsto, passam a ser equiparados às emendas constitucionais. Com isso, a posição do Supremo passou a ser no sentido de que, os tratados internacionais sobre direitos humanos seriam dotados de suprallegalidade³, isto é, seriam hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, mas inferiores à Constituição, quando não obedecessem, em sua internalização, o procedimento necessário à aprovação de emendas constitucionais, hipótese em que ostentariam tal *status*.

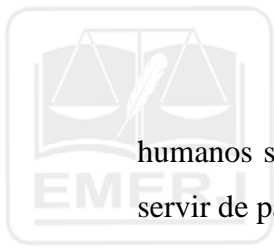
Muito embora haja quem sustente que os tratados de direitos humanos possuem, automaticamente, natureza de norma constitucional⁴, a conclusão a que se chega é a mesma: seja por serem considerados normas supralegais ou constitucionais, os tratados sobre direitos

¹SOARES NETO, João Euclides Leite. *A obrigatoriedade de promulgação e publicação para a vigência doméstica dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-obrigatoriedade-de-promulgacao-e-publicacao-paravigenciadomes-tica-dos-tratados-internacionais-ratificados-,48872.html>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

²BRASIL. 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: 4 abr. 2016.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁴MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 376.



humanos são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional e, portanto, devem servir de parâmetro para nortear a sua elaboração.

Portanto, tem-se que toda a legislação deve estar adequada aos preceitos dos tratados internacionais em que o Brasil consta como signatário, surgindo aqui o chamado “ajuste de convencionalidade”⁵, que faz parte de uma “dupla filtragem”⁶, de ordem constitucional, bem como convencional.

Isso significa dizer que, na elaboração das leis, deve-se atentar tanto para a Constituição quanto para os tratados internacionais de direitos humanos, que fazem parte do ordenamento pátrio, no mínimo, com *status* de supralegalidade.

Logo, a legislação processual penal não pode ser exceção a essa regra, já que os tratados internacionais sobre direitos humanos “são fontes normativas e gozam de vigência e eficácia na ordem jurídica interna (após o procedimento normativo)”⁷.

A audiência de custódia “consiste no fato de que aquele que for levado à prisão deva ser ouvido sem demora, o que quer dizer: deve ser levado imediatamente à presença da autoridade judiciária competente”⁸.

O art. 306 do Código de Processo Penal⁹, ao estipular que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” não faz necessária a presença física do preso perante o juiz.

Ou seja, o dispositivo, não obstante seja feliz ao prever a necessidade de comunicação ao magistrado para que este exerça o controle de legalidade da prisão, limita este procedimento a um ato burocrático, já que a comunicação se dá por escrito, por meio do Auto de Prisão em Flagrante. De acordo com o Código de Processo Penal¹⁰, o juiz não tem, nesse momento, qualquer contato físico com o preso, não sendo possível avaliar eventuais abusos, por exemplo.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é amplamente favorável à realização da audiência de custódia, tendo em vista que entende não ser suficiente à sua implementação o dispositivo previsto no Código de Processo Penal, considerando as

⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. Resistência crítica e poder punitivo: diálogos em torno da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 43, ago./set. 2015.

⁶ *Ibid.*, p. 45

⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁸ COUTINHO, Jacinto Teles. Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, ago./set. 2015, p. 98.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 4 abr. 2016.

¹⁰ Vide nota 9.



garantias fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, a CIDH se manifestou em precedente dizendo que:

O fato de que um juiz tenha conhecimento da causa ou lhe seja remetido o Inquérito Policial correspondente, como alegado pelo Estado, não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente.¹¹

Diante do exposto, conclui-se que, o instituto da audiência de custódia não deve estar de acordo apenas com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais sobre direitos humanos que o Brasil seja signatário, em razão do seu *status* de supralegalidade, quais sejam eles: a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO FORMA DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

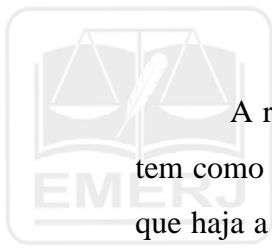
O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na Constituição como um dos fundamentos da República, em seu art. 1º, III¹². Possui, sem sombra de dúvidas, força normativa, na medida em que serve de norte para todo o ordenamento jurídico – que lhe deve respeito, bem como se presta a direcionar a própria conduta dos indivíduos da sociedade.

No âmbito do processo penal, a dignidade da pessoa humana ganha ainda mais importância, em razão da situação de fragilidade da pessoa que porventura se encontra privada de sua liberdade. É nesse momento crucial que o Estado deve atuar em seu favor, afim de garantir que os seus direitos fundamentais não sejam violados – seja na fase investigatória, de julgamento ou de eventual execução da pena, em caso de condenação.

Não se trata de “defender bandido”, como parte da população costuma defender. O que deve ser levado em conta é que o Estado tem o dever de agir de modo que o indivíduo não sofra violações de direitos que lhe são garantidos pela Constituição, sob pena de se acabar com o Estado Democrático de Direito, dando lugar à barbárie.

¹¹Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se_riec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 5 out. 2016

¹²Vide nota 2.



A realização da audiência de custódia está inserida nesse contexto, na medida em que tem como “finalidade maior a de garantir os direitos fundamentais do imputado, de tal forma que haja a menor restrição possível a tais direitos. (...) Em síntese, objetiva-se dar concretude ao chamado contraditório prévio”¹³.

Segundo Cleopas Isaías Santos¹⁴, o âmbito de incidência da audiência de custódia (ou audiência de garantia, nomenclatura preferida do autor) não se restringe apenas às prisões em flagrante. É claro que em tais casos, em razão da possibilidade de qualquer cidadão poder efetuar o flagrante, torna-se de suma importância a análise deste ato pelo Poder Judiciário, a fim de evitar que linchamentos e outros tipos de abusos se tornem corriqueiros ou, pior, passem impunes.

Dessa forma, por meio de uma interpretação extensiva dos tratados internacionais, baseada nos princípios da máxima efetividade e *pro homine*, segundo o qual, “deve o intérprete optar pela norma que, no caso concreto, mais projeta o ser humano sujeito de direitos”¹⁵, temos que, qualquer prisão de natureza cautelar poderá ter a sua legalidade examinada por meio da audiência de custódia.

Não é segredo para ninguém o fato de os presídios brasileiros se encontrarem superlotados e, por conta de tal situação, acabarem por oferecer aos seus respectivos presos condições subumanas de tratamento. Com a escassez de investimentos em trabalhos sociais e educação pelo governo, a tendência é que a população carcerária cresça cada vez mais, podendo vir a gerar inclusive um colapso no sistema.

No entanto, se fossem realizadas audiências de custódia para todas as prisões cautelares, com certeza teríamos uma considerável melhora na questão dos presídios superlotados. A título de exemplo, temos dados extraídos do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁶ que demonstram que, das 5.105 (cinco mil cento e cinco) audiências de custódia realizadas no Estado do Rio de Janeiro, 40.31% delas resultaram em concessão de liberdade provisória em favor daquele indivíduo.

Tal estatística pode ser justificada baseando-se no chamado “efeito *priming*”, que consiste na “conduta humana de preencher os espaços desprovidos de informação”. Ou seja, o magistrado, ao receber em suas mãos um auto de prisão em flagrante, lavrado pela autoridade policial, tende a preencher as lacunas de informações que ali não constam. Muitas vezes, esse

¹³ SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de garantia: ou sobre o óbvio ululante. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 76-93, abr./maio. 2015, p. 81.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ SANTOS, op. cit., p. 81

¹⁶ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 24 ago. 2016.



preenchimento se dá inconscientemente – afinal, o juiz é imparcial, mas não é neutro, já que é um ser humano como outro qualquer – e fundado em estereótipos.

Sobre o tema, Morais da Rosa e Lopes Jr. explicam que:

O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação.¹⁷

Conforme já visto, a realização da audiência de custódia não se limita ao exame da legalidade da prisão. Trata-se de verdadeiro instrumento do princípio do contraditório, na medida em que dá ao preso a oportunidade de desconstituir eventuais estereótipos criados na cabeça do magistrado que poderiam levá-lo a manter a sua liberdade restrita.

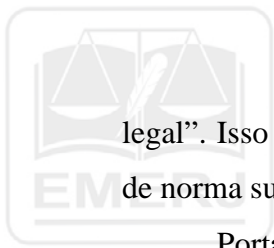
Assim, não há dúvidas quanto à importância da efetivação dos tratados internacionais que determinam a realização da audiência de custódia. Não se pode admitir no ordenamento jurídico pátrio, que pessoas tenham o seu direito de ir e vir subtraído sem razão para tanto. Outrossim, e sem a pretensão de estender neste trabalho a problemática envolvida, prisão nunca foi solução para a criminalidade e, por esse motivo, deve ser tratada com excepcionalidade.

Diante do exposto, pode-se concluir que as audiências de custódia servem como uma forma de prestigiar os princípios constitucionais do contraditório e da dignidade da pessoa humana, dando legitimidade ao Estado Democrático de Direito que a sociedade brasileira tanto lutou para conquistar.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.

Não obstante haver previsão em norma internacional exigindo a realização da audiência de custódia como instrumento da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico interno brasileiro não possui legislação nesse sentido. Isso não significa, de forma alguma, que a realização dessas audiências não possa acontecer por “ausência de previsão

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre *apud* SOUZA, Bernardo de Azevedo e. A audiência de custódia e o preço do comodismo. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 32-39, ago./set. 2015, p. 49.



legal”. Isso porque, não é preciso que haja uma *lei* para tornar eficaz um direito que decorre de norma supralegal.

Portanto, o fato de não haver legislação interna exigindo a realização da audiência de custódia não pode servir como obstáculo à sua implementação. Isso porque, tal exigência emana de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos e que, portanto, possui aplicação imediata, conforme o art. 5º, parágrafo 1º da Constituição. Ou seja, fica dispensada a sua promulgação e publicação no Diário Oficial para que possa produzir efeitos no âmbito interno.¹⁸

No mesmo sentido, leciona Jacinto Teles Coutinho:

portanto, acreditamos que o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça têm toda a garantia legal para implementar esse importante mecanismo de cidadania denominado audiência de custódia, que, indubitavelmente, colaborará para, entre outras coisas, reduzir a superlotação carcerária, a violação dos direitos fundamentais, o sofrimento dos encarcerados pelas razões já amplamente conhecidas no Sistema Prisional do País, a partir, inclusive, de morosidade relacionada ao atendimento processual ao preso, principalmente para encontra-se com o juiz competente do seu processo.¹⁹

Não obstante já ser exigível a apresentação do custodiado perante o juiz, iniciou-se no Senado a tramitação de um Projeto de Lei²⁰ com o fim de regulamentar a matéria, o que causou debates institucionais ferrenhos entre delegados, Ministério Público e a Defensoria Pública, sendo apenas esta última a favor do projeto, que segue em tramitação.

No Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo foi pioneiro em implementar a realização das audiências de custódia, por meio do Provimento Conjunto n. 03/2015, em parceria com o CNJ e com o Ministério da Justiça, representado pelo “Projeto Audiência de Custódia”.

O referido provimento foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade²¹, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), que alega que a matéria somente poderia ser tratada por lei federal, e não por provimento autônomo, em razão da

¹⁸ MAZZUOLI apud SANTOS, Cleopas Isaias. Audiência de garantia: ou sobre o óbvio ululante. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 76-93, abr./maio. 2015, p. 83.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Teles. Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, ago./set. 2015, p. 103.

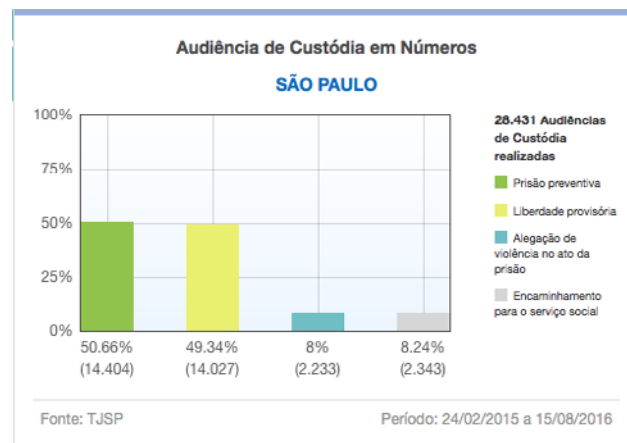
²⁰ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 07 set 2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 5 out. 2016

competência constitucional da União, por meio do Congresso Nacional, conforme dispõe o art. 22, I da CRFB²².

No entanto, o STF julgou improcedente a referida ação direta de inconstitucionalidade, por entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) teria inovado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a prever expressamente a audiência de custódia. Outrossim, a realização de tal audiência é intrínseca à garantia da liberdade, instrumentalizada pelo “habeas corpus”. Portanto, não haveria que se falar em violação à separação de poderes, por não ter o referido provimento inovado na ordem legislativa, pois se limita a regular a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais no âmbito do seu tribunal.

Assim, graças à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, desde fevereiro de 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo vem realizando audiências de custódia, tendo tido resultados positivos até então²³:

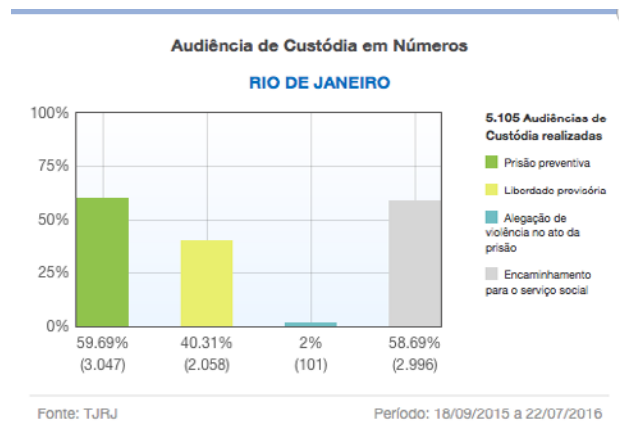


O projeto idealizado pelo CNJ não se limita à realização das audiências em si, mas estimula a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, quando o caso concreto assim pedir, como por exemplo, o comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a lugares específicos, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício da função pública ou atividade de natureza econômica/financeira, internação provisória nas hipóteses de crimes de violência/ grave ameaça, fiança ou a monitoração eletrônica.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a realização das audiências de custódia teve início em 18 de setembro de 2015, e também tem apresentado um quadro positivo²⁴:

²²Vide nota 2.

²³Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 07 set 2016.



Assim, pode-se concluir que, no Rio de Janeiro, mais de 40% (quarenta por cento) das prisões em flagrante resultaram em concessão de liberdade provisória em favor do custodiado. O número é alarmante e só corrobora a necessidade e a importância de se realizar as audiências: em primeiro lugar, para proteger o direito fundamental à liberdade do indivíduo, tendo sempre em mente que a prisão não pode ser a regra, mas a exceção; em segundo lugar, deve-se ter uma visão prática da questão, já que a concessão de liberdade provisória tem também a função de evitar, cada vez mais, a super lotação carcerária, quando puderem ser aplicadas outras medidas mais eficazes à reinserção daquela pessoa à sua comunidade.

CONCLUSÃO

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm natureza jurídica de norma supralegal, isso é, estão hierarquicamente posicionados abaixo da Constituição, porém acima de toda a legislação infraconstitucional. Por outro lado, caso esses tratados, na ocasião de sua internalização no ordenamento jurídico, percorram o trâmite legislativo das Emendas Constitucionais, as normas por eles emanadas estarão em pé de igualdade com as normas constitucionais derivadas.

Dessa forma, fica claro que, em qualquer hipótese, a legislação infraconstitucional deve obediência aos tratados internacionais sobre direitos humanos, independentemente de eles terem sido ou não internalizados com *status* de emenda constitucional. Isso porque, de qualquer maneira, eles serão dotados de supralegalidade, o que já lhes garante supremacia em relação às normas infraconstitucionais.

²⁴Vide nota 20.

Portanto, o Pacto de San José da Costa Rica e as normas e princípios nele constantes não podem ser ignoradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo certo que esse tratado traz em seu bojo a realização da audiência de custódia como forma de instrumentalização da dignidade da pessoa humana.

A Constituição traz todo um rol de direitos e garantias fundamentais, que devem nortear o ordenamento jurídico como um todo, seja nas relações entre o Estado e o indivíduo, seja nas relações travadas apenas entre os particulares. A obediência a esses direitos e garantias deve acontecer sempre e, principalmente, nos momentos em que a liberdade de ir e vir é colocada à prova, como é o caso das prisões em flagrante.

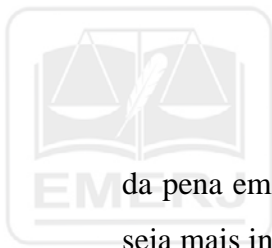
Nesse contexto, a realização da audiência de custódia, garantida pelo Pacto de San José da Costa Rica, serve como um aparato estatal que visa não apenas coibir a ocorrência de eventuais abusos no ato da prisão, como também garantir ao indivíduo um cumprimento da pena de forma digna. Afinal, as audiências de custódia têm se mostrado, além de tudo, um excelente instrumento de diminuição da superpopulação carcerária.

Em razão disso, os Tribunais começaram um movimento no sentido de implementar as audiências de custódia, dando efetividade às normas e princípios do Pacto de San José da Costa Rica, sendo o Tribunal de Justiça de São Paulo pioneiro nesse sentido.

Não obstante a polêmica causada na doutrina e jurisprudência, que inclusive levou ao julgamento da ADI 5240 pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade, em se tratando da realização das audiências de custódia.

Isso porque, conforme se demonstrou no presente trabalho, a ausência de lei infraconstitucional não tem força para impedir a efetividade de uma norma supralegal. Na verdade, as leis é que devem se adequar ao que dispõe o tratado, e não o contrário. Ademais, os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça revelam que as audiências de custódia, além de atuarem em prol da dignidade humana no momento da prisão – e eventual cumprimento de pena – têm se mostrado fortes em diminuir a população carcerária, um problema que já pode ser considerado endêmico em nosso país.

Diante do exposto, é inequívoco que as audiências de custódia devem ser realizadas, em todo o território brasileiro, na medida em que servem de instrumento da dignidade da pessoa humana em vários aspectos, dentre os quais: a coibição de abusos pelas autoridades policiais e pela própria sociedade no momento das prisões em flagrante; a diminuição da população carcerária; aproxima o custodiado do magistrado, tornando o julgamento mais pessoal e efetivando até mesmo o princípio da individualização da pena; torna a ressocialização do indivíduo mais próxima da realidade, tendo em vista que, o cumprimento



da pena em prisões com a lotação adequada faz com que o tratamento em relação aos presos seja mais individualizado.

REFERÊNCIAS

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: 4 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5240. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 5 out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>. Acesso em: 4 abr. 2016.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 5 out. 2016

COUTINHO, Jacinto Teles. Audiência de custódia: garantia do Direito Internacional Público. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, ago./set. 2015, p. 98-104.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 24 ago. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre *apud* SOUZA, Bernardo de Azevedo e. A audiência de custódia e o preço do comodismo. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 32-39, ago./set. 2015, p. 5-17.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Resistência crítica e poder punitivo: diálogos em torno da audiência de custódia. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 40-53, ago./set. 2015.

MAZZUOLI *apud* SANTOS, Cleopas Isaias. Audiência de garantia: ou sobre o óbvio ululante. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 76-93, abr./maio. 2015, p. 83.



_____. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOARES NETO, João Euclides Leite. *A obrigatoriedade de promulgação e publicação para a vigência doméstica dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-obrigatoriedade-de-promulgacao-e-publicacao-paravigenciadomes-tica-dos-tratados-internacionais-ratificados-,48872.html>>. Acesso em> 4 abr. 2016.

SANTOS, Cleopas Isaias. Audiência de garantia: ou sobre o óbvio ululante. *Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 76-93, abr./maio. 2015, p. 76-93.



A PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO PARA DELAÇÃO PREMIADA

Elaine Cristina Vicente Costa

Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Cidade do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes.

Resumo: A Delação Premiada ganhou força na legislação brasileira com a edição da lei de combate ao crime organizado, Lei 12.850/13, sua aplicabilidade nas duas maiores investigações trouxe diversos questionamentos sobre o procedimento adotado. Atualmente precede a delação premiada a prisão preventiva, utilizada de maneira coercitiva para que o delator confesse sua participação bem como informe o esquema, ou organização criminosa. O trabalho visa analisar os procedimentos no tocante ao que determina a legislação e como tem sido aplicada, a legalidade da delação premiada frente ao ordenamento pátrio bem como a imposição ou ameaça de prisão preventiva ante o que afirmam os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito Penal. Delação Premiada. Prisão Preventiva

Sumário: Introdução. 1. A Aplicabilidade da Prisão preventiva e da Delação Premiada no Ordenamento Jurídico Brasileiro Atual. 2. A Delação Premiada e os Direitos Fundamentais. 3. O Procedimento e a Eficácia da Delação Premiada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a discutir a utilização da prisão preventiva como forma de coerção para a delação premiada, bem como sua importância na persecução penal.

Sendo a prisão preventiva uma cautelar de extrema importância no direito penal e processual penal, com sua definição em lei que estabelece rol taxativo de sua aplicabilidade.

Com o atual cenário político, e o Judiciário utilizando em demasia da prisão preventiva, e por vezes fora do que dispõe a lei processual em seu rol taxativo.

O trabalho enfoca a temática no direito penal e processual penal para discutir utilização da prisão preventiva em casos não previsto em lei, se esse alargamento do rol não feriria o princípio da legalidade, bem como a Constituição Federal.

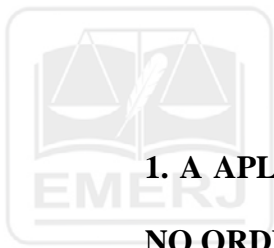
Analisar se justificaria a prisão preventiva, que é a última *ratio*, para o êxito na persecução penal com a consequente delação premiada.

Visa informar o que é e quando e como se aplica a prisão preventiva em nosso ordenamento, se haveria amparo legal a utilização da prisão como forma de coerção, explicitando os procedimentos da prisão e da delação, bem como fazer um paralelo dos atuais acontecimentos no cenário político brasileiro e a banalização e utilização dos institutos os desvirtuado do que de fato dispõe a legislação.

Objetiva-se discutir a prisão preventiva e a delação premiada bem como sua essencial aplicação no êxito na persecução penal, tendo em vista as divergências levantadas com a referida utilização da medida cautelar.

Inicialmente apresentamos os conceitos de prisão preventiva e sua disposição legal bem como o instituto da delação premiada e sua previsão legal em especial na Lei 12.850/13. No capítulo seguinte apresentaremos a mitigação dos pressupostos legais da aplicação da prisão para o êxito da persecução penal, e a violação dos direitos fundamentais. No terceiro capítulo apresentaremos o procedimento e a eficácia da delação premiada.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa - visa entender e interpretar os fenômenos jurídicos - e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa – na medida em que busca justificar os motivos e/ou fatores que contribuem para a ocorrência dos fenômenos jurídicos.



1. A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL

Com os atuais acontecimentos em nosso cenário político, o chamado “Mensalão” e atualmente a operação “Lava Jato” que ainda está sendo desenvolvida pela Polícia Federal do Paraná, a delação premiada ganhou repercussão nacional.

Para o êxito na persecução penal a delação premiada fora utilizada em diversos momentos nas operações da Polícia Federal, porém tem sido precedida da prisão preventiva.

A prisão preventiva no ordenamento pátrio só tem cabimento em situações específicas descritas no artigo 312 e 313 ambos do Código de Processo Penal¹, quais sejam:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Logo no ordenamento jurídico brasileiro o rol é taxativo para aplicação da prisão preventiva, e nesse rol não há a menção sobre a utilização da prisão como forma coercitiva para a obtenção da delação premiada.

Ressaltando que a prisão preventiva ocorre antes da pena, ou seja, sem sentença transitado em julgado há, portanto, um inocente no máximo um investigado, recolhido ao

¹ BRASIL. Decreto Lei 3689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.



cárcere, e sendo a prisão a última *ratio* no processo penal, não teria como não ser taxativo o rol de possibilidades de sua aplicação.

Cumpra ressaltar o que determina a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVII², ou seja, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Paulo Rangel³ conclui de forma concisa a aplicação da prisão preventiva conforme dispõe o Código de Processo Penal Brasileiro.

Para decretar prisão preventiva, o juiz deverá: primeiro observar se a lei permite: art. 313 do CPP; Segundo, se há o *fumus comissi delicti*: prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312 do CPP, *in fine*); e Terceiro, se há o *periculum libertatis*: garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou a necessidade de assegurar a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Logo as leis que estabelecem a possibilidade da delação premiada, acordo de leniência ou colaboração premiada não possuem como parte de seu procedimento a prisão cautelar, em especial a preventiva está disciplinada no Código de Processo Penal Brasileiro.

Quando se estende o rol da prisão preventiva há claro desrespeito às regras processuais, regras essas que são garantias e num Estado Democrático de Direito não há espaço para supressão de garantias.

A Lei 12.850/2013 em seu artigo 4º⁴ ao prever a delação premiada estabelece como condição a voluntariedade, logo incompatível quando vem a ser precedida pela prisão.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados(...)

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19 de abr. de 2016.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 824

⁴ BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

Estando o investigado preso, a delação não é voluntária, e a inválida tornando-a inadmissível. A delação precedida de prisão preventiva seria prova ilícita, logo também inadmissível por força da Constituição⁵ que assim determina:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as *provas obtidas por meios ilícitos*;

Quando a prisão tem por finalidade obter uma delação há um desvio de finalidade da prisão preventiva e um tratamento degradante, está se obtendo a delação por coação logo contaminando a prova que já nasce eivada de ilegalidade.

O Código de Processo Penal⁶ em seu artigo 157, trata das provas ilícitas bem como as que delas são derivadas:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

A liberdade de prova encontra limites, sendo garantia fundamental a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, e como anteriormente afirmado, as garantias no estado democrático de Direito não podem ser suprimidas. Assim afirma Paulo Rangel⁷, “ a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar.”

Sendo a prisão com o propósito específico de facilitar a confissão ou estímulo para cooperação, ambos fundamentos inidôneos e ilegais para a manutenção de prisões preventivas

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

⁶ BRASIL. Decreto Lei N. 3689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19 de abr. de 2016.

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 471..

e estas deverão ser relaxadas como determina também a carta magna em seu artigo 5º inciso LXV⁸, qual seja, a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Poderia ainda analisar a prisão preventiva com finalidade de se obter a delação premiada em sua ilegalidade frente ao que o Código Penal Brasileiro e a Lei de Tortura afirmam.

No que dispõe o artigo 146 do Código Penal Brasileiro⁹, a conduta seria crime quando há o constrangimento ilegal para que a mediante violência ou grave ameaça, a fazer o que a lei não manda. E na Lei 9455/1997¹⁰ em seu artigo 1º dispõe:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;¹¹

É possível fazer uma analogia aos dois tipos penais visto que não há voluntariedade na delação premiada precedida de prisão preventiva e o cárcere é uma grave ameaça a liberdade individual.

A delação premiada é vista como um negócio jurídico bilateral entre o delator e o Estado, que serve de ferramenta capaz de combater organizações criminosas, deve revestir-se da atenção aos princípios constitucionais. Esses princípios funcionam como mecanismos limitadores da política criminal.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei N. 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

¹⁰ BRASIL. Lei N. 9455 de 7 de abril de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.



2. A DELAÇÃO PREMIADA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A discussão que se faz é a de que a delação aplicada hoje no Brasil afasta alguns direitos fundamentais dos “colaboradores”, tais como: direito ao silêncio, direito a não autoincriminação, culpabilidade, isonomia, igualdade, presunção de inocência, entre outros.

Uma pessoa é presa em decorrência de uma busca e apreensão ilegal, e na situação de extrema vulnerabilidade que é a de se encontrar detido e à mercê de agentes estatais, oferecem-lhe os benefícios da delação premiada, contanto que desista de discutir as eventuais ilegalidades que sofreu.

Quando a prisão preventiva não está de acordo com o que dispõe o Código de Processo Penal, fica clara a ilegalidade da referida prisão, o que contaminaria todo o processo bem como ensejaria eventual processo por abuso de poder.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como regra a liberdade sendo a prisão exceção. As hipóteses de restrição da liberdade estão previstas no Código de Processo Penal, que deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, e são a *ultima ratio*. E a Carta Constitucional torna a prisão preventiva como forma de coação, ilegal. Logo, fora das hipóteses legais, toda e qualquer restrição da liberdade é nula de pleno direito. Veja-se o que afirma a Constituição Federal¹²:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...)LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A confissão deve ser feita através da livre manifestação de vontade do réu, para que a delação seja válida e possa servir como meio de prova, é imprescindível que o delator tenha

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de Set. de 2016.



conhecimento do negócio jurídico que estabelecerá e das suas repercussões que não se inclui a prisão preventiva até que concorde com a delação.

Ao utilizar a prisão como forma de constranger o indivíduo à delação constitui grave violação da ordem jurídica. E tal procedimento se iguala ao estado de exceção, onde negam-se os direitos e garantias fundamentais.

O texto constitucional de 1988 dispõe de diversos direitos fundamentais, individuais, coletivos e transindividuais. E na jurisdição penal o que se tem é a restrição de direitos e liberdades dos cidadãos, logo não se tomará a liberdade ou os bens de alguém sem que sejam respeitados os direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

A observância dos direitos fundamentais relacionados com o devido processo legal é pressuposto de validade e legitimidade. Exemplo é o que dispõe a Constituição Federal¹³ em seu artigo 5º, inciso LXIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Figura neste artigo não só a possibilidade do acusado de permanecer em silêncio, mas também o direito de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Em sua maioria os compromissos de delação proíbem que o delator conteste o acordo judicialmente ou interponha recursos contra as sentenças que os receber. Esta obrigação entra em choque com o direito de ação, no qual dispõe o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal¹⁴, que assegura:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de Set. de 2016.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de Set. de 2016.

seguintes(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Alguns acordos de delação premiada vedam até a impetração de *Habeas Corpus* e obrigam que os delatores desistam dos que estão em tramitação. O que não pode ser tolerado pois em remoto momento histórico brasileiro fora editado o Ato Institucional 5, no governo ditatorial de Costa e Silva, que suspendeu o *Habeas Corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

A Carta de 1988, pós-ditadura, deu ao *Habeas Corpus* especial importância do Poder Constituinte Originário, que a elevaram à categoria de cláusula pétrea e direito fundamental como dispõe o art. 5º, LXVIII.

Outro ponto presente nas delações atuais é a determinação de que a defesa não terá acesso às transcrições dos depoimentos do colaborador, que ficam restritas ao MP e ao juiz. Sendo vedado o acesso para os advogados do delator sob a justificativa de manutenção do sigilo, como forma a não prejudicar outras investigações. Afrontando os princípios do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados a todos os acusados e litigantes (artigo 5º, LV).

Com as informações prestadas, após acordo de delação premiada eivado de ilegalidades, no qual são suprimidos diversos direitos fundamentais e que veio seguida de prisão preventiva, é evidente a incompatibilidade com as garantias constitucionais inerentes a regimes democráticos.

As delação premiada obtida nos moldes atuais, se traduz ilícita e remete a teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, todas as provas obtidas que forem decorrentes de uma

prova ilícita estarão automaticamente contaminadas pela ilicitude, teoria esta preconizada no Código de Processo Penal¹⁵:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

A perda das garantias pelo acusado é compensada com a ampliação de outros direitos não fundamentais, e a decisão de colaborar caminha junto a coação que se estabelece com a prisão.

A delação seguida de prisão afasta a voluntariedade e vai de encontro a Constituição, ferindo o regime democrático, pois este somente se fortalece quando há respeito aos direitos fundamentais.

3. O PROCEDIMENTO E A EFICÁCIA DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada é uma técnica de investigação que consiste na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento do fato delituoso que se consubstancia em meio extraordinário de obtenção de provas. É uma confissão acrescida de alguns elementos, em que o delator, além de confessar sua participação ou coautoria, fornece informações exclusivas e efetivas para a elucidação do delito.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial, de direito material, e concernente à sanção a ser atribuída a essa colaboração.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei N. 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em 03 de out. de 2016

É a confissão somada a uma acusação a terceiros pela participação ou coautoria no mesmo crime e que tem como consequência o benefício legal em favor do réu delator, logo deverá o réu confessar que praticou um crime em concurso com outra ou outras pessoas e revelar quem são essas pessoas.

A legislação que trouxe o procedimento da delação premiada por completo foi a Lei 12.850/2013¹⁶, a referida lei prevê medidas de combate às organizações criminosas, trazendo os benefícios que podem variar do perdão judicial, com redução da pena em até 2/3 bem como a substituição por penas restritivas de direitos (art. 4º).

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Conforme dispõe o artigo 4º, já citado acima, a exigência é de que a colaboração seja voluntária e efetiva. A voluntariedade está como requisito legal, e a não observância desse requisito causa ilegalidade. A voluntariedade nada mais é que a livre vontade do imputado em se manifestar, e qualquer coação para obter a referida delação retira o requisito, tornando a delação ilegal. Concluindo, portanto que não há como identificar voluntariedade quando se está diante de prisão preventiva, que em regra só é relaxada após o referido acordo.

Outro requisito é efetividade, uma característica marcante da colaboração premiada, ou seja, o benefício vai depender do resultado. Este resultado pode se dar com a identificação

¹⁶ BRASIL. Lei 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 04 de out. de 2016

de cúmplices e dos crimes por eles praticados, a revelação da estrutura e funcionamento da organização criminosa, a prevenção de novos crimes, a recuperação dos lucros obtidos com a prática criminosa ou a localização de eventual vítima com sua integridade física assegurada, conforme dispõe os incisos do artigo 4º, também citado acima.

Uma vez negociado o acordo, deverá ser formalizado contendo o relato do colaborador e os resultados pretendidos, as condições da proposta do Ministério Público e da autoridade policial, a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, as assinaturas de todos os participantes e a especificação de medidas de proteção ao colaborador e sua família, assim dispõe o artigo 6º¹⁷ da lei.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

A presença do defensor também está nos requisitos, logo a não presença desde seria causa inclusive de nulidade absoluta, por ausência de defesa. A possibilidade de dispensa do defensor somente poderia ser cogitada quando o colaborador expressamente solicitasse, porém cumpre ressaltar que o parágrafo 15 do artigo 4º em interpretação literal não permite a dispensa do defensor uma vez que exige em todos os atos da colaboração a presença do defensor, sejam os atos de negociação, confirmação ou execução da colaboração.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 de out. de 2016



O próximo passo é encaminhar o termo de acordo com cópia da investigação e das declarações do colaborador, ao juiz, para homologação conforme o parágrafo 7º do art. 4º da referida lei¹⁸.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, vai aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. Logo ao verificar o magistrado qualquer coação, como a prisão preventiva utilizada para obter o acordo, deve ser rechaçado de plano, pois não se pode mitigar direitos e garantias fundamentais.

O magistrado obrigatoriamente tem que agir como determina a lei, e se verificar ilegalidade não deve homologar e deve por o imputado em liberdade, pois está não pode estar condicionada e por respeito a legalidade no que dispõe o artigo 312 do CPP.

Se o referido acordo for homologado, iniciam-se as medidas de colaboração, no qual será ouvido pelo membro do ministério público ou pela autoridade policial responsável pelas investigações, assim como dispõe a Lei 12.850 em seu § 9º do art. 4º.

No acordo, o colaborador renuncia ao seu direito ao silêncio e fica compromissado a dizer a verdade, porém permanece a necessidade do defensor acompanhar, esta informação conta no § 14 também no artigo 4º da Lei. O referido compromisso é para toda a investigação contrariando o direito ao silêncio, a não se auto-incriminar e a não produzir prova contra si mesmo.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 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: 04 de out. de 2016

A eficácia é também requisito do acordo e é julgada pelo juiz, na sentença conforme o § 11 do art. 4º, porém cumpre esclarecer que uma vez feita a colaboração homologada surge o direito subjetivo do imputado, restando portanto ao juiz, valorar a colaboração e escolher qual benefício será concedido.

As informações prestadas pelo colaborador, na fase investigativa ou na fase processual, devem ser eficazes e capazes de produzir algum resultado.

Ademais sendo a colaboração eficaz não pode ser a única prova para ensejar a condenação do delatado, mas deve ser corroborada por elementos de provas, ou seja não pode condenar apenas com base nas declarações do colaborador, devendo possuir meios de prova diversos afirmação que está no artigo 4º § 16 da Lei 12.850¹⁹.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Com as constantes investigações da Lava Jato, operada pela Polícia Federal e Ministério Público Federal em face de crimes na Petrobras, foram celebrados vários acordos com pessoas ligadas à estatal, que têm se mostrado eficazes para o desmanche do esquema de desvios de recursos perante a estatal, delatando as relações delituosas de pessoas ligadas à administração da empresa brasileira de petróleo com políticos e empreiteiras contratadas.

E com o resultado satisfatório da referida operação e a constatação de que sem o acordo de delação premiada não seria possível a revelação do referido esquema, o Judiciário passa a legitimar as prisões preventivas que tem a única finalidade de obter o acordo.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 de out. de 2016



CONCLUSÃO

A delação premiada deve ser aplicada segundo o que determina a legislação e a prisão preventiva para obter a colaboração não está de acordo com o que determina a lei. Precisa-se fazer uma interpretação da lei de acordo com o que dispõe a Constituição, respeitando o Processo Penal.

O respeito a esse processo é uma garantia que não pode ser mitigada, o que se vê hoje é aplicação do instituto precedido de prisão preventiva que destoa do que dispõe a Constituição e o Processo Penal.

Quando o Ministério Público e a Justiça atuam fora dos limites legais o que se vislumbra é grave ameaça às liberdades individuais de todos. Quando a prisão vira objeto de pressão para que o réu faça acordo de delação está sendo cometida uma ilegalidade pelos membros do Ministério Público, que em tese são os “fiscais da lei”.

É inconcebível aceitar que o Ministério Público, que tem o dever constitucional de defender os interesses sociais, coletivos e individuais, faça uso da prisão ou ameaça de prisão para obter a colaboração, tais atitudes ferem o Estado Democrático de Direito.

A prisão no ordenamento brasileiro é medida excepcional, a última *ratio*, somente pode ser decretada quando estritamente necessária e dentro do que dispõe a lei, e a lei não trás a opção de prisão com o fim de obter do imputado a delação, esta delação eivada de vício deve ser nula assim como todas provas que forem provenientes dela.

Hodiernamente os direitos fundamentais já estão sendo mitigados, exemplo disso aconteceu com a relativização da presunção de inocência, pois agora os acusados podem ser presos após a condenação por órgão colegiado no Tribunal. Logo a reflexão é de qual o preço a se pagar ao permitir a flexibilização de uma garantia fundamental. O preço está sendo pago com dias de liberdade, seja ao permitir a prisão sem o trânsito em julgado da sentença

condenatória, seja ao permitir a prisão preventiva com exclusivo fundamento da obtenção da delação.

A estratégia do Ministério Público e da Justiça é passar a imagem de que essas operações são duras também com os políticos e grandes empresários, mas ao analisar no ordenamento pátrio os crimes patrimoniais, como furto e roubo, que em grande maioria é cometido por integrantes de classes sociais desfavorecidas, onde a lei é aplicada rigidamente, com condenações pesadas e cumprimento de pena no sistema prisional brasileiro que é degradante, quando nos crimes do “Mensalão” e da “Lava Jato”, basta o acordo de delação para que o delator cumpra sua pena em condições mais benéficas, com redução substancial dos anos de condenação e a possibilidade de cumprimento de pena em prisão domiciliar.

Ressaltando que a aplicação das prisões, em ambas as investigações, em maior parte estão fora da previsão legal, visto que os regimes prisionais descritos no Código Penal em seu artigo 33 que prevê regime semi-aberto para o condenado a pena superior a 4 anos e regime fechado para o condenado a pena superior a 8 anos, e nas sentenças proferidas em ambas as investigações as penas estão em desacordo com a determinação legal, uma vez que determinam prisão domiciliar para penas superiores a 4 anos.

A prisão domiciliar está no art. 318, ainda que o rol do art. 318 seja exemplificativo, os regimes seguem critérios legais, que não são observados.

A conclusão a que se chega é que se deixa de lado o que dispõe o artigo 312 do CPP sobre a prisão preventiva, mitiga-se a Constituição Federal e por fim se utiliza do instituto da delação premiada conjugando todas as normas de uma forma que traga o resultado pretendido pelos investigadores, ou seja, os fins justificam os meios.

Há uma insegurança jurídica quanto a forma que a delação premiada tem sido aplicada no Brasil. Procedimentos inadequados, nos quais não cabe a prisão preventiva para obter uma delação, ainda que essa delação seja a única forma para conseguir levar a julgamento os



responsáveis por crimes como a corrupção ativa e passiva que tanto causam mal ao Brasil, não se pode permitir a não observância das normas.

Do momento em que não se respeita o Processo Penal, que é garantia, não se observa o que dispõe a Constituição Federal, que se constata que o Ministério Público já não mais é fiscal da lei mas sim o “Justiceiro” que a qualquer preço consegue concluir uma investigação o que se tem é um colapso do Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito os fins não justificam os meios!

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei N. 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 de abril de 2016.

_____. Decreto Lei 3689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 19 de abril de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de Setembro de 2016.

_____. Lei N. 9455 de 7 de abril de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm. Acesso em: 19 de abril de 2016.

_____. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 19 de abril de 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio; e, MOSSIN, Júlio Cesar O. G. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: J.H. Mizuno, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014

TAVARES, Juarez. O que se esconde na delação premiada. *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro, ano 65, p. 14-15, maio 2016.

ACÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES E CULPOSAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA

Elisa Sabino de Azevedo Duarte Silva

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

Resumo – o artigo 41 da Lei n. 11.340/06 vedou a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos delitos praticados contra mulheres em um contexto de violência doméstica e familiar. Esse dispositivo legal foi objeto da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF, nas quais o STF afirmou a constitucionalidade da norma e pacificou a controvérsia sobre a natureza da ação penal das lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha. A interpretação dada pela Corte Suprema deve ser encarada como importante avanço na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Palavras-chave – Direito Penal. Ação Penal. Incondicionada. Lei Maria da Penha. Mulher. Violência de gênero. Lesões corporais leves e culposas. ADI 4.424/DF. ADC 19/DF.

Sumário - Introdução. 1. Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06). 2. A controvérsia sobre a Ação Penal das Lesões Corporais Leves ou Culposas no contexto de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher. 3. Delitos de Ação Penal Pública Incondicionada: entendimento firmado no julgamento da ADI 4.424/DF e da ADC 19/DF pelo Supremo Tribunal Federal – edição da Súmula 542 pelo Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico versa sobre a natureza incondicionada da Ação Penal Pública quando são processados os crimes de lesão corporal leve ou culposa praticados no âmbito da Lei n. 11.340/06. O objetivo precípua do presente trabalho é lançar luzes sobre a violência doméstica e familiar contra mulher diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que visou pacificar o modo de processamento desses delitos e que conferiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei n. 11.340/06.

A violência contra a mulher é um tema que há muito tempo tem demandado a devida atenção dos setores sociais e do Poder Público. A problemática histórica e social foi enraizada na sociedade brasileira pela ideologia patriarcal, que relegou à mulher um papel secundário não só na vida pública, mas também na privada. Desta forma, durante muito tempo o discurso machista esteve legitimado pelas leis, e a mulher ficou desamparada.

O debate acerca do processamento dos delitos de lesão corporal leve e culposa praticados no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) ganhou muita importância por serem esses os delitos de maior ocorrência no cotidiano das mulheres em

situação de violência doméstica e familiar, bem como por não estarem recebendo uma resposta estatal eficaz no sentido de coibi-los.

Na primeira parte deste trabalho busca-se sintetizar as diversas inovações trazidas pelo referido diploma legal ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao conferir proteção diferenciada às mulheres a constitucionalidade da Lei Maria da Penha passou a ser questionada. Entretanto, o advento dessa norma está perfeitamente amparado pelos preceitos da Constituição Federal de 1988, bem como pelos Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos das mulheres, aos quais o país se obrigou a cumprir.

Segue-se, no segundo capítulo, abordando a controvérsia acerca do artigo 41 da Lei n. 11.340/06, que afastou por completo a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ocorre que a incidência da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) em tal contexto, permitindo que delitos praticados com violência de gênero fossem tratados como de menor potencial ofensivo, revelou-se, na prática, completamente inadequada, não conferindo suficiente proteção às vítimas.

O terceiro capítulo destina-se a analisar o entendimento firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.424/DF e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 19/DF pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação penal nos casos em tela deve ser pública incondicionada, excluindo a possibilidade de retratação da vítima. Tal entendimento foi acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça quando da edição do enunciado da súmula 542. Objetiva-se demonstrar que o tratamento diferenciado aqui é constitucional e revela-se como uma ação afirmativa, portanto, deve ser observado como medida que assegura maior proteção às mulheres.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/06)

A violência doméstica e familiar praticada contra a mulher durante muito tempo foi encarada como um problema adstrito ao espaço privado, que foi enraizado na sociedade brasileira pela ideologia patriarcal¹. O Estado e a sociedade não conferiam a atenção merecida por essa forma de violência tão complexa, deixando as vítimas desamparadas.

A Lei n. 11.340/06², que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, é fruto de um processo longo, cuja aprovação foi precedida de diversas manifestações e debates sociais. Esse diploma legal foi apelidado de Lei Maria da Penha, pois a brasileira que lhe empresta o nome se tornou símbolo da luta contra a violência doméstica no país.

Em breve síntese, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi por duas vezes vítima de tentativa de homicídio por parte de seu marido, ficando paraplégica em 1983. O autor das agressões só foi punido 19 anos depois do crime com uma pena de 10 anos de prisão, da qual apenas 2 anos foram cumpridos em regime fechado. Esse caso teve repercussão internacional e resultou na condenação do Brasil pela Organização dos Estados Americanos³ ao pagamento de indenização à Maria da Penha e responsabilização do país pela negligência e omissão face à violência doméstica contra a mulher, recomendando a adoção de diversas medidas.

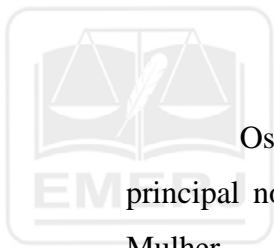
Nesse sentido, o advento da Lei Maria da Penha provocou uma mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher, pois essa passa a ser concebida expressamente como uma violação a direitos humanos (art. 6º, Lei n. 11.340/06⁴).

¹ Maria Berenice Dias afirma que "durante a maior parte da história, o patriarcado foi incontestavelmente aceito por ambos os sexos e legitimado com base nos papéis de gênero diferenciado, nos valores a eles associados e em uma separação sexual entre as esferas pública e privada" (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19).

² BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o Relatório n. 54, que sinalizou ser necessário: "simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares" (Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2016).

⁴ Vide nota 2.



Os avanços trazidos pelo diploma legal em tela são altamente significativos. A principal novidade foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfMs (art. 14, Lei n. 11.340/06⁵), com competência cível e criminal. A implementação desses em conjunto com as Delegacias de Atendimento à Mulher, que oferecem atendimento policial especializado para as vítimas femininas, significou, nas palavras de Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel⁶, a "incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher".

Ainda, a Lei Maria da Penha inovou muito ao trazer diversas ações autônomas de proteção à mulher, estabelecendo medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22, Lei n. 11.340/06⁷) e outras voltadas à mulher (art. 23, Lei n. 11.340/06⁸). De acordo com as pesquisas⁹, "as medidas de proteção são os procedimentos mais solicitados pelas mulheres, demonstrando o acerto legal de sua previsão".

Ao romper com a lógica dos Juizados Especiais, o artigo 17 da Lei n. 11.340/06¹⁰ proíbe a aplicação de penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa. Ainda, vedou-se expressamente a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (art. 41, Lei n. 11.340/06¹¹), nesse sentido, as medidas despenalizadoras previstas para os Juizados e o rito sumaríssimo ficaram excluídas do âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha.

O diploma legal em análise foi elaborado para atender o compromisso assumido no artigo 226, §8º, CRFB/88¹², o qual determina que o Estado crie mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Ainda, esse faz referência expressa à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹³ e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁴,

⁵ Vide nota 2.

⁶ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113.

⁷ Vide nota 2.

⁸ Vide nota 2.

⁹ CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise desde o feminismo e o garantismo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. V, n. 19, jul./set. 2005, p. 148.

¹⁰ Vide nota 2.

¹¹ Vide nota 2.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

¹³ A Convenção só foi ratificada plenamente pelo Brasil, sem reservas, em 1994. Depois de aprovada no Congresso Nacional, foi promulgada no Decreto 4.377/02.

¹⁴ A Convenção foi ratificada pelo Brasil, em 27 de novembro de 1995, sendo aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente no Decreto 1.973/96.

compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater a violência de gênero e promover a igualdade entre homens e mulheres.

Vale destacar que o artigo 5º da Lei n. 11.340/06¹⁵ define violência doméstica e familiar contra a mulher como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Por sua vez, o artigo 7º trata especificamente de cada forma de violência contra a mulher. Ainda, na doutrina de Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho¹⁶ encontramos o seguinte conceito:

entenda-se por violência doméstica aquelas condutas ofensivas realizadas nas relações de afetividade ou conjugalidade hierarquizadas entre os sexos, cujo objetivo é a submissão ou subjugação, impedindo ao outro o livre exercício da cidadania. A violência doméstica contra as mulheres é uma forma de expressão da violência de gênero.

Destarte, passou-se a atentar para a realidade feminina, uma vez que esse gênero foi colocado ao longo dos anos em posição de desigualdade, sendo alvo de atos que o atingem de forma desproporcional. Maria Berenice Dias¹⁷ enfatiza que, "ainda que os homens possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Aliás, é exatamente para dar efetividade ao princípio da igualdade que se fazem necessárias equalizações por meio de ações afirmativas".

2. A CONTROVÉRSIA SOBRE A AÇÃO PENAL DAS LESÕES CORPORAIS LEVES OU CULPOSAS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER

À luz do artigo 100 do Código Penal de 1940¹⁸, em regra, os crimes são processados mediante atuação incondicionada do Ministério Público, conseqüentemente, a exigência de representação do ofendido ou requisição ao Ministro da Justiça, bem como o cabimento da ação penal privada, representam exceções que devem vir expressas em lei.

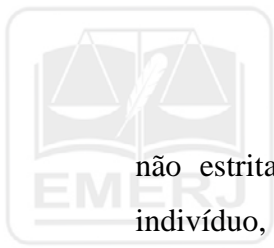
Em regra a ação penal será pública incondicionada, pois existe um interesse da sociedade em ver os delitos solucionados e punidos, tendo em vista haver crimes que ofendem mais gravemente a estrutura social. Entretanto, há casos em que o Estado considera interesses

¹⁵Vide nota 2.

¹⁶CAMPOS, op. cit., 2005, p. 57.

¹⁷DIAS, Maria Berenice A efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 64, jan./fev. 2007, p. 300.

¹⁸BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago.2016.



não estritamente públicos. Alguns delitos ofendem primordialmente a esfera íntima do indivíduo, portanto, compete à vítima decidir sobre a conveniência da propositura da ação penal, a qual pode vir a causar gravame maior à sua intimidade pessoal do que a impunidade do infrator. Nessas hipóteses, embora o Estado mantenha para si o direito de punir, ele pode condicionar a propositura da ação pelo Ministério Público à representação ou conferir à vítima do delito, excepcionalmente, a titularidade da ação penal.

Tradicionalmente, todas as espécies de lesão corporal eram processadas mediante ação penal pública incondicionada, uma vez que não fora feita nenhuma ressalva na redação do artigo 129, CP/40¹⁹. No entanto, em 1995 a Lei n. 9.099²⁰, por força do seu artigo 88, passou a exigir expressamente a representação do ofendido quando as lesões corporais forem leves ou culposas, de sorte que a ação penal dessas espécies passou a ser pública condicionada à representação do ofendido.

Ainda, em razão da pena máxima cominada aos crimes em tela, esses passaram a ser tratados pela Lei dos Juizados Especiais como crimes de menor potencial ofensivo, sujeitos a todas as medidas despenalizadoras previstas nessa norma. Verificou-se, no entanto, que conferir esse tratamento às lesões corporais praticadas contra as mulheres no contexto doméstico e familiar era inadequado e insuficiente para combatê-las. A sistemática dos Juizados acabava por beneficiar o agressor, além disso, uma violação de direitos humanos não pode ser tratada como uma ofensa de menor potencial. Destarte, Maria Berenice Dias²¹ defende que a opção legislativa "não abarcava a complexidade da violência doméstica em seus diversos aspectos e tipos de relações interpessoais".

Nesse contexto, sobreveio a Lei n. 11.340/06²² que majorou a pena máxima das lesões corporais em violência doméstica para três anos (artigo 129, §9º, CP/40²³), excluindo-as do rol de crimes de menor potencial ofensivo trazido pelo artigo 61 da Lei n. 9.099/95²⁴. A fim de tratar a violência de gênero mais severamente, em seu artigo 41, a Lei Maria da Pena afastou expressamente a incidência da Lei dos Juizados Especiais quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher, independentemente da pena prevista.

¹⁹ Vide nota 18.

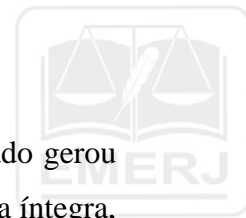
²⁰ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

²¹ DIAS, op. cit., 2010, p. 27.

²² Vide nota 2.

²³ Vide nota 18.

²⁴ Vide nota 20.



No entanto, a previsão de modo genérico trazida pelo dispositivo supracitado gerou muitas dúvidas quanto ao alcance da norma. A controvérsia era se a norma afastou, na íntegra, a Lei dos Juizados Especiais, alterando inclusive a natureza da ação penal das lesões corporais leves e culposas, ou se apenas vedou a aplicação dos institutos despenalizadores, quais sejam a composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo e a transação penal, bem como do procedimento sumaríssimo.

A corrente que afirmava que as lesões corporais leves e culposas, ainda que praticadas em contexto de violência doméstica e familiar contra mulher, continuariam a ser processadas mediante ação penal pública condicionada à representação sustentava que a Lei dos Juizados Especiais foi apenas o meio utilizado para alterar o Código Penal, mas a representação nesses delitos não se restringiria à sistemática dos Juizados.

A alteração promovida pelo artigo 88 da Lei n. 9.099/95²⁵ foi exaltada pela doutrina²⁶, pois representava um benefício para o Judiciário, considerando que, em muitos casos, os danos beiravam a insignificância ou as partes se reconciliavam. Nesse sentido, essa corrente destacava que o objetivo da Lei Maria da Penha é proteger a vítima da violência de gênero e atentar para seu melhor interesse, mais do que punir o agressor.

Verifica-se que a mulher que recorre ao Estado para relatar as agressões sofridas por seu marido deseja que elas cessem, mas nem sempre quer vê-lo processado e condenado, o que representaria também o fim de seu relacionamento, poderia prejudicar o sustento de seu lar, bem como afetar diretamente seus filhos. Assim, a intervenção do poder punitivo deve ser limitada, pois pode produzir resultados não desejados pela vítima. Criminalizar de modo mais grave as lesões corporais leves e culposas no contexto doméstico e familiar, tornando-as crimes de ação penal pública incondicionada, pode ser inadequado se o Poder Público encontrar outros meios de controle social ou outras formas de sanção que se revelem suficientes para tutelar este bem jurídico.

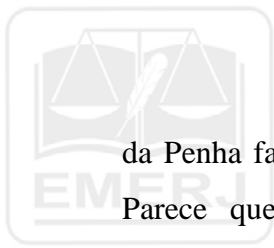
Prosseguindo nessa linha, a Lei n. 11.340/06²⁷ trouxe os artigos 12, I e 16 que tratam especificamente da representação em ações penais que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, bem como estabelecem condições específicas para sua retratação. Deste modo, como assevera Maria Berenice Dias²⁸: "não teria sentido o art. 16 da Lei Maria

²⁵ Vide nota 20.

²⁶ Assim leciona Fernando Tourinho Neto: "A lei dos juizados, atentando para filosofia do Estado de só punir os ilícitos que realmente causem transtorno à sociedade, deixou a cargo do ofendido dar início ou não à ação referente aos crimes de lesão corporal" (TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 767).

²⁷ Vide nota 2.

²⁸ DIAS, op. cit., 2010, p. 158.



da Pena falar em renúncia à representação, se a ação penal fosse pública incondicionada". Parece que através desses dispositivos o próprio legislador buscou garantir a livre manifestação de vontade da ofendida, conferindo-lhe poder decisório acerca da necessidade da intervenção do Estado no seu relacionamento.

Essa corrente, que condiciona a ação penal das lesões corporais leves e culposas à representação da ofendida, ainda que em contexto de violência doméstica e familiar, vinha sendo adotada em alguns julgados das Cortes Estaduais. No mesmo sentido, em 24 de fevereiro de 2010, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ apreciou a questão por meio de Recurso Especial, julgado pelo rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar a interpretação dada ao artigo 41 da Lei n. 11.340/06³⁰.

A Corte firmou o entendimento no sentido de que a *mens legis* do dispositivo em tela visa restringir a vedação à Lei dos Juizados Especiais somente aos institutos despenalizadores e ao rito sumaríssimo. A partir de uma análise sistemática e teleológica da Lei Maria da Pena, transcendendo a mera literalidade, verificou-se que esse diploma legal não é incompatível com a representação tratada no artigo 88 da Lei n. 9.099/95³¹, pois que os artigos 12, I e 16 da Lei Maria da Pena disciplinam esse instituto. Concluiu-se, portanto, que o legislador não quis excluir essa condição de procedibilidade da ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve ou culposa, ainda que perpetrados com violência doméstica e familiar contra mulher.

Destacou-se que diante da possibilidade de reconciliação do casal, a qual ocorre em muitos casos em que as agressões não são graves, deve-se aguardar a consciente manifestação de vontade da vítima, porque o prosseguimento da ação penal e a eventual condenação só serviriam para trazer mais sofrimento a toda família. A finalidade do aplicador da lei deve ser também a de preservar a família e auxiliar a mulher a restaurar a paz no lar.

Por fim, sustentou-se que a lei penal não dissuade a prática de crimes, assim, nesses casos, melhor do que sua aplicação é a existência de programas de reeducação e de soluções diferentes da imposição de pena. A conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com participação de toda família são medidas juridicamente adequadas e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família. Deve-se garantir que a mulher possa optar, desde que esteja esclarecida e amparada.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1097042/DF. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=947326&num_registro=200802279706&data=20100521&formato=PDF>. Acesso em: 21 ago. 2016.

³⁰ Vide nota 2.

³¹ Vide nota 5.



No entanto, a posição ora abordada não foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.424/DF³² e da ADC 19/DF³³, o que provocou mudança de entendimento no Superior Tribunal de Justiça, como será exposto no capítulo seguinte.

3. DELITOS DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA: ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADI 4.424/DF E DA ADC 19/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – EDIÇÃO DA SÚMULA 542 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal, em 09 de fevereiro de 2012, julgou a ADC n. 19/DF³⁴ e a ADI n. 4.424/DF³⁵. Nessas decisões a Corte Suprema afirmou a constitucionalidade do artigo 41, Lei n. 11.340/06³⁶, bem como lhe deu interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, para fixar o sentido de que o crime de lesões corporais leves e culposas, quando praticado com violência doméstica e familiar contra mulher, processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

No julgamento da ADC n. 19/DF³⁷, questionou-se a compatibilidade do referido artigo da Lei Maria da Penha com o artigo 98, I, CRFB/88³⁸, que prevê a criação dos Juizados Especiais, os quais serão competentes para conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo. A inconstitucionalidade residiria no fato de que o dispositivo da norma infraconstitucional estaria alterando a competência dos juizados, a qual fora fixada na Constituição. Alegou-se que não seria justificável a exclusão dessa competência em razão do sujeito passivo ser uma mulher ou pela circunstância de se tratar de violência doméstica e familiar.

Por outro lado, o melhor entendimento ressalva que o poder constituinte deixou a definição de infração de menor potencial ofensivo a cargo da opção político-normativa dos legisladores infraconstitucionais. A Lei n. 11.340/06³⁹ considerou as diversas peculiaridades

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em 21 ago. 2016.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 21 ago. 2016.

³⁴ Ibid.

³⁵ Vide nota 32.

³⁶ Vide nota 2.

³⁷ A ementa da ADC n. 19 esclarece que “o artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares” (Vide nota 33).

³⁸ Vide nota 12.

³⁹ Vide nota 2.



da violência contra mulher e determinou a exclusão dos crimes praticados no contexto doméstico e familiar do rol de crimes de menor potencial ofensivo. O fato da Lei n. 9.099/95⁴⁰ ter adotado como critério de definição dos crimes de menor potencial ofensivo a pena máxima cominada para certos tipos penais não obriga que outras leis adotem o mesmo critério.

Essa posição foi a consagrada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19 pelo Supremo Tribunal Federal⁴¹⁻⁴²:

a Lei Maria da Penha não retirou dos juizados especiais, portanto, a competência para conciliar, julgar e executar nenhuma infração penal de menor potencial ofensivo. O legislador tão só excluiu, do conjunto das infrações penais predicadas como de menor potencial ofensivo, aquelas praticadas com violência contra a mulher, atualizando o conceito segundo a conveniência da política criminal.

Não obstante, nessa decisão os Ministros do Supremo Tribunal Federal afirmaram unanimemente que a utilização do gênero como critério de diferenciação não se revela desproporcional ou ilegítimo, considerando a posição vulnerável da mulher em relação aos constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos no âmbito privado.

Cumprе salientar que, à luz sistemática constitucional, haverá inconstitucionalidade não só quando houver uma afronta direta às regras e princípios desse diploma, mas também quando houver omissão do Estado em garantir a eficácia dos seus preceitos. Nesse sentido, a abstenção do Poder Público na promoção da igualdade de gêneros constitui grave ofensa à Constituição. Aduz o Ministro Marco Aurélio⁴³, sobre a constitucionalidade da Lei Maria da penha, que “sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República”.

⁴⁰ Vide nota 20.

⁴¹ Vide nota 33.

⁴² Em seu voto na ADC 19/DF, a Ministra Rosa Weber explica: “A qualificação de determinados crimes como de ‘menor potencial ofensivo’ foi deixada ao alvedrio do legislador que, ao elaborar e atualizar a política criminal, valora as condutas penalmente imputáveis, definindo o que avalia deva ser inserido ou não no conceito. Se a duração da pena máxima imputada a uma dada conduta tipificada foi e é um critério utilizado pelo legislador para assim proceder, nada impede que dele extraia exceções com base em critérios outros ou que venha a definir novos critérios para empreender essa conceituação. E a escolha do legislador na elaboração de um diploma normativo não o vincula na elaboração de novas leis. No julgamento mencionado (HC-106212), esta Corte entendeu que aprovou ao legislador da Lei Maria da Penha, no exercício de uma reavaliação do tratamento conferido aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, excluí-los do conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, não se aplicando, assim, o critério objetivo da duração máxima da pena nestes casos porque eleito outro fator para a determinação do seu tratamento em termos de política criminal” (Vide nota 33).

⁴³ Vide nota 33.



Por sua vez, no julgamento da ADI 4.424/DF⁴⁴, os Ministros evocaram o princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade, a vedação a qualquer discriminação que viole direitos fundamentais e o artigo 226, §8º, CRFB/88⁴⁵. Evidenciou-se que os dados estatísticos da violência doméstica e familiar contra mulher são alarmantes e que, na maioria dos casos, a agredida deixa de representar ou acaba se retratando. É necessário atentar que, por muitas vezes, a vontade destas vítimas está viciada por uma coação física e emocional constante, e que o agente, por sua vez, acaba por intensificar seu comportamento. Ainda, o fato de tais agressões ocorrerem no âmbito doméstico só agrava a problemática, na medida em que aumenta a invisibilidade social. Deve o Estado, portanto, intervir de forma eficaz, não se revela razoável e tampouco proporcional que tal atuação fique a critério da vítima.

O Ministro Relator Marco Aurélio⁴⁶, em seu voto, afirma que:

deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.

A Lei Maria da Penha criou no ordenamento jurídico brasileiro um microsistema de proteção para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Nesse sentido, a desnecessidade de representação da ofendida nas lesões corporais praticadas nesse contexto está em consonância com as particularidades desta forma específica de violência. A Ministra Rosa Weber⁴⁷ destacou em seu voto que “diante das condições especiais em que são perpetrados os atos de violência doméstica, tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória a sua saúde e segurança”.

Os adeptos da corrente ora abordada salientam que a vigência do artigo 88 da Lei n. 9.099/95⁴⁸ sobre os casos de violência doméstica e familiar contra mulheres produz impactos desproporcionais sobre as vítimas desse tipo de agressão. A Lei Maria da Penha deve ser reconhecida como verdadeira ação afirmativa em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Buscou-se, através dessa, restabelecer a igualdade material entre os gêneros, amenizando o desequilíbrio ainda existente nas relações familiares.

⁴⁴ Vide nota 32.

⁴⁵ Vide nota 12.

⁴⁶ Vide nota 32.

⁴⁷ Vide nota 32.

⁴⁸ Vide nota 20.



As ações afirmativas⁴⁹ são discriminações positivas juridicamente admitidas, pois conferem um tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado a fim de impedir que o princípio da igualdade formal, expresso em leis aparentemente neutras, funcione como mecanismo perpetuador da desigualdade. Nesse sentido, diferenciar o processamento das lesões corporais leves e culposas nesse contexto visa justamente promover o princípio da igualdade no seu aspecto material.

Ainda, no artigo 226, §8º da CRFB/88⁵⁰, o Estado se obrigou a criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Luís Roberto Barroso⁵¹ destaca que "a disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão". Há uma inconstitucionalidade por omissão do Estado em atuar de acordo com a forma requerida pela Constituição. A exigência de representação nesses casos faz com que a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar não atenda ao exigido pelos tratados internacionais e dispositivos constitucionais.

O artigo 41 da Lei n. 11.340/06⁵² não fez qualquer ressalva quando determinou a não incidência dos dispositivos da Lei n. 9.099/95⁵³. Da mesma forma, a norma não é incompatível com o artigo 12, I ou com o artigo 16 da Lei Maria da Penha, os quais tratam especificamente da representação. Tais dispositivos se aplicarão aos crimes em que o Código Penal ou outra norma diversa da Lei dos Juizados Especiais expressamente exigiu esse requisito para o desencadeamento da ação penal pública. Cite-se o crime de ameaça (artigo 147, parágrafo único, CP/40⁵⁴) ou o crime de estupro (artigo 225, CP/40⁵⁵).

A Lei Maria da Penha não pode ser interpretada de forma que beneficie o agressor, deste modo, se for possível restabelecer a paz no lar, melhor, mas o ofensor deve estar consciente que responderá um processo criminal por suas atitudes. Permitir a atuação de ofício do Estado garante maior proteção aos indivíduos que se encontram em posição de desigualdade. Há um interesse público na coibição da violência doméstica e familiar contra

⁴⁹ As ações afirmativas buscam dar concretude ao objetivo constitucional da efetiva igualdade e podem ser definidas como: "Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego" (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40).

⁵⁰ Vide nota 12.

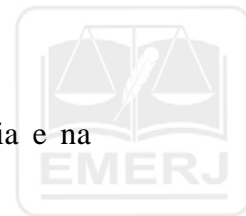
⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

⁵² Vide nota 2.

⁵³ Vide nota 20.

⁵⁴ Vide nota 18.

⁵⁵ Vide nota 18.



mulher, o qual está lastreado na garantia constitucional de ampla proteção à família e na dignidade da pessoa humana.

As mulheres conquistaram diversos direitos, mas a efetividade social desses ainda envolve um longo caminho a ser percorrido. A afirmação da igualdade dos homens nunca necessitou de proteção jurídica ou de ações afirmativas, as mulheres, por sua vez, historicamente foram colocadas em posição de desvantagem, carecedoras de especial atenção do Poder Público para compensar esta discriminação. As mulheres vítimas da violência de gênero se distinguem inclusive das demais mulheres que não sofrem com esse tipo de agressão e, por isso, são merecedoras de tutela diferenciada.

As decisões do Supremo Tribunal Federal ora abordadas foram determinantes para a mudança do entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, em 26 de agosto de 2015, a Terceira Seção do STJ aprovou o seguinte enunciado para a Súmula n. 542⁵⁶: “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Isso porque, à luz do artigo 102, §2º da CRFB/88⁵⁷, as decisões de mérito proferidas pelo STF no julgamento de ADI e ADC têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública. Desta forma, os órgãos estatais deverão partir da premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da norma, o que impossibilita que os magistrados julguem em sentido contrário à interpretação dada pela Corte Suprema. O efeito vinculante, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁵⁸, “obriga à adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa”.

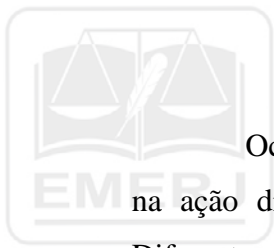
Ainda, em regra, a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade produz efeitos retroativos, portanto, alcança fatos anteriores ao julgamento. No entanto, os ministros da Corte Suprema⁵⁹ firmaram a tese de que “a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente”. Em matéria penal, seria indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de revisão criminal com a finalidade de desconstituir a coisa julgada.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 542. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=542&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 21 ago. 2016.

⁵⁷ Vide nota 12.

⁵⁸ BARROSO, op. cit., p. 204.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 730462/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 22 ago. 2016.



Ocorre que as decisões criminais transitadas em julgado só poderão ser reincididas se na ação direta houver a declaração de inconstitucionalidade da norma incriminadora⁶⁰. Diferentemente, o entendimento firmando no julgamento da ADI n. 4.424/DF⁶¹ recrudescer a situação dos acusados, assim, não será cabível revisão criminal para prejudicar o réu, como preconiza o artigo 626, CPP/41⁶². Convém afirmar, portanto, que os casos sob o manto da coisa julgada em que houve extinção da punibilidade do autor por ausência de representação da vítima, quando era exigida esta condição de procedibilidade, não poderão ser alterados pelo novo entendimento do STF.

Aos fatos praticados após a decisão da Corte Suprema não há dúvidas que se aplica o paradigma por ela fixado, no entanto, atenta-se para os delitos consumados antes da decisão, nos quais a vítima não apresentou a representação ou exerceu seu direito de retratação, mas que ainda não houve sentença ou ela não transitou em julgado. Em relação a essas hipóteses, o STF afirma que o entendimento firmado em ADI ou ADC aplica-se a todos os casos *sub judice*, independente da data da prática do ato delituoso.

Nesse sentido, ao julgar a Reclamação Constitucional n. 14.620/MS interposta em razão do descumprimento da decisão do STF na ADI 4.424/DF⁶³, a Ministra Rosa Weber⁶⁴ afirmou que:

não tem lugar o argumento de que a decisão do Supremo não poderia retroagir para atingir a retratação ou os crimes praticados anteriormente. O Supremo é intérprete da lei, e não legislador. O julgado acima referido apenas revelou o melhor Direito aplicável, sem inovar na esfera normativa. Pretendesse o Supremo limitar temporalmente a eficácia da decisão, ter-se-ia servido da norma prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 que permite tal espécie de modulação. Não foi, porém, estabelecido qualquer limitador temporal ao decidido nas referidas ações constitucionais.

Por fim, vale destacar que, em qualquer grau de jurisdição, caberá Reclamação Constitucional contra decisão judicial que contrarie pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, conforme artigo 988 do CPC/15⁶⁵,

⁶⁰ BARROSO, op. cit., p. 220.

⁶¹ Vide nota 32.

⁶² BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

⁶³ Vide nota 32.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 14620/MS. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2814620%2E%2E+OU+14620%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gtgh2n4>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

⁶⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

pois trata-se de precedente judicial com caráter vinculante (artigo 927, I, CPC/15⁶⁶ c/c artigo 102, §2º, CRFB/88⁶⁷).

A decisão da Corte Suprema merece observância não só por determinação do ordenamento jurídico pátrio, mas por ser o entendimento que melhor promove os direitos fundamentais das mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a natureza da ação penal nos delitos de lesão corporal leve ou culposa praticados contra mulheres em situação de violência doméstica e familiar. No ordenamento jurídico brasileiro essas infrações deverão ser processadas mediante ação penal pública incondicionada, isso é, exclui-se a necessidade de representação da vítima como condição de procedibilidade. A importância do tema revela-se precisamente na busca pela maior proteção e atenção a ser conferida pelo Estado às mulheres que sofrem com a violência de gênero.

Em razão da interpretação dada pelo STF ao artigo 41 da Lei n. 11.340/06, se existirem elementos indiciários da ocorrência de lesão corporal no contexto de violência doméstica contra mulher, o inquérito policial deve ser instaurado, e o ofensor poderá ser processado e punido mesmo contra a vontade das vítimas. Ainda, os agressores devem ser presos em flagrante e só podem ser liberados por ordem judicial.

O movimento feminista desde os tempos da ditadura clama por alterações legislativas que assegurem efetiva proteção ao gênero feminino e promovam verdadeiras mudanças na sociedade. A intimidade conjugal não pode constituir barreira intransponível que mascare as agressões ali perpetradas e impeça a intervenção estatal. Não se pode olvidar que a família desempenha papel relevante na formação social dos novos cidadãos, e que um ambiente violento não é de forma alguma adequado para um ser humano em desenvolvimento.

Ante todo o exposto, a natureza pública incondicionada da ação penal nos crimes em tela revela-se proporcional e razoável, porque privilegia diversas garantias e liberdades fundamentais. Entende-se que o Direito, isoladamente, não produz revoluções, mas constitui importante mecanismo catalisador de mudanças na mentalidade social, as quais serão alcançadas com a conscientização de cada indivíduo. Assim, a verdadeira alteração se produz quando o agressor se conscientiza do descabimento de seu agir.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Vide nota 12.



O advento da Lei Maria da Penha atribui confiança às vítimas na possibilidade de uma resposta estatal efetiva e lhes atribui coragem para romper com o pacto patriarcal de silêncio em busca de auxílio. Revelou-se a premente necessidade dos agentes estatais intervirem na violência doméstica, questão que por muitos anos foi relegada à esfera privada. Nesse sentido, o tema exposto no presente trabalho deve ser encarado como um instrumento de proteção às mulheres vítimas de violência de gênero.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1097042/DF. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=947326&num_registro=200802279706&data=20100521&formato=PDF>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 542. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=542&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 21 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 19/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 21 ago. 2016.



_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em 21 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 14620/MS. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2814620%2E%2E+OU+14620%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gtgh2n4>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 730462/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência Doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise desde o feminismo e o garantismo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. V, n. 19, jul./set. 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n. 54/01*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 30 mar. 2016.

DIAS, Maria Berenice A efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, jan./fev. 2007.

_____. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



O INTERESSE RECURSAL QUANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO

Fabíola de Carvalho Braga

Graduada pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Ubá – UNIPAC. Advogada. Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Pós-graduada em Direito de Energia Petróleo e Gás pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: A evolução da sociedade demandou do homem, a fim de possibilitar o convívio social, a organização por meio de institutos em diversos ramos do Direito. O direito penal e processual penal surgem na história como meio limitador do Poder do Estado e também como meio de garantir a proteção da sociedade e do próprio acusado. A percepção de que o processo penal prestigia os direitos e garantias fundamentais é uma constante no ordenamento jurídico e, como tal, suas normas devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal. Não obstante, com a crescente demanda do judiciário nota-se uma tendência em mitigar esses direitos e garantias. A essência do trabalho é abordar os efeitos da condenação penal, ressaltando quais dentre eles permanecem hígidos diante da extinção da pretensão punitiva em razão da prescrição e a repercussão que esses efeitos podem gerar no interesse recursal. Tudo isso estabelecendo um paralelo entre os divergentes entendimentos das Cortes Superiores.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Juízo de Admissibilidade. Interesse Recursal. Direito Penal. Prescrição. Direitos e Garantias Fundamentas.

Sumário: Introdução. 1. O interesse recursal norteado pela existência de uma sucumbência e o entendimento ainda divergente entre a doutrina e os Tribunais Superiores. 2. A declaração de prescrição, a depender de qual de suas espécies, constitui sucumbência apta a validar o interesse recursal. 3. O direito do réu de buscar a melhor decisão. Uma reflexão à luz da Constituição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar os efeitos de uma condenação penal, enfatizando quais efeitos dentre os penais primários, penais secundários, bem como os extrapenais, persistem quando da declaração da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória. Pontuando em qual circunstância efetivamente deixaria de haver qualquer forma de sucumbência ao acusado, passível, portanto, de afastar o interesse recursal.

Para tanto, serão trazidos à argumentação conceitos doutrinários acerca do instituto da prescrição e dos requisitos subjetivos para a admissibilidade dos recursos, confrontando-os com a forma que a matéria vem sendo tratada pelas Cortes Superiores, a fim de esclarecer se efetivamente o entendimento firmado por elas, nesse ponto, traduz decisões corretas e justas, ou se, prepondera o viés da política judiciária, aceitando-se que o acusado suporte parcela do ônus decorrente da negligência temporal do Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante ao jurisdicionado o direito ao devido processo legal, o direito a ampla defesa, o direito ao recurso, o direito à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana. O Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, norma supralegal.

Não, ao acaso, que tantos direitos foram positivados e a reflexão sobre a efetividade de cada um deles deve permear as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que não só visa condenar o culpado, mas também absolver o inocente, que não só se volta a um dever do Estado, mas também a um direito do acusado.

Dessa forma, a resposta dada ao jurisdicionado que está sendo submetido ao império do Estado e à sociedade que o assiste, precisa ser fundada sobre pilares sólidos, princípios e conceitos que promovam a eficiência e a celeridade processual, mas sobretudo que entregue a jurisdição tal qual se propôs, garantindo segurança jurídica e paz social.

O primeiro capítulo dessa pesquisa visa a traçar um paralelo entre o entendimento das Cortes Superiores e importantes doutrinadores processualistas, a fim de analisar quando a decisão penal condenatória constitui uma sucumbência apta a ensejar o interesse recursal.

No segundo capítulo serão conceituadas as espécies de prescrição e pontuados os efeitos da declaração da prescrição em cada uma delas, dando destaque aos efeitos que remanescem e a importância de serem reconhecidos para fins de interesse recursal.

No terceiro capítulo é trazido à reflexão a utilidade social do instituto da prescrição enaltecendo a necessidade de se preservar importantes direitos fundamentais em detrimento da atual política, sob pena de desvirtuar a natureza do instituto.

A presente pesquisa é de natureza qualitativa e utilizará a metodologia do tipo bibliográfica a partir de doutrinas, textos de leis e jurisprudências. Quanto aos seus objetivos será descritiva e parcialmente explicativa ao passo que sugere uma adaptação à jurisprudência.



1. O INTERESSE RECURSAL NORTEADO PELA EXISTÊNCIA DE UMA SUCUMBÊNCIA E O ENTENDIMENTO AINDA DIVERGENTE ENTRE A DOCTRINA E OS TRIBUNAIS SUPERIORES.

A evolução da sociedade demonstra a modificação da aplicação da pena na história. Inicialmente a privação de liberdade era desconhecida enquanto pena, servia apenas como custódia até que efetivamente fosse aplicada a pena de morte ou de mutilação. Após, com a prisão canônica, a finalidade da pena passou a visar o arrependimento do criminoso. No século XVII, na Europa, a construção de prisões para correção através do trabalho e disciplina. E a partir do século XVIII, sob o imperativo do poder organizado do Estado, a privação de liberdade como pena e a negação da vingança privada.

Ao proibir o particular de fazer justiça pelas próprias mãos, o Estado assumiu o poder soberano de punir, mas também o papel de garantir a proteção da sociedade e do próprio acusado. Nasce o processo penal que prestigia os direitos e garantias fundamentais.

Em que pese o Código de Processo Penal brasileiro seja da década de 40 e como tal apresente suas origens no Estado autoritário, não há como olvidar sua interpretação afastada da ótica Constitucional. Toda estrutura do processo penal só faz sentido se for para garantia do acusado, objetiva impedir que o Estado aplique indiscriminadamente, de forma arbitrária e incontrolável, o seu poder de punir.

O processo penal visto como instrumento do Estado Democrático de Direito, mas não um instrumento que busca como única finalidade a satisfação de uma pretensão acusatória, mas também a finalidade de garantidor Constitucional. Ou seja, o processo penal é o meio necessário para punir, sem o qual não é possível aplicar pena. Entretanto, o processo penal é também uma garantia ao acusado, pois ordenado por um devido processo legal, amparado em formas previamente definidas em lei e garantias fundamentais previstas na Constituição, serve ao acusado como garantia do direito de defesa, do direito a uma prestação jurisdicional justa.

Nas palavras de Aury¹ "nossa noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário".

¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

Não se pode submeter o acusado ao ritual árduo do processo penal e eximir-se de entregar uma prestação jurisdicional amparada nos direitos e garantias fundamentais. Há o interesse do Estado Democrático de Direito de punir o culpado, mas também o interesse desse mesmo Estado em absolver o inocente.

A partir desse viés instrumental de formação do processo penal emerge a essencialidade dos recursos no ordenamento jurídico processual, que têm por fundamento a falibilidade do julgador, vez que humano, se admite, passível de erros.

Assim contra decisão proferida com *error in iudicando*² ou *error in procedendo*³ o legislador ordinário e o constituinte, criaram mecanismos que permitem reapreciar esses atos, sujeitando-o à confirmação ou modificação, em regra, por órgão de instância superior.

Pacelli⁴ trabalha a utilidade dos recursos sob dois aspectos: a partir do interesse do Estado no controle dos atos jurisdicionais - ordenado pela qualidade e regularidade da atividade jurisdicional -, bem como meio de eficácia das decisões e; a partir do interesse do jurisdicionado e o direito à ampla defesa - quanto maior o número de recursos maior a amplitude de defesa.

Os recursos são submetidos a um duplo juízo de admissão, ocasião em que será verificado se atende às exigências legais a partir da aferição de requisitos objetivos - cabimento, adequação, tempestividade e preparo - e, requisitos subjetivos - legitimidade e interesse recursal, para tão somente após, ultrapassados, ser analisado o mérito do recurso.

O ponto de relevância neste trabalho é o último, o citado requisito subjetivo de admissibilidade dos recursos. E afinal, o que vem a ser o interesse recursal? Do parágrafo único do artigo 577 do Código de Processo Penal⁵ se extrai a idéia de interesse a ser trabalhada.

É uníssono na doutrina e na jurisprudência que o interesse recursal parte das idéias de interesse-adequação (o recurso usado deve ser o meio adequado para alcançar o resultado prático desejado), interesse-utilidade (possibilidade de alcançar por meio do recurso uma situação mais vantajosa) e interesse-necessidade (a tutela jurisdicional é a única forma de se atingir o resultado prático mais vantajoso).

² *Error in iudicando* é uma expressão latina tradicionalmente empregada para designar o “erro de julgamento”.

³ *Error in procedendo* é empregada para designar o “erro de atividade processual” ou “vício de procedimento”.

⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015, p. 931.

⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 7 set 2016. Art. 577. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

A noção de interesse é constantemente associada pela doutrina à definição de sucumbência, porém, não são todos os autores que concordam com a indispensabilidade desta para aferir o interesse recursal.

Nicolitt⁶ destaca que não se pode confundir interesse recursal com sucumbência, pois há situações em que a parte não perde e ainda assim há interesse recursal. Cita como exemplo a hipótese em que o réu absolvido por “ausência de provas” (art. 386, VII, CPP) recorre para mudar o fundamento da absolvição, para “estar provada a inexistência do fato” (art. 386, I, CPP) ou “estar provado que não concorreu para a infração penal” (art. 386, IV, CPP), fundamentos que além de afastar a responsabilidade civil, trarão inegável efeito sobre a esfera moral do acusado. E ainda, a hipótese em que, sendo procedente a acusação, o Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico, recorre para pedir a absolvição ou a redução da pena do acusado. Para esse autor o interesse firma-se na adequação, necessidade e utilidade, bastando que a nova decisão em instância superior proporcione situação mais vantajosa e sobretudo de inegável efeito sobre a esfera moral do acusado.

Rangel⁷ define sucumbência como sendo a desconformidade entre o que se pediu e o que foi concedido e também afirma que pode haver interesse em recorrer sem que haja sucumbência. O autor cita os mesmos exemplos apresentados por Nicolitt e vai além, entende haver interesse do réu em recorrer da decisão concessiva de perdão judicial, pois a natureza jurídica é meramente declaratória de extinção da punibilidade (súmula 18 do STJ), tendo o réu o interesse de demonstrar sua inocência perante o tribunal – que o fato não é típico ou ilícito, que o fato não existiu, ou que não foi autor do fato. E ressalta o fato de que a extinção da punibilidade não obsta a propositura da competente ação civil (art. 67, II, CPP).

Divergindo dos autores anteriores, Tourinho Filho⁸, entende que a sucumbência é pressuposto fundamental de todo e qualquer recurso e afirma que somente a parte que sofreu um gravame poderá recorrer. Para esse autor a sucumbência é um prejuízo produzido à parte pela decisão recorrida, uma desarmonia, uma desconformidade entre o que a parte pretendia obter e o que lhe foi dado. No entanto, concorda com Nicolitt quando afirma que o réu tem interesse em recorrer para modificar o fundamento da sentença absolutória, pois atingiria resultado concreto mais favorável.

⁶ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 885-886.

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 1000-1005.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 406-411.

Pacelli⁹ menciona que normalmente a noção de interesse é extraída da definição de sucumbência e apresenta o conceito de Barbosa Moreira, para quem “é vencida a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, tudo que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito”¹⁰.

O autor concorda com Nicolitt quando afirma manifesto o interesse do Ministério Público diante de sentença condenatória, para recorrer em favor do réu, por reconhecê-lo como órgão imparcial a quem incumbe a tutela da ordem jurídica e a fiscalização da observância das leis penais, ou seja, nesse ponto, admite a existência de um interesse recursal divorciado da ideia de sucumbência.

Também admite que apenas a absolvição seria capaz de afastar inteiramente a sucumbência do acusado, mas limita o interesse recursal ao dispositivo da sentença. Ao trabalhar a hipótese refuta o interesse recursal em face de sentença absolutória com a finalidade de modificar os fundamentos da decisão, mesmo certo de que neste caso a motivação do julgado consta da parte dispositiva (art. 386, caput, CPP¹¹) e que determinadas modalidades de sentenças absolutórias afastam também a responsabilidade civil, isso porque, entende que o interesse recursal deve ser aferido no âmbito das expectativas possíveis e realizáveis apenas no processo penal.

Nucci¹² vai além e toca o tema do presente trabalho, quando sugere que é possível que o réu tenha nítido interesse em ser absolvido quando as provas estão a seu favor e não que o Estado declare que perdeu, pelo lapso temporal decorrido, o direito de punir. E salienta que o ideal seria o julgamento do mérito pelo tribunal e, quando negasse provimento, avaliaria a questão da extinção da punibilidade pela prescrição. Assim, teria o réu exercido seu direito a ampla defesa na maior extensão possível, que é a obtenção de um julgamento de mérito propriamente dito.

Aury¹³ atribui ao interesse recursal a existência de um gravame, que ele define como sendo um prejuízo que a decisão tenha causado à parte, uma decisão que lhe desfavoreça de alguma forma, entretanto, entende que o gravame deve situar na dimensão de prejuízo jurídico e não psíquico ou moral.

⁹ PACELLI DE OLIVEIRA, op. cit., p. 959-962.

¹⁰ Ibid, p. 960.

¹¹ BRASIL. Código de Processo Penal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 7 set 2016. Art. 386 – “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva”.

¹² NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 923.

¹³ LOPES JR., op.cit., p. 1229.

Na prática dos tribunais o que se vê é o afastamento do interesse recursal de pronto, mesmo que o réu objetive a absolvição, ao argumento de que a decisão extintiva da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva desfaz todos os efeitos da condenação.

No julgamento do AgRg no AREsp nº 763.414 – GO, o Ministro Relator Joel Ilan Paciornik¹⁴ fundamentou que a extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito do recurso criminal, em face da perda do objeto da ação penal.

Também no STF, o Ministro Francisco Rezek¹⁵ no voto proferido no HC 63.765, afirmou que a prescrição da pretensão punitiva se assemelha “a um quadro idêntico àquele da anistia”, o que considera ser mais que uma absolvição.

Contudo, conforme será demonstrado nos demais capítulos a situação não se exaure simplesmente nesses termos, merecendo a reflexão sobre o tema.

2. A DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO, A DEPENDER DE SUAS ESPÉCIES, CONSTITUI SUCUMBÊNCIA APTA A VALIDAR O INTERESSE RECURSAL

O Estado, investido do seu poder de ordenar, regular e punir, a fim de garantir a convivência em sociedade de forma harmônica e feliz, se utiliza da política criminal para fazer cessar comportamentos que extrapolem os limites da tolerância e inviabilizem o convívio social.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 763414/GO. Relator Ministro: JOEL ILAN PACIORNIK. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Interesse+recursal+prescri%E7%E3o+da+pretens%E3o+punitiva&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC. 63.765-5. Relator Ministro: Francisco Resek. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=68824>>. Acesso em 7 set 2016. “Há de existir em nosso meio social uma suposição intuitiva, evidentemente equivocada do ponto de vista técnico-jurídico, de que em hipóteses como esta a prescrição – mesmo a prescrição da pretensão punitiva do Estado – deixa sequelas e por isso justifica, na pessoa que foi um dia acusada, o interesse em ver levada adiante a análise do processo, na busca de absolvição sob este exato título. Sucede que não é isso o que ocorre em nosso sistema jurídico. A pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a um quadro idêntico àquele da anistia. Isso é mais que a absolvição. Corta-se pela raiz a acusação. O Estado perde sua pretensão punitiva, não tem como levá-la adiante, esvazia-a de toda consistência. Em tais circunstâncias, o primeiro tribunal a poder fazê-lo está obrigado a declarar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, que o debate resultou extinto e que não há mais acusação alguma sobre a qual se deva esperar que o Judiciário pronuncie juízo de mérito. (...). Quando se declara extinta a punibilidade pelo perecimento da pretensão punitiva do Estado, esse desfecho não difere, em significado e consequências, daquele que se alcançaria mediante o término do processo com sentença absolutória”.

Nas palavras de Kelsen¹⁶ "o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social."

Contudo, o Estado há que ser diligente, sob pena de ver estabilizar a relação jurídica, não havendo utilidade para a prevenção geral e tornando inócua a prevenção especial no seu papel de ressocializar.

Essa dinâmica de investigação, processo e punição deve ser breve para que a sociedade não absorva o fato, ora caindo no esquecimento, ora se adaptando a ele, ora sofrendo os males da impunidade.

Foi pensando nesse contexto, visando a utilidade social, uma vez que a eterna possibilidade de punir do Estado gera inquietude à sociedade, que o legislador ordinário pensou o instituto da prescrição, previsto no art. 107, IV, do Código Penal.¹⁷

A prescrição é uma forma de sanção ao Estado em razão de sua demora para investigar, processar, condenar ou executar a pena por ele mesmo imposta e constitui causa de extinção da responsabilidade penal do acusado ou condenado.

Para doutrina e jurisprudência majoritárias a prescrição é um instituto de direito penal e como tal, de natureza material, pois extingue a pena. Contudo, não se pode olvidar que a prescrição é um obstáculo processual, havendo autores como Juarez Cirino¹⁸ que inclinam-se diante de uma natureza mista.

O efeito principal, aplicado a todas as espécies de prescrição, é a extinção da responsabilidade do acusado ou condenado, no entanto, os efeitos secundários se aplicam de forma distinta.

A prescrição da pretensão executória ocorre após o processo de conhecimento, quando já consolidado o juízo positivo de reprovação, já transitado em julgado a decisão condenatória para a acusação e para a defesa.

Nessa espécie, o cálculo da prescrição, tendo como parâmetro os prazos previstos no art. 109 do Código Penal, é feito com base na pena concretamente aplicada e começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹⁶ KELSSEN *apud* GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

¹⁷ BRASIL. Código Penal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 7 set 2016. Art. 107. Extingue-se a punibilidade: IV – pela prescrição, decadência ou perempção.

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 402.

Na prescrição da pretensão executória, embora ocorra a causa extintiva da responsabilidade, livrando o condenado de cumprir a pena que lhe foi imposta, a questão de mérito foi devidamente resolvida, a prescrição não anula a decisão condenatória, há um título executivo, há culpabilidade, será possível reconhecer a reincidência caso haja outra condenação e está preservada a obrigação de reparar danos civis (art. 91, I, do CP).

Essa espécie não é objeto de controvérsia do presente trabalho, tendo em vista que o juízo competente para declará-la é o da vara de execuções penais, portanto, após exauridas as hipóteses de recurso e preservado o contraditório e a ampla defesa.

Por sua vez a prescrição da pretensão punitiva, consubstanciada na prescrição da ação penal, impede o Estado de aplicar uma pena ao acusado, em razão de ter evidenciado desde o recebimento da denúncia até o momento anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, o lapso temporal expressamente delimitado no art. 109 do Código Penal.

Nessa espécie de prescrição a contagem do prazo se dá pela pena máxima cominada ao delito, de forma abstrata, pois ainda não consolidou o juízo positivo de reprovação. Com isso há a cristalização da situação de inocência do acusado, não há reconhecimento de culpabilidade nem tampouco reincidência.

Entretanto, conforme ensina Juarez Cirino¹⁹, o critério antes e depois do trânsito em julgado, por si só, não é suficiente para identificar todas as hipóteses de prescrição, apontando a existência de outras duas hipóteses quando observado os níveis de concretização da pena, sobre as quais gira a controversia deste trabalho.

Embora tratem de hipóteses de extinção da pretensão punitiva, a prescrição retroativa e a intercorrente diferem da regra, pois são declaradas após a sentença condenatória.

A prescrição retroativa está prevista no artigo 110, §1º do Código Penal²⁰ e embora a decisão condenatória já tenha transitado em julgado para a acusação - que não recorreu ou teve seu recurso improvido -, a decisão ainda não transitou em julgado para a defesa - que possui recurso pendente de julgamento.

Nessa, a aplicação do art. 109 do Código Penal é calculada com base na pena concreta, que será aferida retroativamente entre o interregno do recebimento da denúncia e a sentença.

¹⁹ SANTOS, op.cit., p. 403/404.

²⁰ BRASIL. Código Penal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 7 set 2016. Art. 110, §1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior a da denúncia ou queixa.

Antes de 2010, a prescrição retroativa podia ser aferida em dois momentos: observado o interregno entre a data do fato e o recebimento da denúncia e observado o interregno entre o recebimento da denúncia e a sentença. Todavia, com a entrada em vigor da Lei 12.234/2010, que incluiu a proibição na parte final do art. §1º e revogou o §2º do art. 110 do Código Penal, não mais se aplica a prescrição retroativa antecipada²¹.

Outra espécie é a prescrição intercorrente ou superveniente, que também ocorre quando já houve uma sentença condenatória, sendo calculada com base na pena concreta, observada no interregno existente entre a sentença e o trânsito em julgado.

Em todas as espécies citadas, seja na prescrição da pretensão executória, seja nas três hipóteses de prescrições da pretensão punitiva, o efeito comum é a extinção da responsabilidade do condenado ou acusado. Ocorre que na prescrição retroativa e na intercorrente, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado da sentença, não se pode negar que já houve o provimento jurisdicional defavorável ao acusado, gerando efeitos e consequências diferentes.

O entendimento jurisprudencial majoritário hoje é que, como a prescrição é matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício ou a requerimento da parte e por tratar de matéria preliminar impede o julgamento de mérito. Esse entendimento reproduz o raciocínio entabulado no verbete de súmula 241 do extinto TFR²².

O aproveitamento desse entendimento beneficia a jurisprudência defensiva dos Tribunais, mas traz consequências nefastas ao acusado que entendendo-se inocente se vê impossibilitado de pleitear ao Tribunal a revisão do julgado. Para Nucci essa posição jurisprudencial representa certa injustiça, pois impede a análise do mérito pelo Tribunal, mantém o registro da condenação de 1º grau na folha de antecedentes, defendendo a absolvição como decisão muito mais favorável ao acusado, inclusive no campo moral²³.

Nesse mesmo sentido, salienta Alvaro Mayrink²⁴ que a extinção da punibilidade antes da sentença final, afasta a reincidência, mas não afasta os maus antecedentes.

²¹ SANTOS, op.cit., p. 404. Juarez Cirino chama de “prescrição retroativa antecipada” aquela observada entre o interregno da data do fato e o recebimento da denúncia, ou também “prescrição pela pena virtual” ou “pena em perspectiva”.

²² BRASIL. Súmula 241 do Tribunal Federal Regional. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.

²³ NUCCI, op. cit., p. 584.

²⁴ COSTA, Álvaro Mayrink. *Curso de Direito Penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015. p. 953.

3. O DIREITO DO RÉU DE BUSCAR A MELHOR DECISÃO. UMA REFLEXÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

À luz dos valores constitucionais, não há razão legítima que impeça o indivíduo que foi condenado de ver reapreciada a sentença de primeiro grau, ao contrário, os recursos, além de necessários e, como tal, pensadas suas espécies pelo legislador infraconstitucional, possuem fundamento Constitucional.

O disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Autores como Guilherme de Souza Nucci²⁵, André Nicolitt²⁶, Tourinho Filho²⁷ e Marcellus Polastri²⁸, afirmam que o fundamento Constitucional do recurso é o duplo grau de jurisdição, que, inclusive, chegou a ser expressamente previsto na Constituição do Império e hoje é extraído de forma implícita da conjugação de alguns artigos previstos na atual Carta.

A própria estrutura do Poder judiciário, prevista no Capítulo III, Título IV, foi organizada de forma a hierarquizar os órgãos em 1º e 2º graus de jurisdição, permitindo que um pudesse rever a decisão do outro.

Da literalidade do art. 5º, §2º da Constituição Federal se extrai a natureza do duplo grau de jurisdição como sendo um direito fundamental, bem como, que os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais os quais o Brasil é signatário são recepcionados como direito fundamental.

O Brasil ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 1992, através do Decreto 678/92, que entre outros direitos, trata das garantias judiciais assegurando em seu artigo 8º, n. 2, letra *h* o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior²⁹.

²⁵ NUCCI, op. cit., p. 791-794.

²⁶ NICOLITT, op. cit., p. 871-874.

²⁷ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 401-406.

²⁸ POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 1127-1129.

²⁹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Decreto 679 de 6 de novembro de 1992. <Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 7 set 2016. Art. 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas: (...), h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Divergindo em parte dos citados autores, Aury³⁰ entende que não é possível extrair o duplo grau de jurisdição de outros princípios constitucionais, como o direito de defesa e o devido processo legal, entretanto assente aos demais quando afirma que o fundamento do duplo grau está no art. 8. n. 2, letra *h* da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966), que em seu art. 14, n. 7, §5º, dispõe que "toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei."

O duplo grau de jurisdição se traduz em uma dupla garantia: é um direito fundamental, uma vez que autoriza o jurisdicionado, a critério de vontade, poder submeter a sentença que lhe foi desfavorável a outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior e; compreende a proibição de que o tribunal *ad quem* conheça além daquilo que foi discutido em primeiro grau, impedindo dessa forma que ocorra a supressão de instância.

Nesse sentido, para doutrina majoritária não há dúvidas de que o duplo grau de jurisdição integra o rol dos direitos fundamentais por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal e tem aplicação imediata nos termos do art. 5º, §1º da CRFB.

Não obstante, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 87.585/TO é no sentido de que, o CADH ingressou no sistema jurídico com status supralegal. Isso porque, a partir da EC 45/04, os tratados relativos aos direitos humanos aprovados em dois turnos, por pelo menos 3/5 dos votos, nas duas casas - Câmara dos Deputados e no Senado -, ingressam no ordenamento jurídico com força de emenda constitucional e como tal, passam a vigorar de imediato equiparados às normas constitucionais. Como a Convenção Americana dos Direitos Humanos não foi aprovada com o *quorum* especial, ela possui eficácia em território nacional como norma supralegal, ou seja, está acima das normas infraconstitucionais, porém, abaixo das normas constitucionais.

Ademais, recurso é direito da parte, decorre do direito de ação, tem seu fundamento na contingência humana, na falibilidade da cultura, da inteligência, da razão e da memória do homem, por mais culto, perspicaz e experiente que seja.³¹

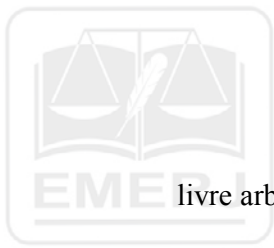
Na acepção de Rangel³² e Tourinho Filho³³ o recurso é ainda uma necessidade psicológica, de levar a decisão a apreciação de pessoas mais experientes e de maior conhecimento jurídico, permitindo maior segurança jurídica e credibilidade social, longe do

³⁰ LOPES JR., op. cit., p. 958-963.

³¹ NUCCI, op. cit., p. 792.

³² RANGEL, op. cit., p. 955.

³³ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 404.



livre arbítrio que deixou marcas negativas na história.

Na aceção da Constituição de 1988 o homem é o centro de proteção do Estado, e o fundamento da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III).

Inegável a afronta à dignidade do jurisdicionado quando o Estado o diz culpado, mesmo havendo provas cabais de sua inocência, e ainda, o impede de provar que a afirmação do Judiciário está equivocada, porque o próprio Estado demorou para julgá-lo e agora reconhece a prescrição.

Camargo Aranha³⁴, já na década de 80 afirmava que se alguém foi condenado em primeiro grau e merece ser absolvido porque inocente, é óbvio que, por imperativo do *status dignitatis* atingido, deve ser declarado inocente por decisão, para se evitar que no futuro receba malévolas interpretações como a de que escapou pela porta estreita da prescrição quando poderia sair pela via larga da absolvição.

Uma vez que a jurisprudência reconhece que há interesse em modificar o fundamento da absolvição quando a decisão puder ter reflexos patrimoniais, não pode contrariando sua própria linha de entendimento deixar de reconhecer a existência do interesse recursal por reflexos de maior importância, como o *status dignitatis*, que é norma que se sobrepe até mesmo a soberania do Estado.

Igualmente importante observar que o mesmo argumento de natureza patrimonial usado nos casos de absolvição pode ser aplicado na extinção da punibilidade, isso porque o artigo 67, II, CPP, autoriza a propositura da ação civil quando a sentença penal julgar extinta a punibilidade, portanto conferindo a sentença penal efeitos na esfera cível.

O Supremo Tribunal Federal vem sinalizando sensível modificação de entendimento em seus julgados, prestigiando o interesse recursal da defesa em alcançar decisão que lhe seja mais favorável.

No julgamento da Ação Penal n. 465/DF, de relatoria da Min. Cármen Lúcia³⁵, publicado no informativo de jurisprudências de n. 743 de 2014, asseverou a ministra relatora que “se prevalecesse entendimento pela condenação, assentar-se-ia a prescrição da pretensão punitiva quanto à falsidade e à corrupção”. Por outro lado, destacou que “eventual sentença absolutória seria mais favorável do que o registro da prescrição”.

³⁴ DE CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T.. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 91.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AP 465. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+465%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+465%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bctwdll>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

No mesmo julgado destacou o Ministro Luiz Fux que seria mais condizente com a dignidade da pessoa humana conferir ao julgador a possibilidade de proferir sentença absolutória ao invés de declarar a prescrição.

Também no informativo de n. 722 de 2013, é possível observar a sinalização de entendimento no mesmo sentido ao julgar o RE 583.523/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes³⁶, em que foi acolhida questão de ordem no sentido de superar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, ao argumento de que eventual declaração de incompatibilidade do preceito legal implicaria atipicidade da conduta, cujas consequências seriam mais benéficas ao recorrente do que a extinção da punibilidade pela perda da pretensão punitiva do Estado.

CONCLUSÃO

O estudo doutrinário sobre o interesse recursal demonstra que há divergência de entendimento entre os autores processualistas penais quanto a essencialidade de se aferir a sucumbência na decisão que se pretende impugnar.

Entretanto, o conceito de sucumbência adotado por cada um deles apresenta parcela considerável de subjetividade, o que pode justificar a divergência de entendimento quanto a essencialidade da sucumbência para se reconhecer o interesse recursal.

Concordam, majoritariamente, os autores processualistas, que a absolvição é a melhor decisão para o condenado, entendendo que qualquer decisão que não entregue tudo que a parte pretendia constitui em si uma sucumbência apta a ensejar o interesse recursal.

Destoa da maioria o entendimento de Pacelli, que não admite o interesse recursal para modificar o fundamento da absolvição restringindo a aferição do interesse recursal ao âmbito das expectativas possíveis e realizáveis apenas no processo penal.

Os efeitos da condenação diante da extinção da punibilidade em razão da prescrição variam de acordo com suas espécies, sendo as prescrições intercorrente e retroativa as mais polêmicas. Isso porque, em ambas há o provimento jurisdicional e, embora a decisão não tenha

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 583.523/RS. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28583523%2EENUME%2E+OU+583523%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z76ucoa>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

transitado em julgado para a defesa, a prescrição será desde já cauculada com base na pena em concreto.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm jurisprudência pacífica no sentido de que a decisão que extingue a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva afasta todos os efeitos decorrentes da condenação, o que afasta o interesse recursal. No entanto, já é possível identificar precedentes na Suprema Corte (Informativos 743 e 722) prestigiando o interesse recursal em detrimento da declaração da prescrição, o que pode sinalizar uma possível mudança de entendimento condizente com a dignidade da pessoa humana.

Os autores penalistas estudados afirmam que a despeito da jurisprudência dos Tribunais Superiores afirmar que a prescrição da pretensão punitiva afasta todos os efeitos, em verdade, permanecem os maus antecedentes.

Há que se ressaltar ainda, indiscutivelmente, que a prescrição da pretensão punitiva não afasta a responsabilidade patrimonial civil, efeito que somente seria afastado caso houvesse a sentença absolutória.

O interesse recursal do acusado que teve extinta a sua punibilidade em razão das prescrições, intercorrente ou retroativa, está evidenciado tanto pelo prejuízo material que a condenação pode lhe causar, uma vez que não impede a responsabilização na esfera cível, como também porque ainda hoje é possível localizar decisões nos Tribunais locais em que são considerados na dosimetria das penas, essas prescrições como maus antecedentes.

O interesse recursal está relacionado diretamente com valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, o duplo grau obrigatório, contraditório e ampla defesa.

A prescrição é o instituto que impede o exercício da pretensão Estatal, em regra ela deveria favorecer o acusado, pois é uma punição aplicada ao Estado que não foi necessariamente diligente no tempo. Ocorre que na prescrição retroativa e na prescrição intercorrente ela impede o exercício do direito de defesa, afasta a possibilidade de analisar nulidades e o mérito dos recursos.

Aceitar a entrega da jurisdição declarando-se a prescrição retroativa ou a prescrição intercorrente em detrimento do julgamento de mérito que possa conduzir à absolvição é admitir a transferência do ônus da desídia do Estado ao jurisdicionado, é admitir ceifar o exercício do duplo grau de jurisdição, o direito ao recurso, à segurança jurídica, ao contraditório e a ampla defesa.

A solução pode ser dada pela jurisprudência, adequando a interpretação da norma à exegese constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 7 set 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 7 set 2016.

_____. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Decreto 679 de 6 de novembro de 1992. <Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 7 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC. 63.765-5. Relator Ministro: Francisco Resek. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=68824>>. Acesso em: 7 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 465. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+465%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+465%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bctwdll>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 763414/GO. Relator Ministro: JOEL ILAN PACIORNIK. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Interesse+recursal+prescri%E7%E3o+da+pretens%E3o+punitiva&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 24 de nov de 2016.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

DE CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T.. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

KELSEN *apud* GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2015.



POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2015

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TOURINHO FILHO, *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À VIDA DO NASCITURO

Flávia Melo Henriques Alves

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro revela a preocupação do legislador em salvaguardar os direitos do nascituro. Aliado a isso, há uma constante evolução dos institutos jurídicos destinados a implementar a efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais, em especial, o direito à vida e à igualdade. O presente trabalho tem por fim identificar os pontos de convergência do ordenamento na proteção dos direitos do nascituro e da pessoa com deficiência, ressaltando de que modo o Estatuto da Pessoa com Deficiência pode alcançar a proteção dos direitos do nascituro, expondo ainda as hipóteses em que se admite a mitigação da norma penal incriminadora do aborto a fim de evidenciar o profundo retrocesso jurídico que se instauraria no ordenamento jurídico brasileiro pela descriminalização do aborto dos fetos diagnosticados com microcefalia.

Palavras-chave: Direito Civil. Direitos da Personalidade. Nascituro. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sumário: Introdução. 1. As teorias acerca do início da personalidade civil e seu papel na consagração dos direitos do nascituro por meio do estatuto da pessoa com deficiência. 2. O direito à vida do nascituro: mitigações no ordenamento jurídico brasileiro que autorizam a realização do aborto. 3. O respeito às normas do estatuto da pessoa com deficiência como instrumento de vedação ao retrocesso jurídico que se pretende implementar com a ampliação das hipóteses de autorização do aborto.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar as teorias acerca do início da personalidade civil, e identificar aquela adotada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), para a partir de um confronto desta com as normas autorizadoras do aborto no Brasil, discutir os novos desafios que se levantam no judiciário decorrentes da crise na saúde causada pela epidemia de contaminação pelo vírus Zika, que vem provocando um aumento expressivo no número de bebês diagnosticados com microcefalia.

Inicia-se o primeiro capítulo com o estudo das teorias acerca do início da personalidade, bem como dos direitos do nascituro consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se identificar o padrão estabelecido pelo legislador ao pôr a



salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, especialmente, por meio das novas regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que asseguram um tratamento diferenciado para aqueles indivíduos diagnosticados com alguma deficiência física ou psíquica, desde a fase gestacional.

No segundo capítulo são estudadas as hipóteses nas quais o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a realização do aborto e seus fundamentos, traçando o perfil escolhido pelo legislador para mitigar a norma incriminadora da interrupção da gravidez.

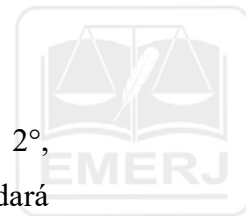
Neste mesmo capítulo, destaca-se que diante da epidemia de contaminação pelo vírus Zika no Brasil, que vem provocando um número anormal de casos de bebês diagnosticados com microcefalia no país, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade buscando a interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez, para excluir do alcance da norma do art. 124 do CP a mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika.

A partir disso, são discutidos os principais argumentos de defesa da ANADEP, confrontando-os com os fundamentos já fixados pelo legislador e pelo STF para mitigação da norma incriminadora do aborto.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se alertar para a importância de que se respeite o avanço jurídico alcançado com o Estatuto da pessoa com deficiência, combatendo assim a flagrante tentativa de retrocesso legislativo que vem se levantando por meio da defesa da constitucionalidade do aborto realizado pelas gestantes infectas pelo vírus Zika a fim de “prevenir” o aumento do número de bebês que nascem com microcefalia no Brasil.

Para tanto, a pesquisa será necessariamente qualitativa. O pesquisador se valerá da bibliografia pertinente ao tema.

1. O PAPEL DAS TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E NA CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO POR MEIO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA



O Código Civil Brasileiro de 2002 afirma categoricamente em seu artigo 2º, que a personalidade civil tem início com o nascimento com vida, mas a lei resguardará os direitos do nascituro desde a concepção.

A redação do Código Civil permite entender o “nascituro” como aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu. No entanto, a legislação deixa margem para que se mantenha uma discussão há muito travada na doutrina quanto à teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro acerca do momento do início da personalidade civil.

Trata-se de questão de maior relevo no cenário jurídico uma vez que a todo direito deve corresponder um titular, o qual deve ser inserido no meio social e ter sua dignidade valorizada, como preconiza o artigo 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Desse modo, para a real definição de quais são os verdadeiros destinatários das normas vigentes em nosso ordenamento, é imperiosa a exata definição do momento de início da personalidade, ou seja, da titularidade dos direitos e deveres.

A doutrina destaca a existência de três teorias acerca do início da personalidade civil: a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional, e a Teoria Concepcionista.

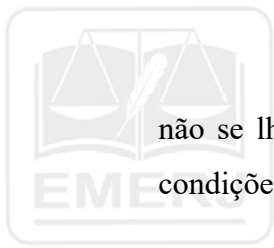
Segundo a Teoria Natalista, o início da personalidade civil depende do nascimento com vida, sendo este considerado quando principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno. Nesse contexto, o nascituro não seria uma pessoa – sujeito de direitos e deveres.

Os críticos dessa teoria afirmam que ela não consegue responder à seguinte pergunta: se o nascituro não é pessoa, o que seria? A resposta levaria ao absurdo de afirmar-se que o nascituro é uma coisa¹. Como se não bastasse tal teoria não explica a justificativa para os direitos do nascituro já consagrados em nosso ordenamento, como aqueles relacionados à sua personalidade.

Para a Teoria da Personalidade Condicional, fundada no art. 130 do Código Civil², a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, porém, os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, que seria o nascimento com vida. Além disso, os direitos reconhecidos ao nascituro seriam de cunho patrimonial,

¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 120.

² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 mai. 2016.



não se lhe reconhecendo os direitos da personalidade, já que estes não se sujeitam a condições suspensivas.

A teoria recebe críticas de autores renomados como Clóvis Beviláqua, para quem “parece mais lógico afirmar francamente, a personalidade do nascituro”³. Ainda, Flávio Tartuce afirma que tal teoria acaba se confundindo com a própria teoria natalista⁴.

Por derradeiro, a Teoria Concepcionista sustenta que o nascituro é pessoa titular de direitos resguardados por lei.

Filiada a essa corrente, Maria Helena Diniz faz distinção ainda entre personalidade jurídica formal e personalidade jurídica material:

O embrião ou nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem, é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo in vitro, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.⁵

Trata-se de Teoria defendida pela maioria dos doutrinadores modernos, a saber, Pontes de Miranda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, dentre outros.

Vale ressaltar que a evolução do ordenamento jurídico brasileiro aponta muito mais para a adoção da Teoria Concepcionista do que da teoria natalista como parece expressar a redação do art. 2º, do Código Civil⁶.

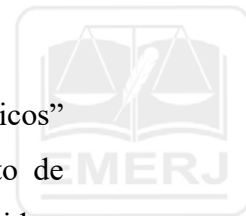
A análise dos diversos diplomas legais vigentes voltados à proteção de direitos do nascituro revela que antes mesmo do nascimento com vida já existe no mundo jurídico um titular de direitos tanto patrimoniais quanto da personalidade, que merece ser considerado integrante do meio social e amparado pelos direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

³ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. V. 1. Rio De Janeiro: Rio, 1940. p. 178.

⁴ TARTUCE, op. cit., p. 77.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149-150.

⁶ Vide nota 2.



Como exemplo de diploma legal, destaca-se a “Lei dos Alimentos Gravídicos” (Lei nº 11.804/2008)⁷. Trata-se de norma que garante à gestante o recebimento de alimentos que compreendam valores suficientes para cobrir as despesas com a gravidez, da concepção ao parto. É pacífico na doutrina que os alimentos gravídicos são fixados em razão da preocupação com a pessoa – nascituro – e não do estado biológico da mulher – gestante. Logo, o titular dos “alimentos gravídicos” é o nascituro e não a gestante.

Pode-se mencionar ainda como direitos da personalidade reconhecidos ao nascituro o direito ao nome, o direito ao reconhecimento da paternidade, o reconhecimento de danos morais ao nascituro – indenizáveis após o nascimento-, e até mesmo havendo quem defenda o direito à adoção do nascituro⁸.

No campo dos direitos patrimoniais, destacam-se o direito de participação na herança do pai falecido antes de seu nascimento, e o direito de receber bem por doação, aperfeiçoando-se o ato após o nascimento.

Como se verifica, a evolução histórica dos direitos do nascituro deixa evidente o reconhecimento de sua personalidade civil. Assim, todo e qualquer diploma jurídico em vigor deve ser lidos à luz da Teoria Concepcionista e não à luz da Teoria Natalista sob pena de configurar verdadeiro retrocesso jurídico.

Com o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência não é diferente. De acordo com o art. 10 do Estatuto⁹, compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Para tanto, o art. 18, afirma que as ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar o diagnóstico e intervenção precoces, de modo que, determina o art. 19, inciso I, que compete ao SUS desenvolver ações destinadas à prevenção de deficiências por causas evitáveis por meio de acompanhamento da gravidez.

Assim, é possível afirmar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou a teoria concepcionista quanto aos direitos da personalidade, ao garantir ao nascituro o direito à saúde quando constatada eventual deficiência durante a gravidez e especialmente, o direito à vida com todas as garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

⁷BRASIL. Lei n. 11.804 de 5 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em: 30 mai. 2016.

⁸ ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 27.

⁹BRASIL. Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 30 mai. 2016.

2. O DIREITO À VIDA DO NASCITURO: MITIGAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO QUE AUTORIZAM A REALIZAÇÃO DO ABORTO

Partindo da premissa de que as normas jurídicas vigentes devem ser orientadas pela adoção da teoria concepcionista, entendendo o nascituro como titular de direitos e deveres - mormente dos direitos fundamentais consagrados na constituição federal, como a vida, a saúde, e a dignidade humana - é válido analisar por que razões, e em quais circunstâncias, o legislador ou o intérprete da norma jurídica (em especial, o STF), têm relativizado o direito à vida do nascituro.

O ordenamento jurídico brasileiro tutela a proteção à vida intrauterina pela incriminação do aborto nos artigos 124 a 127, do Código Penal¹⁰. Referidos dispositivos punem a prática do aborto tanto pela própria gestante quanto por terceiro que lhe incentive ou lhe preste auxílio. Cumpre ressaltar que o fim da norma legal é proteger o produto da concepção, seja ele o óvulo fecundado, o embrião, ou o feto propriamente dito (para fins deste artigo – o nascituro). Ainda, destaca-se que a corrente majoritária da doutrina defende que a vida intrauterina tem início pela nidação – implantação do óvulo fecundado na parte interna do útero.

O art. 128, do CP traz as hipóteses legais de exclusão da ilicitude cabível em duas hipóteses: (i) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; e (ii) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante. Em ambos os casos, exige-se que o aborto seja praticado por um médico.

Observa-se que nestas duas hipóteses os agentes se encontram em situação de inexigibilidade de conduta diversa. Além disso, o aborto se justifica após uma ponderação entre direitos e princípios constitucionalmente válida.

Na primeira situação, em que não há outro meio de salvar a vida da gestante, é possível verificar a opção do legislador pela prevalência do direito à vida da gestante em detrimento da expectativa de nascimento com vida do nascituro. Mesmo porque, é possível que em alguns casos, vindo a gestante a falecer, o feto também se perca.

¹⁰BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1.940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 03 out. 2016

Quanto à excludente de ilicitude do aborto nos casos de gravidez decorrente de estupro é possível perceber a proteção à integridade psíquica da vítima do estupro, autorizando-a à prática do aborto.

Além destas hipóteses em que a lei expressamente autoriza a interrupção da gravidez, o Supremo Tribunal Federal, já se posicionou no sentido de admitir o aborto do feto anencéfalo.

O pronunciamento se deu no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54/DF¹¹ no qual o Tribunal, por maioria de votos, julgou procedente a ação para declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, do Código Penal.

Nesta hipótese, a Suprema Corte, tomando como base o disposto no art. 3º, da Lei n. 9.434/97 (que regulamenta o transplante de órgãos)¹², segundo o qual considera-se como fim da vida o momento em que cessa a mais atividade encefálica, entendeu que nos casos de fetos anencéfalos não há vida, e portanto, não há bem jurídico a ser tutelado.

Assim, realizou-se o devido confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. A corte enfrentou ainda a proteção à dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde, e o reconhecimento pleno de direitos individuais.

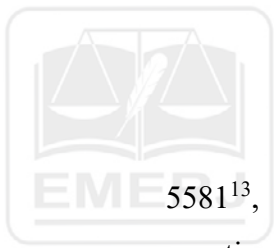
Somente após o enfrentamento de todos os direitos e princípios constitucionalmente consagrados, somado ao entendimento de que sem cérebro não há vida, à luz do art. 3º, da Lei 9.434/97, declarou o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da criminalização do aborto do feto anencéfalo.

Como se verifica, todas as hipóteses nas quais se autoriza o aborto no Brasil passam pelo confronto dos direitos e garantias individuais em jogo.

No entanto, uma nova discussão ganha relevo perante o Supremo Tribunal Federal, que merece total atenção da comunidade jurídica brasileira.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ANENC%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/h8n8sqt>. Acesso em: 3 out. 2016.

¹²BRASIL. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em 3 de out. 2016.



A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) ajuizou a ADI n. 5581¹³, juntamente com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, questionando diversos dispositivos da Lei n. 13.301/2016¹⁴ (que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika).

Em linhas gerais, a ADI revela-se em harmonia com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já que pretende ampliar o alcance dos benefícios previdenciários e assistenciais por ela assegurados às crianças e mães vítimas de sequelas neurológicas decorrentes da contaminação com os vírus da dengue, chikungunya e zika.

Sob o fundamento de que a população mais atingida pela epidemia de Zika no Brasil é de mulheres pobres e nordestinas, e ressaltando que mais de 60% (sessenta por cento) dos casos é de filhos de mulheres desta região do Brasil, a ANADEP defende que a concessão do benefício de prestação continuada previsto no art. 18, da Lei n. 13.301/2016, destinado às pessoas portadoras de deficiência, e à criança vítima de microcefalia decorrente de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti*, seja prolongada para além dos 3 (três) anos previstos na lei.

Além disso, os defensores requerem que tal benefício de prestação continuada seja concedido não só à criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas oriundas de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, mas também àquelas que sofrem de outras desordens neurológicas causadas pela síndrome congênita do vírus zika, que vierem a ser comprovadas cientificamente no futuro. Sustentam, que segundo pareceres técnicos, é esperado que crianças aparentemente sem alterações ao nascer possam desenvolver sintomas no decorrer da infância, o que só será verificado mais adiante.

Tais medidas, como dito, são perfeitamente adequadas à evolução legislativa alcançada com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que revelam um olhar atento dos defensores às necessidades especiais das pessoas portadoras de deficiência.

Na contramão destes pedidos, a ANADEP requer que se dê interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez, para excluir do alcance da norma do art. 124 do CP a mulher que tiver sido infectada pelo vírus Zika.

¹³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 3 out. 2016.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 13.301 de 27 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm. Acesso em: 3 out. 2016

Alternativamente, o pedido dos defensores é de que se julgue constitucional a interrupção da gravidez nesses casos, fundado no que definem como estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de Zika e agravada pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor.

Como se verifica, se acolhido o pleito da ANADEP neste ponto, restará consagrada no sistema jurídico brasileiro mais uma hipótese de mitigação da norma expressa do art. 124 do Código Penal.

A ADI ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, porém, já constam dos autos os pareceres da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União, ambos defendendo teses opostas¹⁵. Sendo assim, é imperioso que se fomente o debate acerca da matéria no meio jurídico para que se evite a violação de direitos e garantias fundamentais em jogo, bem como profundo retrocesso jurídico.

O parecer do Procurador-Geral da República foi pela procedência do pedido da ANADEP, sob o fundamento de que a decisão tomada pelo STF de autorizar o aborto em caso de fetos anencéfalos também deve se aplicar aos casos de diagnóstico de infecção por zika, em razão da “proteção da saúde” da mulher.

Por outro lado, a Advocacia Geral da União se pronunciou pela improcedência da ação, firme no fundamento de que tal pretensão viola o direito à vida.

Desta forma, revela-se que as questões inerentes à mitigação da norma proibitiva do aborto estão longe de se pacificarem, demandando dos operadores a intensificação dos debates acerca da matéria, em especial a fim de assegurar a maior harmonia no ordenamento jurídico brasileiro e a coibição do retrocesso jurídico.

3. O RESPEITO ÀS NORMAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO JURÍDICO QUE SE PRETENDE IMPLEMENTAR COM A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE AUTORIZAÇÃO DO ABORTO

¹⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 3 out. 2016.

Como restou evidenciado no primeiro capítulo deste artigo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência adota a teoria concepcionista dos direitos da personalidade ao prever a proteção à saúde e à dignidade da pessoa com deficiência desde a fase gestacional de sua existência.

Por outro lado, levanta-se perante o Supremo Tribunal Federal discussão por meio da qual se pretende a autorização do aborto nos casos em que seja diagnosticada a microcefalia do feto em razão da contaminação da gestante pelo vírus da Zika durante a gestação.

De acordo com o parecer exarado pelo Procurador-Geral da República nos autos da ADI n. 5581, seria constitucional a interrupção da gravidez quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus Zika, em prol da proteção à saúde, “inclusive no plano mental”, da mulher. Acrescentou o Exmo. Procurador-Geral da República que a hipótese deveria ser comparada à autorização legal para aborto nos casos de vítimas de estupro, pois “visa a proteger a mulher em estado de evidente e excepcional sofrimento e desamparo (o chamado aborto humanitário ou ético)”¹⁶. Segundo o Exmo. Procurador-Geral da República, as gestantes que recebem o diagnóstico de que seus filhos são portadores de microcefalia teriam idêntico nível de desamparo e sofrimento.

A posição defendida pelo Procurador-Geral da República em seu parecer, e guerreada pela ANADEP não causa surpresa. Desde o julgamento da citada ADPF n. 54, o Min. Cesar Peluso, ao proferir seu voto, alertou:

uma discussão judicial, isentando de sanção o aborto de fetos, anencéfalos, ao arrepio da legislação existente, além de discutível, do ponto de vista científico, abrirá as portas para a interrupção de gestações de inúmeros embriões que sofram ou viriam a sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas, que de algum modo, levariam ao encurtamento de sua vida intra ou extra uterina.¹⁷

É exatamente essa a questão que o Supremo Tribunal Federal terá de enfrentar no julgamento da ADI n. 5581, sendo notório que a decisão a ser adotada pela Corte Suprema neste caso concreto determinará o futuro do judiciário Brasileiro no que diz respeito à autorização do aborto.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5581. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 05 out. 2016.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em: 05 out. 2016.

Acerca da proposta da ANADEP e do parecer do Procurador-Geral da República, vale analisar em primeiro lugar que pretender a autorização do aborto dos fetos diagnosticados com microcefalia decorrente da contaminação da gestante pelo vírus da Zika não guarda correlação lógica com as outras hipóteses nas quais já se aceita a realização do aborto.

Como já abordado no presente artigo, em todas as hipóteses nas quais a lei ou o Supremo Tribunal Federal (dando leitura conforme a Constituição à Lei) autorizam a realização do aborto, há um genuíno confronto dos direitos e garantias fundamentais em jogo, o que não ocorreria na hipótese de autorização da interrupção da gravidez nos casos das gestantes contaminadas com o vírus Zika.

Repise-se, quando a lei autoriza o aborto para salvar a vida da gestante, também chamado de aborto necessário ou aborto terapêutico, a doutrina majoritária defende tratar-se de caso especial de estado de necessidade¹⁸. Rogério Greco esclarece que “entre a vida da gestante e a vida do feto, a lei optou por aquela. No caso, ambos os bens (vida da gestante e vida do feto) são juridicamente protegidos.”

O aborto do feto anencéfalo por sua vez também não deixa margem para maiores indagações, já que não há uma colisão entre os direitos da gestante e os direitos do nascituro, pois não há vida intrauterina a ser preservada.

Quanto ao aborto praticado pelas vítimas de estupro, não se mostra razoável a comparação pretendida pelo Procurador-Geral da República com as gestantes que recebem o diagnóstico de que seus filhos são portadores de microcefalia decorrente da contaminação com o vírus da Zika.

Isto porque, a própria doutrina diverge quanto à natureza jurídica dessa modalidade de aborto legal (art. 128, II, do CP). Há quem defenda que se trata sim de estado de necessidade. Porém, corrente respeitável da doutrina afasta tal possibilidade.

Não se diverge quanto ao fato de que o aborto humanitário envolve razões de ordem ética e emocional que foram levadas em consideração pelo legislador. Hungria, enfrentando o assunto em sua obra “Comentários ao Código Penal”, afirma que

nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Segundo Binding, seria profundamente iníqua a

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 13.ed. V. 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 45.



terrível exigência do direito de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra.¹⁹

No entanto, Rogério Greco defende que “para que se possa falar em estado de necessidade, é preciso que haja um confronto de bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.” Nesse sentido, pondera o autor que

há uma vida em crescimento no útero materno. Uma vida concebida por Deus. Não entendemos razoável no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada optar por este último bem, razão pela qual, mesmo adotando-se a teoria unitária não poderíamos falar em estado de necessidade²⁰

Assim, na visão de Rogério Greco não haveria que se falar em estado de necessidade, mas em inexigibilidade de conduta diversa, “não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.”

Visto isso, é possível concluir que a hipótese de aborto humanístico pressupõe que a gestante que carrega o fruto do crime carrega em si a dor da violência, sentimento de desonra, ou seja, profundo abalo psíquico sim, mas este sentimento não pode de modo algum se comparar ao valor do maior bem jurídico a ser tutelado pelo legislador que é a vida – no caso, a vida do feto em formação.

Tais conceitos, portanto, afastam a razoabilidade da tese defendida pelo Exmo. Procurador-Geral da República. Isto porque, se a natureza jurídica do art. 128, II, do Código Penal não é de estado de necessidade, pois não há que se aceitar que o legislador tenha feito uma ponderação entre o bem jurídico honra da gestante e o bem jurídico vida do feto, fazendo prevalecer a honra da gestante, é igualmente inaceitável falar em uma ponderação entre a proteção da saúde psicológica da gestante que carrega em seu ventre um filho portador de deficiência e a proteção à vida do feto.

Defender tese diversa seria ainda uma flagrante discriminação em relação a todos os portadores de deficiência, e profundo retrocesso jurídico depois de todo o avanço alcançado até a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Significa ainda afirmar que os portadores de deficiência seriam causa de sofrimento no seio familiar, em total dissenso como que se pretende o Estatuto da Pessoa com Deficiência com seu ideal de igualdade, que prevê inclusive apoio à

¹⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 304.

²⁰ GRECO, op.cit., p. 146.

gestante que recebe diagnóstico de malformação fetal com atendimento prioritário durante a gravidez de modo a minimizar seu sofrimento.

O conceito jurídico de pessoa com deficiência é previsto no art. 2º, da Lei nº. 13.146/2015, segundo o qual, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de tal maneira que afete seu convívio social em igualdade de condições com as demais pessoas.

A microcefalia é uma doença que provoca tal impedimento, pois a cabeça e o cérebro das crianças são menores que o normal para a sua idade, o que prejudica o desenvolvimento mental do indivíduo ao impedir que o cérebro cresça e desenvolva suas capacidades normalmente.

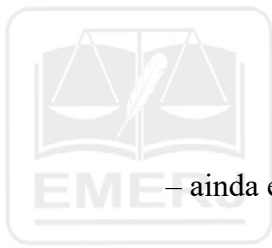
Justamente por isso, a questão do aborto do feto portador de microcefalia passa não só pelo debate constitucional dos direitos e garantias fundamentais do nascituro, mas também pela atenção à norma infraconstitucional, uma vez que vigente norma destinada a defesa dos direitos e garantidas dos portadores de deficiência.

E nem há que se falar que se trata de uma vida inviável. O novo tratamento legal se revela em harmonia com os avanços tecnológicos e apto a proporcionar maior igualdade e dignidade humana.

Estudos científicos revelam a ultrassonografia morfológica fetal é capaz de diagnosticar com sensibilidade e especificidade defeitos estruturais no feto já a partir da vigésima semana de gestação²¹.

Feito o diagnóstico adequado, ainda precocemente, as chances de cura são maiores. Ainda, no que diz respeito à microcefalia, nem todos os casos demandarão cuidados por toda a vida, um diagnóstico preciso só é confirmado depois do primeiro ano de vida e dependerá do quanto o cérebro conseguiu se desenvolver e que partes do cérebro estão mais comprometidas. Assim, assumir que há um direito à integridade emocional da mulher gestante a ser preservado em detrimento do direito à vida do feto é aceitar que gestantes e médicos possuem dons premonitórios estando aptos a preverem o grau de deficiência e dependência que aquele nascituro apresentará em um futuro próximo.

²¹PAULA, Túlio Bráulio Cantalice de; MURTA, Carlos Geraldo Viana; FERNANDES, Camila Daniela. Diagnóstico das malformações fetais: implicações médico-jurídicas. *Femina*. v. 35, n. 2, p. 123-126, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2016.



E ainda, autorizar que diante desse grau de deficiência, se exclua este indivíduo – ainda em formação – do futuro convívio em sociedade.

Nesse contexto, a correta interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, alinhada com o que defendem doutrina e jurisprudência acerca das hipóteses autorizadoras do aborto, permitem concluir pela proteção integral ao direito à vida do nascituro portador de deficiência, não havendo que se falar em mitigação do direito à vida em tais hipóteses.

CONCLUSÃO

Como se verifica, a evolução histórica dos direitos do nascituro deixa evidente o reconhecimento deste como titular dos direitos da personalidade. Assim, as normas jurídicas vigentes devem ser analisadas à luz da Teoria Concepcionista e não à luz da Teoria Natalista sob pena de configurar verdadeiro retrocesso jurídico.

Na esteira deste raciocínio, verificou-se também que é perfeitamente possível afirmar que o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou a teoria concepcionista dos direitos da personalidade, uma vez seus dispositivos aplicados conjuntamente garantem prioridade e proteção ao deficiente desde sua concepção.

Desse modo, outra não pode ser a conclusão senão a de que o nascituro é alcançado enquanto sujeito de direitos por todos os direitos da personalidade, em especial, pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, dentre os quais merece destaque especial o direito à vida.

Somado a isso, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro que as hipóteses legais que autorizam a interrupção da gravidez se justificam a partir de uma pormenorizada ponderação entre os direitos em jogo, e o mesmo se dá na interpretação do STF quanto à constitucionalidade do aborto do feto anencéfalo.

O mesmo não se pode dizer quando diante de uma pretensão de autorização de interrupção da gravidez em razão do diagnóstico de alguma malformação fetal que implicaria.

Admitir o aborto em tais situações seria assumir uma rejeição aos deficientes desde sua concepção, contrariando o maior postulado do Estado Democrático de Direito, qual seja, a igualdade de todos, e negando aos deficientes o maior de todos os direitos, que é o direito à vida.

Nem se diga que lhes faltaria uma vida digna, ou que seria uma vida inviável – pois não o é. Ademais, o objetivo primordial do Estado e da Sociedade deve ser assegurar a todos, ainda que na medida de sua desigualdade, condições de uma vida digna.

Logo, admitir medidas como o aborto de fetos diagnosticados com malformação é contrariar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e acima de tudo, contrariar direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, devendo os aplicadores do direito estar atentos contra a violação de tais garantias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. ed. histórica. t. I. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1.940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 out. 2016

_____. Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em 3 de out. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Lei n. 13.146, de 07 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art127. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5581. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em:



<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultaprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 05 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.1. 14.ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao Próprio Corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. São Paulo: Juruá, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 13.ed. V. 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

PAULA, Túlio Bráulio Cantalice de; MURTA, Carlos Geraldo Viana; FERNANDES, Camila Daniela. Diagnóstico das malformações fetais: implicações médico-jurídicas. *Femina*. v. 35, n. 2, p. 123-126, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br>>. Acesso em: 16 ago.2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. V.1. 12. ed. São Paulo: GEN, 2016.

OS LIMITES IMPOSTOS PELA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA NOS PROCESSOS SUBMETIDOS A NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Helena Ribeiro Pereira Nunes Filho

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogado. Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

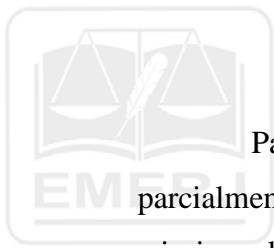
Resumo: O presente trabalho visa à análise do tratamento dado pelos tribunais nacionais ao conflito existente entre a soberania dos veredictos e a vedação à *reformatio in pejus* indireta no âmbito do Tribunal do Júri quando a anulação da condenação anterior ocorrer em razão de recurso exclusivo da defesa. O ponto nodal dessa discussão consiste na ponderação entre dois princípios constitucionais previstos como garantias fundamentais do indivíduo, pelo que se exige um maior esforço argumentativo para defender a coexistência harmônica entre eles. Passando por uma evolução histórica da jurisprudência de nossos tribunais, observa-se que a orientação atual é a mais acertada, por considerar a soberania dos veredictos uma garantia do próprio acusado e, ao mesmo tempo, assegurar-lhe que a sua situação não será agravada em caso de anulação do primeiro julgamento por recurso exclusivo da defesa. Propõe-se, porém, uma sutil alteração procedimental, a fim de que não se esvazie por completo o princípio da soberania dos veredictos sob o argumento de uma suposta mitigação. Somente dessa forma será possível chegar-se a uma conclusão teórica correta, sem que haja conflitos práticos entre duas decisões igualmente legítimas, porém diametralmente opostas.

Palavras-chave: Processo penal; Ampla defesa; Limitação da pena; Ponderação de princípios constitucionais; Soberania dos veredictos.

Sumário: Introdução. 1. A vedação à *reformatio in pejus* indireta como manifestação da ampla defesa. 2. A amplitude do princípio da soberania dos veredictos. 3. As limitações impostas aos jurados e ao magistrado no novo julgamento submetido ao plenário do Tribunal do Júri em razão de recurso exclusivo da defesa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa analisar os limites impostos pela *reformatio in pejus* indireta nos processos submetidos a novo julgamento pelo Tribunal do Júri; na medida em que o tema é de grande relevância prática e se encontra imerso, em tese, na ponderação de importantes princípios constitucionais, quais sejam da ampla defesa e da soberania dos veredictos.



Para tanto, busca-se por meio de uma metodologia de pesquisa do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória, explicativa e qualitativa, estudar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca desses limites quando do novo julgamento dos processos submetidos ao Júri Popular em decorrência do provimento de recurso exclusivo da defesa.

Atualmente, o Tribunal do Júri representa uma das formas diretas de participação democrática no Estado brasileiro, de sorte que o Conselho de Sentença, formado exclusivamente por cidadãos “comuns”, é o responsável pelo julgamento dos “seus pares” acusados de terem cometido crimes dolosos contra a vida.

Os princípios da ampla defesa e da soberania dos veredictos, por sua vez, são direitos fundamentais conquistados a duras penas pelos cidadãos brasileiros quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo principal objetivo foi a redemocratização do país, motivo pelo qual grande atenção foi dada aos direitos e às garantias individuais.

Ocorre que, nos processos submetidos ao Tribunal do Júri, a soberania dos veredictos pode vir a esbarrar na vedação da *reformatio in pejus* indireta, que, segundo parte da doutrina, seria um consectário lógico do direito fundamental à ampla defesa; gerando, assim, uma celeuma – cujas repercussões práticas são extremamente relevantes – entre os operadores do Direito.

Nesse sentido, inicia-se o primeiro capítulo desta pesquisa com o estudo aprofundado acerca da viabilidade de se encarar o princípio da vedação da *reformatio in pejus* como uma manifestação da ampla defesa, a fim de validar (ou não) o critério da hierarquia das normas para solucionar o conflito entre tais princípios.

Em seguida, entendendo que a vedação da *reformatio in pejus* não é somente uma norma processual prevista no Código de Processo Penal, mas sim uma verdadeira feição da ampla defesa; analisa-se, no segundo capítulo, a possibilidade de compatibilização entre os princípios constitucionais sem que haja o esvaziamento completo de um deles, executando-a de forma a privilegiar a sua coexistência.

No terceiro capítulo, busca-se estudar as consequências práticas da limitação imposta pela vedação da *reformatio in pejus* à soberania dos veredictos, notadamente quanto à quesitação dos elementos da tipicidade derivada no novo julgamento, uma vez que esta se caracteriza como o principal ponto de conflito entre os princípios constitucionais em tela.

1. A VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA COMO MANIFESTAÇÃO DA AMPLA DEFESA

A celeuma doutrinária e jurisprudencial formada em torno da aplicabilidade da vedação à *reformatio in pejus* indireta nos processos submetidos ao Tribunal do Júri não é recente. Contudo, a principal discussão deste trabalho perpassa pela breve análise da evolução do entendimento das Cortes Superiores brasileiras acerca da natureza jurídica deste princípio.

Isso porque caso se considere a proibição da *reformatio in pejus* um princípio previsto tão somente no Código de Processo Penal, o conflito entre este e a soberania dos veredictos (previsto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da CRFB/88) – causa da questão envolvendo o tema deste trabalho – seria revolvido pelo critério da hierarquia, ante a supremacia constitucional em face da legislação ordinária.

Entretanto, considerando a *ne reformatio in pejus* – direta e indireta, diga-se – um princípio constitucional implícito decorrente da própria ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), não seria possível a utilização do critério da hierarquia para solucionar o conflito, na medida em que ambos teriam amparo constitucional. Dessa forma, afirmam os defensores desse entendimento que “partindo da unidade orgânica e da integridade axiológica da Constituição, deve haver uma coexistência harmônica dos bens tutelados, sem predomínio teórico de uns sobre os outros”¹.

Com efeito, é possível observar na doutrina essa dicotomia de tratamento acerca da natureza jurídica da vedação à *reformatio in pejus*: o entendimento majoritário, defendido por Lopes Jr.², Rabelo³ e Pacelli⁴, é de que “a vedação da *reformatio in pejus* outra coisa não seria que uma das manifestações da ampla defesa”⁵; de modo que o critério da hierarquia não seria capaz de solucionar o conflito entre ele e a soberania dos veredictos nos casos submetidos ao Tribunal do Júri.

Ora, em sendo a ampla defesa a garantia constitucional que permite ao réu “[...] se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”⁶, é evidente que a proibição à reforma para pior – direta e indireta, acrescenta-se – esculpida no

¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p 1213.

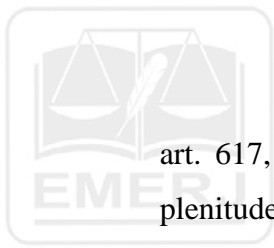
² *Ibid.*, p 1211-1215.

³ RABELO, Galvão. *O princípio da ne reformatio in pejus Indireta nas Decisões do Tribunal do Juri*. Boletim do IBCCrim, n. 203, outubro de 2009, p 16-18.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014, p 908-912 e 943-944.

⁵ *Ibid.*, p 943.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p 35.



art. 617, do CPP, trata-se, de fato, de um princípio constitucional implícito decorrente da plenitude de defesa.

Daí porque pensar diferente seria admitir um fator de inibição ao exercício, pelo réu, do seu direito constitucional ao duplo grau de jurisdição; cuja natureza jurídica, em última análise, também diz respeito a mais ampla possibilidade de defesa daquele que se vê acusado da prática de um crime pelo Estado. Para NUCCI⁷, o respeito a este princípio seria uma forma de compensação do poder acusatório estatal, exercido por meio da atuação do Ministério Público.

Ocorre que parte minoritária da doutrina, como RANGEL⁸ e GRINOVER⁹, sequer reconhece a existência da modalidade indireta da vedação à *reformatio in pejus* prevista no art. 617, do Código de Processo Penal¹⁰.

É que, para esses autores, além de não haver previsão legal expressa no sentido de proibir que a nova sentença prolatada em decorrência de anulação da anterior por recurso exclusivo da defesa imponha ao réu pena mais elevada, o dispositivo supramencionado limita apenas a atuação do “tribunal, da câmara ou da turma”, mas não a do juiz *a quo*¹¹.

Sustentam, ainda, que para ocorrer a *reformatio in pejus* é necessário que haja uma diferença para pior entre a decisão recorrida e a decisão do recurso¹²; o que não se verifica quando aquela é nula, uma vez que não se pode emprestar “[...] força a uma decisão que desapareceu em detrimento de uma que é proferida em perfeita harmonia com a ordem jurídica”¹³.

Todavia, os autores alinhados com a corrente minoritária reconhecem que sua posição não prevalece na jurisprudência, a qual assevera expressamente a impossibilidade da nova sentença aplicar pena mais grave do que a fixada em decisão anulada por recurso exclusivo da defesa. No que tange à aplicação da *ne reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri, no entanto; houve relevante mudança de entendimento nos últimos anos.

Em um primeiro momento, tanto o Supremo Tribunal Federal¹⁴ quanto o Superior Tribunal de Justiça¹⁵ tratavam a *reformatio in pejus* tão somente como um princípio previsto

⁷ Ibid., p 36.

⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 935-938.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 6. ed. rev. atul. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 41-42.

¹⁰ Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

¹¹ RANGEL, op. cit., p 935.

¹² GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p 41.

¹³ RANGEL, op. cit., p 935.

¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 73.367/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>



infraconstitucionalmente; de sorte que o novo Conselho de Sentença poderia reconhecer situação fática distinta do primeiro julgamento cuja decisão fora anulada, em razão da soberania dos veredictos esculpida na Constituição Federal. Nesse caso, seria possível o juiz-presidente impor pena mais elevada ao réu; afastando-se, pois, a *ne reformatio in pejus* indireta em razão da hierarquia existente entre os princípios em conflito.

Contudo, em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento no julgamento do HC n° 89.544¹⁶, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, pela 2ª Turma deste Tribunal. Nessa oportunidade, acolheu-se a vedação à *reformatio in pejus* indireta como princípio constitucional implícito decorrente da ampla defesa, ampliando a sua aplicação para abranger – igualmente – situações nas quais o Conselho de Sentença reconhecesse circunstância não considerada no julgamento anterior¹⁷. Alinhou-se, portanto, à parcela da doutrina que já se mostrava majoritária há alguns anos.

Desde então, a jurisprudência amplamente dominante vem se formando no sentido de que, anulado o primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri por recurso exclusivo da defesa, não pode o réu, submetido a novo julgamento, ser condenado a pena superior a anteriormente imposta em nenhuma hipótese. Assim, ainda que a situação fática reconhecida pelos jurados seja mais grave do que a anterior, o magistrado estará adstrito ao *quantum* de pena fixado na sentença anulada, em razão da natureza jurídica de norma constitucional da vedação à *reformatio in pejus*, seja ela direta ou indireta.

Dessarte, superada a antiga discussão acerca da natureza jurídica da *ne reformatio in pejus* – e sendo ela vista como um princípio constitucional implícito –, passa-se à análise da soberania dos veredictos; a fim de, por meio da ponderação de princípios, buscar a coexistência entre eles sem o esvaziamento de nenhum, em homenagem à unidade orgânica da Constituição Federal.

=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+73367%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+73367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cvqu6lt>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 37.101/PR. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 19 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=551357&num_registro=200401046578&data=20050627&formato=PDF>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 89.544/RN. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 14 de abril de 2009. Disponível em: <[¹⁷ RABELO, op. cit., p 16-17.](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+89544%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+89544%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bd3vb5y>. Acesso em: 02 abr. 2016.</p></div><div data-bbox=)



2. A AMPLITUDE DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

O princípio da soberania dos veredictos está expressamente previsto no art. 5º, XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal, de modo a não haver qualquer dúvida quanto ao seu caráter constitucional. Segundo RANGEL¹⁸, a soberania dos jurados não se confunde com uma suposta autonomia de suas decisões: por soberania entende-se que “não pode haver nenhum outro poder acima do Tribunal do Júri para decidir de forma contrária ao que os jurados decidiram”; ao passo que autonomia seria a possibilidade de a decisão por eles proferida estar totalmente desvinculada de qualquer controle pelo Poder Judiciário.

Com efeito, a soberania dos veredictos significa tão somente que “proferida a decisão final pelo Tribunal do Júri, não há possibilidade de ser alterada pelo tribunal togado, quanto ao mérito”¹⁹; contudo, não há uma autonomia nas suas decisões – e nem poderia – uma vez que os jurados são leigos. Ora, se uma decisão proferida pelo juiz togado está submetida ao controle jurisdicional do Tribunal correspondente, com mais razão aquela proferida por julgadores que não possuem uma formação técnica.

Assevera-se, no entanto, que tal controle está limitado aos aspectos formais do processo e da decisão proferida pelo Tribunal Popular. É que “o máximo que o legislador permite ao Tribunal *ad quem* é cassar a decisão dos jurados, para que outra seja proferida em seu lugar, porém, pelos próprios jurados”²⁰ (art. 593, III, alíneas “a” e “d”, e § 3º, ambos do CPP).

Dessa forma, a soberania dos veredictos possui, sem dúvida, o escopo de reforçar o viés democrático do Tribunal do Júri, pelo qual se busca retirar das mãos do magistrado – representante do Estado – o poder de decisão sobre aqueles crimes submetidos à sua competência (no caso brasileiro, os dolosos contra a vida). É, em última análise, permitir que o acusado seja julgado pelos seus pares, e conferir às suas decisões uma imutabilidade quanto ao mérito; evitando, assim, a retomada do poder decisório pelo Estado-Juiz.

Quanto a esse último ponto, RANGEL²¹ tece relevantes críticas – com as quais se concorda – no sentido de que, embora o Tribunal do Júri tenha surgido com a missão de retirar das mãos do déspota o poder de decidir contrário aos interesses da sociedade da época, e não mais se submeter aos ditames do rei, o fundamento do Tribunal do Júri cunhado na

¹⁸ RANGEL, op. cit., p 937- 38.

¹⁹ NUCCI, op. cit., p 50.

²⁰ RANGEL, op. cit., p 938.

²¹ Id. *Tribunal do Júri*: visão linguística, histórica, social e jurídica. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p 42-44.

expressão “os iguais julgando os iguais” não passa de uma falácia que exclui o povo desse processo.

Daí porque a instituição do Júri falece de legitimidade. Basta verificar a composição dos Conselhos de Sentença para perceber que, na sua imensa maioria, eles são formados por funcionários públicos e profissionais liberais, enquanto os réus excepcionalmente fazem parte das classes sociais que exercem tais funções²².

Percebe-se que a soberania dos veredictos surge, na verdade, para reforçar um preconceito social, uma luta de classes travestida de “legitimação social do processo penal”. Assim, a despeito de o princípio constitucional em tela visar – no mundo do dever ser – à proteção da participação popular no processo penal; na prática, ele se presta tão somente a transferir o poder de decisão do Estado a uma parcela minoritária (e mais favorecida) da sociedade que compõe a maioria esmagadora das listas de jurados sob a falsa impressão de “democratização do processo”.

Essas razões, por si só, já seriam o suficiente para afastar a ideia de que a soberania dos veredictos é uma garantia da sociedade, apresentada pelos sete cidadãos que compõe o Conselho de Sentença, e não do acusado. Entretanto, soma-se a isso o fato de que, pensando no jurado como um cidadão leigo ao qual foi atribuído o múnus público de julgar aquele que cometera um crime doloso contra a vida, pouco importa se sua decisão irá ou não ser reformada, no mérito, pelo Tribunal togado.

Por outro lado, para o acusado é importante ter a segurança de que os seus atos serão julgados por um Júri Popular, cuja decisão será soberana, e não pelo Estado-Juiz; na medida em que, pelo menos em tese, a soberania dos veredictos garantiria o seu direito fundamental de ser julgado pelos “seus pares”. Ou seja, a vedação à reforma de mérito da decisão proferida pelo Conselho de Sentença só interessa ao acusado, não possuindo qualquer influência relevante nos direitos dos jurados ou da sociedade amplamente considerada.

Além disso, considerando que a parcela majoritária da doutrina entende ser o Tribunal do Júri um órgão do Poder Judiciário – embora lhe seja reconhecida a especialidade²³ –, os seus jurados, reunidos na forma de um Conselho de Sentença, devem igualmente ser vistos dessa maneira.

Dessa forma, não há como se sustentar a ideia de que a soberania dos veredictos, prevista no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, consiste em uma garantia dos jurados. Caso contrário, estar-se-ia admitindo que uma proteção conferida ao

²² Ibid., p 43.

²³ NUCCI, op. cit., p 680.



indivíduo fosse aplicada a um órgão do Poder Judiciário, o que vai de encontro a qualquer parâmetro de razoabilidade da dialética constitucional.

Nesse sentido, RABELO conclui que bastaria uma exegese contextualizada do princípio da soberania dos veredictos, situando seu círculo hermenêutico dentro de um contexto protetivo do acusado para concluirmos que tal princípio constitui-se como uma garantia constitucional do acusado e não dos jurados²⁴.

Em razão dessa amplitude conferida à soberania dos veredictos, a ponderação entre ela e a vedação da *reformatio in pejus* indireta é realizada pela doutrina majoritária da seguinte forma: se, por um lado, não se pode invocar um direito fundamental do indivíduo para prejudicá-lo²⁵; por outro, a vedação da reforma para pior não pode limitar a soberania do Tribunal Popular que voltará a julgar a causa²⁶.

No mesmo sentido concluiu o STF no julgamento do já mencionado HC 89.544/RN²⁷, afirmando que:

A regra constitucional da soberania dos veredictos em nada impede a incidência da vedação da *reformatio in pejus* indireta, pois esta não impõe àquela limitações de qualquer ordem, nem tampouco [sic] despoja os jurados da liberdade de julgar a pretensão punitiva, nos termos em que a formule a pronúncia.

Dessarte, segundo a aplicação do entendimento defendido pela doutrina majoritária e acolhido pela atual jurisprudência, anulado o primeiro julgamento realizado perante o Tribunal do Júri por recurso exclusivo da defesa, os princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da vedação da *reformatio in pejus* – consectário lógico da ampla defesa, como já visto – podem (e devem) coexistir harmonicamente, sem que um exclua totalmente a aplicabilidade do outro, em um verdadeiro trabalho de hermenêutica constitucional.

Contudo, mediante a análise das consequências práticas decorrentes dessas limitações impostas aos jurados e ao magistrado quando do novo julgamento, chegar-se-á à conclusão de que, embora correto o entendimento teórico; na prática, melhor seria tratar a questão de uma maneira sutilmente diferente.

²⁴ RABELO, op. cit., p 17.

²⁵ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; LEME, Tatiana Capochin Paes. O princípio da *reformatio in pejus* indireta e o direito ao duplo grau de jurisdição no Tribunal do Juri. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 50, junho a julho de 2008, p. 86.

²⁶ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p 42.

²⁷ Vide nota 16.

3. AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AOS JURADOS E AO MAGISTRADO NO NOVO JULGAMENTO SUBMETIDO AO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI EM RAZÃO DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA

Diante do que já foi visto até aqui é possível observar que, antigamente, o tratamento dado pela jurisprudência à questão era de uma simplicidade intelectual e técnica não recomendada, sobretudo quando a controvérsia envolve direitos indisponíveis tal qual a liberdade do acusado no processo penal.

Isto é, utilizava-se o critério hierárquico para afastar a incidência da vedação à *reformatio in pejus* – em tese prevista tão somente no Código de Processo Penal – em prol da soberania dos veredictos; permitindo, assim, que o Conselho de Sentença do novo Júri piorasse a situação do réu, seja pelo reconhecimento de novas qualificadoras ou causas de aumento de pena, seja pela influência no *quantum* da pena que essas decisões gerariam.

Em outros termos, quando o novo Conselho de Sentença reconhecesse as mesmas circunstâncias fáticas que tinham sido reconhecidas pelo Conselho anterior, o Juiz Presidente não poderia aplicar pena mais severa do que aquela que fora aplicada no julgamento anulado em virtude de recurso exclusivo da defesa²⁸. *A contrario sensu*, conclui RABELO²⁹:

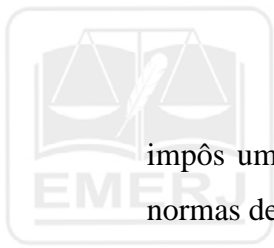
[...] se, em novo julgamento, os jurados reconhecessem circunstâncias mais graves do que haviam sido reconhecidas no julgamento cassado, estaria o Juiz Presidente autorizado a fixar pena mais grave do que a anteriormente fixada, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos (e – acrescenta-se – em desrespeito ao princípio da vedação da reforma para pior).

Dessa forma, verifica-se que não havia qualquer limite em relação à decisão que os novos jurados poderiam proferir (em razão da prevalência da soberania dos veredictos) e, em sendo o caso de reconhecimento de situação fática diversa, tampouco o Juiz Presidente estaria limitado ao *quantum* de pena fixado anteriormente. Tal entendimento não se sustentou por muito tempo, visto que – como já alertava RABELO – havia um claro desrespeito ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta.

Em 2009, com o julgamento do HC 89.544/RN, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a vedação à reforma para pior como um princípio constitucional implícito, o que

²⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 73.367-1/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 de março de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74448>>. Acesso em: 05 de ago. 2016.

²⁹ RABELO, op.cit., p 17.



impôs uma operação intelectual mais elaborada para solucionar a crise³⁰, agora envolvendo normas de mesma estrutura e hierarquia.

A consequência prática de tal mudança de entendimento foi que, embora o novo Conselho de Sentença estivesse livre para rejulgar o mérito da causa como entendesse cabível, o magistrado não poderia impor pena mais severa do que a fixada na decisão cassada³¹, ainda que fosse reconhecida circunstância fática diversa daquela reconhecida no julgamento anterior.

Observa-se que, na verdade, passou a haver uma prevalência da vedação à *reformatio in pejus* indireta em detrimento da soberania dos verdictos, uma vez que o reconhecimento de circunstância fática mais gravosa no novo julgamento não gera qualquer consequência prática na sanção imposta ao acusado.

É que um homicídio considerado simples no julgamento cassado por recurso exclusivo da defesa, ainda que passe a ser considerado triplamente qualificado – em razão da soberania da qual é empossada o novo Conselho de Sentença –, jamais poderá ter sua pena fixada em patamar superior ao anterior. Ora, fica evidente que a soberania do segundo corpo de jurados foi totalmente mitigada; visto que a mudança quanto à análise do mérito da acusação foi, na prática, totalmente inócua.

Ressalta-se, ainda, que o exemplo supramencionado sequer terá a capacidade de gerar consequências práticas no regime de cumprimento de pena desse réu que, após ter sido condenado por homicídio simples, no novo julgamento teve reconhecidas qualificadoras afastadas pelo Conselho de Sentença anterior. Isso porque a jurisprudência atual³² considera que toda e qualquer consequência prejudicial ao acusado – seja no momento da fixação da pena, seja na sua execução – violaria o princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

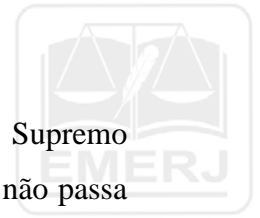
Com efeito, o que se tem hoje é uma completa vedação ao juiz e ao Tribunal *ad quem* no sentido de que, em novo julgamento decorrente de recurso exclusivo da defesa, não é possível haver uma piora na situação do acusado, seja ela quantitativa (quando altera o *quantum* da pena), seja qualitativa (quando, a despeito da pena permanecer a mesma, as consequências circunstanciais de seu cumprimento são agravadas³³).

³⁰ BARBOSA JÚNIOR; LEME, op. cit., p 81.

³¹ RABELO, op. cit., p 18.

³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 126.763/MS. Relator: Ministro Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 1º de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm>>. Acesso em: 05 de ago. 2016.

³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 121.089/AP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo770.htm>>. Acesso em: 05 de ago. 2016.



Assim, apesar de irretocáveis os fundamentos teóricos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal (e seguido pelos demais tribunais do país), a conclusão alcançada não passa de um sofisma intelectualmente bem elaborado; na medida em que, na prática, o que se tem é o total esvaziamento da soberania dos veredictos, e não a coexistência harmônica que se espera de uma ponderação de princípios constitucionais igualmente considerados.

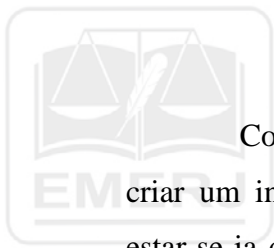
Por essa razão, não se busca neste trabalho trazer argumentos visando à alteração do entendimento esposado pela mais alta Corte do país, mas sim demonstrar que o esvaziamento da soberania dos veredictos, ainda que considerada como garantia do acusado, não gera consequências práticas desejáveis.

Para explicar o que se defende, tome como exemplo a seguinte situação: o acusado é pronunciado por homicídio qualificado pelo motivo torpe e pela impossibilidade de defesa da vítima e, no primeiro julgamento, o Conselho de Sentença afasta as qualificadoras, condenando-o ao homicídio simples, cuja pena imposta pelo juiz presidente fica no mínimo legal (seis anos). Anulado o julgamento por recurso exclusivo da defesa, aos novos jurados serão novamente quesitadas as qualificadoras anteriormente afastadas, as quais – dessa vez – são reconhecidas pelo Conselho de Sentença.

Diante desse exemplo, segundo o entendimento atual e embora condenado pelo homicídio na forma qualificada – cuja pena mínima é de doze anos –, o Juiz Presidente deverá fixar a pena do acusado em seis anos, a fim de respeitar a vedação à *reformatio in pejus* indireta. Além disso, o cumprimento dessa pena não ocorrerá na forma prevista nas leis de regência para os crimes hediondos (o que geraria consequências maléficas no que tange à progressão de regime, ao livramento condicional, etc.), mas sim por aquela prevista para os crimes comuns.

Ora, de que serviu, portanto, o exercício da soberania dos veredictos do segundo Júri, se o reconhecimento de situação fática mais grave não vai gerar qualquer consequência prática na situação do acusado? Fica evidente que esse princípio foi, na verdade, totalmente suprimido pela vedação à *reformatio in pejus* indireta.

Dessarte, melhor seria sequer haver a quesitação daquelas circunstâncias qualificadoras que já foram anteriormente afastadas pelo Conselho de Sentença que atuou no julgamento cassado por recurso exclusivo da defesa. Isso porque, em não sendo a nulidade relacionada com o corpo de jurados, a sociedade por eles representada já se manifestou legitimamente no sentido de reconhecer a modalidade simples do homicídio praticado pelo acusado.



Com efeito, uma nova quesitação dessas circunstâncias se prestaria tão somente a criar um indesejável conflito entre duas decisões igualmente legítimas. Mal comparando, estar-se-ia diante de um caso semelhante à coexistência de duas coisas julgadas em sentido diametralmente opostos; isto é, duas decisões com força e legitimidade suficientes para gerar consequências imutáveis na situação jurídica do acusado.

E nem se diga que a decisão do primeiro Conselho de Sentença que afastou essas qualificadoras não seria legítima por ter sido posteriormente anulada por decisão do tribunal *ad quem*. É que a vedação à *reformatio in pejus* indireta empresta à decisão anulada eficácia limitadora da sanção imposta ao acusado; de modo que, nesse aspecto, ela permanece hígida e com uma regular produção de efeitos.

Em razão disso, fica evidenciada não só a desnecessidade da quesitação dessas qualificadoras mas também os malefícios que tal expediente pode gerar na normal tramitação do processo perante o Tribunal do Júri e, posteriormente, no tribunal *ad quem*.

Frisa-se, por fim, que a soberania dos veredictos estaria cumprindo seu desiderato quando da possibilidade conferida ao novo Conselho de Sentença de absolver o acusado ou, no caso de nova condenação, reconhecer alguma causa de diminuição de pena. Contudo, tal princípio não poderia permitir que as circunstâncias fáticas já tidas como inexistentes pelo Conselho de Sentença anterior sejam reavivadas pelos novos jurados, sob pena de violar a própria vedação à *reformatio in pejus* indireta.

CONCLUSÃO

A ponderação de normas ou de princípios constitucionais sempre é alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial em razão da envergadura dos direitos e garantias que geralmente estão envolvidas no conflito. As controvérsias se intensificam ainda mais quando o tema gira em torno de direitos indisponíveis, tal qual a liberdade de locomoção do cidadão.

No caso específico da *ne reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri, regido pelos ditames da soberania dos veredictos, a questão envolve ainda a participação democrática da sociedade que, por meio do Conselho de Sentença e seus sete jurados, tem a responsabilidade de julgar o mérito da pretensão acusatória estatal; razão pela qual o trabalho intelectual aqui realizado merece ser sensivelmente mais elaborado.

Com efeito, a jurisprudência pátria passou por uma brusca mudança no ano de 2009 – acolhendo o entendimento que já era majoritário na doutrina –, no sentido de que a soberania dos veredictos não possuía o poder de afastar a incidência da vedação à *reformatio*

in pejus, tampouco essa tinha a força para limitar o livre julgamento do novo Conselho de Sentença formado em razão da cassação da decisão anterior por recurso exclusivo da defesa.

Contudo, um problema prático ainda permeia os mais diversos tribunais do país: a possibilidade de reconhecimento de circunstâncias fáticas mais graves pelo segundo Conselho de Sentença satisfaz, em tese, a soberania dos veredictos; mas o Juiz Presidente encontra-se limitado à sanção anteriormente imposta, de sorte a respeitar a vedação à *reformatio in pejus* indireta. Assim, têm-se dois julgamentos distintos realizados pelo Tribunal do Júri, mas apenas um deles é ignorado quando da imposição da pena pelo juiz togado.

Por tal razão, a solução encontrada foi a não quesitação de circunstâncias – qualificadoras ou não – que tivessem o poder de aumentar a pena do acusado ou piorar a sua situação em caso de nova condenação, ainda que a decisão de pronúncia originalmente tenha abrangido causas de aumento de pena *lato sensu*.

Só assim não teríamos o conflito entre duas decisões igualmente dotadas de capacidade, em tese, de gerar consequências na esfera jurídica do acusado. É que a soberania dos veredictos seria respeitada na medida em que os jurados ainda teriam o poder de decidir pela absolvição ou pela incidência de alguma causa de diminuição de pena; mas, em razão da vedação à reforma para pior, não lhes seria sequer conferida a possibilidade de agravar a situação do acusado.

Ter-se-ia, portanto, uma verdadeira ponderação de princípios constitucionais igualmente considerados, com a coexistência harmônica de ambos e sem o esvaziamento da esfera normativa de proteção de algum deles.

A quesitação de circunstâncias capazes de agravar a situação do acusado, como já demonstrado, não passa de um disfarce teórico desnecessário e ineficaz à suposta concretização da soberania dos veredictos; na medida em que tal princípio já alcança o fim a que se presta pela mera possibilidade conferida aos jurados do segundo julgamento de absolver o acusado ou de reconhecer-lhe alguma causa que melhore a sua situação em caso de nova condenação.

Dessarte, do ponto de vista teórico, merece aplausos a mudança ocorrida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na década passada. Contudo, na prática, a sutil alteração procedimental para deixar de lado a quesitação de circunstâncias já afastadas pelo Conselho de Sentença – cuja decisão fora cassada – ainda necessita ser implantada no âmbito de nossos tribunais, tudo em nome não só desses princípios mas também da economia e da celeridade processual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA JUNIOR, Salvador José; LEME, Tatiana Capochin Paes. *O princípio da reformatio in pejus indireta e o direito ao duplo grau de jurisdição no Tribunal do Juri*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, n. 50, junho a julho de 2008, p. 75-88.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 13 de fevereiro de 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 13 de fevereiro de 2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 37.101/PR. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 19 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=551357&num_registro=200401046578&data=20050627&formato=PDF>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 73.367-1/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 de março de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74448>>. Acesso em: 05 de ago. 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 89.544/RN. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 14 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/209_2.pdf>. Acesso em: 03 de ago. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacielli de. *Curso de processo penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2008.

RABELO, Galvão. *O princípio da ne reformatio in pejus Indireta nas Decisões do Tribunal do Juri*. Boletim do IBCCrim, n. 203, outubro de 2009, p 16-18.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Tribunal do Juri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

**O RESSUSCITAR DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO SISTEMA
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI
N. 402/2015 E DO *HABEAS CORPUS* N. 126.292**

Ilanna Rosa Dantas

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – muito se discutiu nas últimas décadas a possibilidade de execução provisória da pena, ou seja, a possibilidade de se impor ao indivíduo uma sanção penal tão logo seja confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição. Embora a questão parecesse definitivamente decidida desde o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal, o tema foi reavivado com o Projeto de Lei n. 402/2015, em trâmite no Senado, e com o giro jurisprudencial realizado pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, que se posicionaram pela admissibilidade da execução provisória. A essência deste trabalho é definir o conteúdo do princípio da presunção de inocência, analisar a possível contradição entre os fundamentos adotados pela Corte nos mencionados *habeas corpus* e verificar se a possibilidade de execução provisória se coaduna com a garantia do art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Execução provisória da pena.

Sumário – Introdução. 1. O princípio da presunção de inocência e seu conteúdo: uma unanimidade? 2. Execução provisória da pena: contradições entre os fundamentos do *Habeas Corpus* n. 84.078 e do *Habeas Corpus* n. 126.292. 3. Da inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em decisão de 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal fez ressurgir uma discussão que parecia há muito ter se pacificado, ao menos na jurisprudência dos Tribunais Superiores. A Suprema Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, reviu posição anterior, proferida no *Habeas Corpus* n. 84.078, para admitir a execução provisória da pena, instituto objeto da presente pesquisa científica. Mesmo antes da referida decisão, já tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei n. 402/2015, com o objetivo de possibilitar, desde o acórdão de segundo grau, confirmatório da sentença condenatória, o início do cumprimento da pena em determinados crimes.

A discussão quanto à possibilidade de execução provisória da pena deita suas raízes no confronto entre o art. 637 do Código de Processo Penal, de 1941, que atribui aos recursos de via extraordinária somente o efeito devolutivo, e o art. 5º, LVII, da Constituição da

República Federativa do Brasil, de 1988 c.c. art. 105 da Lei 7.210, de 1984, que apontam o trânsito em julgado como pressuposto à descaracterização da presunção de inocência e, conseqüentemente, ao início do cumprimento da pena.

Com efeito, a problemática advinda da possibilidade ou não da execução provisória da pena tem ampla relevância, diante das repercussões sócio-jurídicas que lhe são intrínsecas. Eventual posição a favor ou contra implicará na reanálise de diversos processos criminais em curso, atingindo, em última instância, o direito de locomoção de diversos indivíduos e, via reflexa, a própria dignidade da pessoa humana, fundamento máximo da CRFB/88. Portanto, é tema que merece reflexão, pois, embora o Supremo Tribunal Federal não esteja vinculado às suas próprias decisões, está subordinado aos limites consagrados na própria CRFB/88, bem como à ideia de vedação ao retrocesso.

Analisar-se-á, no primeiro capítulo, a adoção do princípio constitucional da presunção de inocência pelo sistema processual penal brasileiro, principalmente no tocante ao seu conteúdo, descompatibilizando as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes quanto à sua aplicação. Busca-se, com efeito, demonstrar que a interpretação do princípio em tela deve ser aquela que mais se coadune com a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo propõe um verdadeiro cotejo entre os fundamentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078 e do *Habeas Corpus* n. 126.292. Com tal cotejo, será possível entender o porquê da revisão do entendimento jurisprudencial e extrair eventuais contradições nos julgados mencionados.

Por fim, o terceiro capítulo enfrentará o clímax da discussão, ao ponderar se o Projeto de Lei n. 402/2015 e a decisão da Suprema Corte no *Habeas Corpus* n. 126.292 estão em conformidade com a CRFB/88 ou se são frutos da pressão popular por uma política penal mais severa.

A presente pesquisa se utilizará do método qualitativo, mais especificamente dos meios bibliográfico e estudo de caso.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU CONTEÚDO: UMA UNANIMIDADE?

Pelos idos do direito romano, já era possível visualizar o embrião da presunção de inocência nos escritos de Trajano¹. Todavia, com a instituição da Inquisição na Idade Média,

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.235.

tal lógica foi invertida, de forma que a insuficiência de uma prova equivalia a uma semiprova e comportava, desde logo, um juízo de semiculpa².

A consagração do princípio da presunção de inocência só ocorreria no fim do século XVIII, influenciado pelos ideais do Iluminismo, quando foi elevado ao *status* de direito positivo no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³. Posteriormente, tal princípio foi ratificado no art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, aprovada pela Organização das Nações Unidas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu art. 5º, LVII, a seguinte disposição: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵.

Com efeito, a redação do dispositivo constitucional fez com que alguns doutrinadores concluíssem que a CRFB/88 não teria adotado o princípio da presunção de inocência, mas o princípio da presunção de não culpabilidade, de menor amplitude, uma vez que coloca o acusado em uma posição de equidistância, entre a culpa e a inocência⁶. Explicita Paulo Rangel que “se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”⁷.

Para esta corrente, o réu deve ser tido como inocente apenas enquanto não confirmadas as premissas fáticas de autoria e materialidade do crime. Contudo, assentadas tais premissas, caso sobeje alguma questão eminentemente de direito a se discutir, é possível afastar-se a presunção de inocência, ainda que não se tenha operado o trânsito em julgado⁸.

Tal discussão perdeu um pouco a sua importância com a promulgação do Decreto n. 678/92, que internaliza a Convenção Americana de Direitos Humanos, dado que seu art. 8º

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 506.

³ FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 abr. 2016. “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2016. “Art. 11.1. Toda pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

⁶ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 56.

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

⁸ BORRINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. *Revista do Advogado*, v. 32, n. 117, p. 187, out. 2012.

expressamente coloca o acusado, ao qual não sobreveio condenação transitada em julgado, na condição jurídica de inocente⁹. Atualmente, a doutrina majoritária sustenta a sinonímia entre as denominações presunção de inocência e de não culpabilidade.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da presunção de inocência “impede a outorga de conseqüências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal”¹⁰. Entrando em miúdos, o referido princípio possui múltiplas acepções, podendo ser encarado: a) como uma garantia política do estado de inocência do acusado frente à atuação punitiva estatal; b) como regra de julgamento no caso de dúvida, impondo-se a absolvição do acusado caso a culpabilidade não seja suficientemente demonstrada, *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, reduzindo-se quaisquer medidas que importem em restrição de direitos¹¹.

Aury Lopes Jr. fala ainda em uma dimensão externa do princípio que, para além das garantias processuais, exige que o acusado seja protegido de publicidade abusiva, sendo vedada a exploração midiática do fato objeto do processo penal, sob pena de fragilização do *status* de inocente do acusado perante a sociedade, que, precocemente, o estigmatizaria como culpado¹².

Importa considerar que o direito fundamental insculpido no art. 5º, LVII, da CRFB/88¹³ ainda traz consigo substanciosas controvérsias quanto ao seu alcance normativo. Extreme de dúvidas que nenhum dos direitos fundamentais ostenta caráter absoluto. Todos eles comportam restrições¹⁴, sejam elas internas – imanentes ao seu próprio conteúdo – ou externas – decorrentes da necessidade de convivência de um direito com os demais. No que toca às limitações externas, Paulo Gustavo Gonet Branco enuncia que elas podem decorrer do próprio texto constitucional ou da colisão entre dois ou mais direitos fundamentais quando será necessária a realização de uma ponderação, tendo por critério o postulado da proporcionalidade e respeitado o chamado núcleo essencial do direito restringido¹⁵.

⁹ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2016. “Art. 8º. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa [...]”.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 539.

¹¹ VEGAS TORRES apud LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 237-238.

¹² LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 239.

¹³ Vide nota 5.

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 230.

¹⁵ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 143.

Nessa esteira de pensamento, Carlos Eduardo Fernandes Neves Ribeiro sustenta haver um direito fundamental à tutela penal efetiva, na medida em que o legislador constituinte, no art. 5º, LIX, da CRFB/88¹⁶, assegura ao cidadão o exercício da ação penal em razão da inércia do Ministério Público¹⁷. Eugênio Pacelli¹⁸ corrobora:

[...] pode-se chegar à conclusão de que aquele tipo de providência processual ali assegurada é posta, primeiro, como garantia difusa ou coletiva, a ser exercida, como regra, por órgão público, no interesse de todos, mas também como garantia individual (do particular, legitimado para a provocação da Justiça penal).

Para Ribeiro¹⁹, o direito à tutela penal efetiva tem a mesma envergadura hierárquica do direito à presunção de inocência, devendo o cidadão ter os seus direitos fundamentais protegidos em caso de agressão por terceiros, razão pela qual há de se admitir, em certos casos, a privação da liberdade do acusado mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como ocorre nas prisões cautelares. Inclusive o autor cita diversos países em que, a despeito da consagração do princípio da presunção de não culpabilidade, admite-se a execução da pena imposta antes de seu referendo pelo órgão jurisdicional máximo, tais como Inglaterra, Estados Unidos, França, Canadá, Alemanha, Portugal e Espanha.

Entretanto, essa não é a posição defendida por este trabalho científico. Mais do que instaurar uma nova ordem política, a Constituição trouxe consigo uma nova ordem de valores, especialmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da CRFB/88²⁰. Como norma suprema do ordenamento jurídico, serve de fundamento de validade de todo o sistema, conforme explica Luis Roberto Barroso²¹:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Portanto, partindo da premissa da máxima efetividade dos direitos constitucionais, deve a presunção de inocência ser “maximizada em todas as suas nuances”²². Não se pode

¹⁶ Vide nota 5.

¹⁷ RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise da legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 899, p. 403, set. 2010.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 35.

¹⁹ *Ibid.*, p. 408-409.

²⁰ Vide nota 5.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007, p. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

²² LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 239.



conceber a ideia de que o interesse abstrato da sociedade por um efetivo *jus puniendi* estatal prevaleça em face do direito concreto à dignidade do ser humano, independentemente do crime que lhe seja imputado²³. Portanto, o trânsito em julgado é *conditio sine qua non* da culpa penal²⁴ e, sem esta, qualquer restrição à liberdade do acusado é tida como inconstitucional.

2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: CONTRADIÇÕES ENTRE OS FUNDAMENTOS DO *HABEAS CORPUS* N. 84.078 E DO *HABEAS CORPUS* N. 126.292

Mesmo antes do advento da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal, na linha do que dispunham os artigos 594 e 637 do Código de Processo Penal²⁵, reiteradamente, entendia que o princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, posteriormente insculpido no art. 5º, LVII, da CRFB/88²⁶, não impedia a execução provisória da pena tão logo fosse confirmada a condenação pelo tribunal de segundo grau, ainda que na pendência de recursos de via extraordinária, ao argumento de que tanto o Recurso Extraordinário como o Recurso Especial não importavam a suspensão dos efeitos da decisão condenatória. Tal posição permaneceu pacificada na Suprema Corte durante muitas décadas²⁷.

Os reiterados julgados do STF a permitir a execução provisória da pena levaram à edição dos verbetes n. 716²⁸ e 717²⁹ de sua Súmula de jurisprudência, na sessão plenária do dia 24 de setembro de 2003.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento absolutamente majoritário também era pela possibilidade de execução provisória da pena privativa de

²³ SUANNES, Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 232.

²⁴ BORRINI, op. cit., p. 188.

²⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁶ Vide nota 5.

²⁷ Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira; HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmem Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Veloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 24 ago. 2016.

liberdade durante o trâmite dos recursos de via extraordinária, conforme se vê dos enunciados de súmula n. 9³⁰ e 267³¹ deste Egrégio Tribunal.

Com efeito, há de se ressaltar a posição diferenciada da 6ª Turma do STJ que, contrariamente à posição majoritária, defendia que a execução da pena privativa de liberdade tinha como pressuposto o trânsito em julgado em todas as instâncias, inclusive as chamadas instâncias superiores, por conta da inafastabilidade do princípio da presunção de inocência, afastando, portanto, a aplicação do verbete n. 267 da Súmula do STJ³².

Tudo parecia pacificado até que a referida discussão sobre a execução provisória da pena voltou a ser objeto de debate, desta vez no Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG³³, de relatoria do Min. Eros Grau. Em 5 de fevereiro de 2009, foi referendada a impossibilidade de execução da decisão condenatória antes do trânsito em julgado, por 7 votos a 4. O voto condutor do Min. Eros Grau foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Primeiramente, o Min. Eros Grau³⁴ ressaltou que os art. 105, 147 e 164 da Lei 7.210/84³⁵ – Lei de Execução Penal – exigem expressamente o trânsito em julgado da decisão condenatória tanto para o início da execução da pena privativa de liberdade como da pena restritiva de direito, bem como o colocam como pressuposto para que a sentença condenatória seja considerada como título executivo judicial. Explicitou ainda que tais preceitos se sobrepõem temporal e materialmente ao art. 637 do CPP³⁶.

Os Ministros se ativeram, principalmente, ao conteúdo do art. 5º, LVII, da CRFB/88³⁷ que, ao consagrar o princípio da presunção de inocência, estabelece uma garantia de tratamento ao acusado de que seja tratado como inocente até o trânsito em julgado de sua

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 267. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC n. 12.493. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2970532&num_registro=200700276958&data=20070625&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³⁴ Vide nota 33.

³⁵ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³⁶ Vide nota 25.

³⁷ Vide nota 5.



condenação, ou seja, de que ele não sofrerá nenhuma medida que atinja sua esfera jurídica com base em um juízo de culpabilidade que não é definitivo.

Destaque-se excerto do voto do Min. Carlos Ayres Britto³⁸:

Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: “o homem é inocente até prova em contrário”. A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado.

Como bem explica o Min. Celso de Mello³⁹, a presunção de inocência se descaracteriza em um único momento: o trânsito em julgado da condenação. Não há falar, então, em um esvaziamento progressivo dessa presunção à medida que se sucedem os graus de jurisdição, pois ostenta qualidade de direito fundamental que só pode ser restringido nas hipóteses expressamente previstas na própria CRFB/88. É o que também sustenta o Min. Eros Grau⁴⁰ ao afirmar que a ampla defesa não pode ser visualizada de modo restrito às instâncias ordinárias, pois ela engloba todas as fases processuais, inclusive as de natureza extraordinária, tendo o acusado direito de resistência à pretensão punitiva estatal.

O Min. Marco Aurélio⁴¹ elucida que, diferentemente do que ocorre no juízo cível, não há como se admitir a execução provisória no juízo criminal. No juízo cível, só se admite a execução de decisão ainda não transitada em julgado diante da garantia do juízo ou da prestação de uma caução pelo exequente, de modo que, sendo revista a decisão, torna-se possível o retorno ao *status quo ante*. Já no juízo penal, o que está em pauta é a liberdade de locomoção do indivíduo que, uma vez afetada, é completamente irreparável. Conforme complementa o Min. Carlos Britto⁴², há uma dimensão quádrupla do dano causado pelo encarceramento ao réu, que envolve o abalo psíquico, o desprestígio familiar, a desqualificação profissional e o desprestígio social.

Ainda no que diz respeito ao art. 5º, LVII, da CR/88⁴³, o Min. Gilmar Mendes⁴⁴ ressalta a incompatibilidade entre a ideia de prisão provisória e a finalidade de antecipação de pena, de forma a afrontar até mesmo o fundamento mais caro da nossa Constituição, qual seja

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Vide nota 5.

⁴⁴ Vide nota 33.

a dignidade da pessoa humana. Cezar Peluso⁴⁵ acrescenta que a garantia do devido processo legal impõe que o processo atenda às exigências da justiça, sendo completamente impossível falar em um processo justo que aplique ao réu, pelo simples fato de ser réu, a privação de sua liberdade, sob pena de se reduzir tal garantia constitucional a mero enunciado de ordem moral.

Portanto, toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado, à luz dos votos vencedores em tal julgamento, só é possível de forma excepcional caso comprovada sua cautelaridade. Por certo, o *fumus comissi delicti* já estará evidenciado pela sentença ou acórdão condenatórios, sendo necessário, contudo, que se demonstre o *periculum libertatis* mediante decisão fundamentada nas hipóteses do art. 312 do CPP⁴⁶, conciliando assim a ideia de liberdade individual e de justiça penal eficaz.

Ficaram vencidos neste julgamento os Ministros Joaquim Barbosa, Menezes Direito, Ellen Gracie e Carmem Lúcia, que sustentavam a possibilidade de execução provisória da pena, mantendo a jurisprudência até então firmada da Suprema Corte, sob os seguintes argumentos: (a) não se pode atribuir por via de interpretação efeito suspensivo aos recursos extraordinários, sendo certo que, por ocasião da confirmação da condenação em segundo grau, já estão assentadas as premissas fáticas de responsabilidade criminal do indivíduo, dado que os Tribunais Superiores são tribunais de teses, que somente analisam questões de direito; (b) o art. 5º, LVII, da CRFB/88⁴⁷ deve ser interpretado em conjunto com o art. 5º, LXI⁴⁸, que admite a prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária; (c) admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado com base em juízo de cognição sumária e não admitir a prisão para execução da pena com base em juízo de cognição exauriente viola o princípio da proporcionalidade; (d) a execução provisória é uma forma de proteção da vítima e de seus familiares, especialmente em crimes contra a vida.

Além desses, foram ainda suscitados os seguintes fundamentos: (e) a execução provisória é um mecanismo inibitório de manobras protelatórias visando à prescrição da pretensão punitiva; (f) vedação à proteção deficiente dos interesses sociais gerais de segurança; (g) autoridade e credibilidade das decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias; (h) inexistência de garantia irrestrita ao duplo grau de jurisdição, muito menos a um terceiro grau; (i) não há falar em presunção de não-culpabilidade quando a produção de provas em juízo tenha levado à prolação de uma decisão em desfavor do acusado, ainda que sujeita à

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Vide nota 25.

⁴⁷ Vide nota 5.

⁴⁸ Ibid.

revisão; (j) existência de outros mecanismos aptos a inibir os equívocos das instâncias ordinárias como as medidas cautelares para outorga de efeito suspensivo aos recursos extraordinários e o *habeas corpus*.

A decisão do STF no *Habeas Corpus* n. 84.078⁴⁹ foi a que predominou durante oito anos, até que, em fevereiro de 2016, o Plenário da Suprema Corte reuiu seu entendimento no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292⁵⁰ em decisão que surpreendeu a comunidade jurídica ao novamente admitir a execução provisória por 7 votos (Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Dias Toffoli) a 4 (Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello)⁵¹. Fixou-se a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por certo, tal mudança de entendimento muito se relaciona com a alteração da composição do STF, visto que, dos 11 Ministros votantes no HC 84.078⁵², somente 5 participaram do julgamento do HC 126.292⁵³. Há de se frisar também a posição do Min. Gilmar Mendes, que sustentou posição diametralmente oposta à por ele defendida no primeiro HC, inclusive, de forma contraditória, pois defendeu a ideia de “progressiva demonstração da culpa” a admitir a prisão após decisão do tribunal de apelação sobre a qual paire recursos sem efeito suspensivo e de fundamentação vinculada, como o RE e o REsp.

No julgamento do HC 126.292⁵⁴, além de retomar os fundamentos dos votos vencidos no HC 84.078⁵⁵, foram ainda considerados os seguintes argumentos a favor da execução provisória da pena: (a) a Constituição brasileira não condiciona a prisão, mas sim a culpabilidade, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (b) o menor peso do princípio da presunção de inocência ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, uma vez condenado o réu em segundo grau; (c) diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro e redução dos incentivos à criminalidade do colarinho branco; (d) quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal; (e) a parte

⁴⁹ Vide nota 33.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁵¹ Curiosamente, observe que a decisão proferida no HC 84.078/MG pela impossibilidade de execução provisória da pena também foi tomada por 7 votos a 4.

⁵² Vide nota 33.

⁵³ Vide nota 50.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Vide nota 33.

relativa ao mérito da acusação e às provas se torna indiscutível e imutável quando da condenação em segundo grau, trazendo ao lume o instituto da coisa julgada em capítulos.

São muitos os argumentos a serem considerados. Entrementes, é mais do que evidente que há uma contradição não apenas formal, mas substancial, entre aqueles invocados no HC 84.078⁵⁶ e os invocados no HC 126.292⁵⁷, a externar o seguinte questionamento: é possível que uma mesma questão suscite interpretações frontalmente opostas e, ao mesmo tempo, constitucionais? Evidente que não. Por isso, o próximo capítulo irá se incumbir de verificar qual dessas interpretações melhor se coaduna com a intenção do legislador constituinte.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Nos dizeres de Augusto Jobim do Amaral, não é inédito o cenário de notável esgarçamento do tecido democrático⁵⁸. Como se não bastasse a naturalização do abuso das prisões provisórias, a exploração midiática dos investigados e até mesmo as prisões como meio oblíquo para se extrair delações premiadas, surgem o PL 402/2015⁵⁹ e a decisão da Suprema Corte no *Habeas Corpus* n. 126.292⁶⁰ para fazer eco a esse cenário, mais uma vez com o apoio da grande mídia e de parte expressiva da população.

De início, relembre-se que, muito embora caiba ao intérprete discernir o sentido do texto constitucional a fim de extrair a norma jurídica aplicável ao caso⁶¹, sua atividade interpretativa não pode negar o próprio objeto da interpretação. Paulo Gonet⁶² esclarece:

[...] esse exercício [da atividade interpretativa] não pode conduzir à dissolução da Constituição no voluntarismo do juiz ou das opiniões das maiorias de cada instante. A força da Constituição acha-se também na segurança que ela gera – segurança inclusive quanto ao seu significado e ao seu poder de conformação de comportamentos futuros. A interpretação casuística da Constituição é esterilizante, como é também insensata a interpretação que queira compelir o novo, submetendo a sociedade a algo que ela própria, por seus processos democráticos, não decidiu.

Em outros termos, embora o STF, na condição de intérprete máximo da CRFB/88, possa promover aquilo que se entende por mutação constitucional⁶³, ele o faz em

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Vide nota 50.

⁵⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. Presunção de inocência – A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 24, n. 281, p.3, abr. 2016.

⁵⁹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 402, de 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121995>>. Acesso em: 07 set. 2016.

⁶⁰ Vide nota 50.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

⁶² MENDES; BRANCO, op. cit., p. 82.

subordinação aos limites consagrados na própria CRFB/88. Uma vez que o art. 5º, LVII, da Carta Magna⁶⁴ expressamente conjuga o reconhecimento de culpa ao trânsito em julgado da decisão condenatória, o STF, ao admitir a execução provisória da pena, considerou que trânsito em julgado é o mesmo que condenação em segundo grau, ou seja, nas melhores palavras de Lenio Luiz Streck⁶⁵, julgou inconstitucional o próprio texto constitucional, em violação às cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, III e IV, da CRFB/88⁶⁶ e ao princípio da vedação ao retrocesso.

Nem se diga que o legislador constituinte originário condicionou somente a culpabilidade ao trânsito em julgado e não a execução da pena por meio da prisão. Afinal, é possível se considerar alguém como inocente e, mesmo assim, lhe aplicar a sanção cabível a quem é culpado? A resposta é negativa. A condição de inocente importa que o réu não sofra nenhuma sanção típica de quem é culpado antes da solução definitiva da demanda, senão nas hipóteses expressamente ressalvadas pela própria CRFB/88, quais sejam as chamadas prisões cautelares que, dada sua excepcionalidade, dependem da demonstração dos requisitos insertos no art. 312 do CPP⁶⁷. Como diz Odone Sanguiné⁶⁸:

[...] afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada.

Também não há como se adotar a tese de que o acórdão condenatório de segundo grau assentaria, de forma definitiva, as premissas fáticas quanto à culpabilidade do acusado, sob pena de desprezar a real hipótese de as instâncias superiores reconhecerem, por exemplo, alguma ilegalidade que nulifique a execução da pena já iniciada. E, se isso ocorrer, quem será capaz de devolver ao réu a sua dignidade, o seu estado de inocência, a sua respeitabilidade social? Como outrora disse, no julgamento da Reclamação n. 2.391/PR, o Min. Cezar Peluso⁶⁹:

[...] uma eventual reforma da decisão, em que o réu tenha sido preso, não encontra nenhuma medida no campo jurídico capaz de restaurar o estado anterior, pois se trata de privação de liberdade, e sequer a indenização de ordem pecuniária, prevista

⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 128-130.

⁶⁴ Vide nota 5.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Consultor Jurídico*. 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 07 set. 2016.

⁶⁶ Vide nota 5.

⁶⁷ Vide nota 25.

⁶⁸ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 445.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.391, Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2152040>>. Acesso em: 07 set. 2016.

na Constituição, por erro na prisão compensa a perda da liberdade, que é o bem supremo do cidadão [...].

Vale dizer ainda que a execução antecipada da pena é absolutamente incompatível com o princípio da proporcionalidade sob dois vieses. Em um primeiro viés, não há como se admitir a execução definitiva de uma pena de privação de liberdade antes do trânsito em julgado se, mesmo no âmbito cível, só é possível a execução provisória e, mesmo assim, se houver garantia que possibilite a reversão ao estado anterior⁷⁰. Em um segundo viés, abalroa-se o subprincípio da necessidade ao se legitimar a prisão antes do trânsito em julgado sem que o magistrado tenha que declinar a necessidade dessa medida excepcional, conforme Rubens Casara⁷¹:

O princípio da proporcionalidade existe em uma tentativa de racionalizar os atos dos diversos Poderes, do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Por que ele [referência ao PL 402/2015] viola o princípio da proporcionalidade? Justamente porque proporciona a prisão de pessoas em situações em que o Estado não comprova a necessidade daquela pessoa ser presa. Vale lembrar que, hoje, qualquer pessoa, desde que comprovada a necessidade dela ser afastada da sociedade, desde que comprovada a existência de um risco processual, ou seja, que a liberdade dessa pessoa coloca em risco a eficácia prática do processo penal ou da execução penal, [...] pode ser presa.

Ademais, se os réus vêm se utilizando de recursos manifestamente protelatórios a fim de que a prescrição penal seja alcançada nos chamados recursos de via extraordinária, tal culpa não pode recair exclusivamente sobre eles, mormente quando se está a falar de um Judiciário extremamente lento e de um sistema recursal criado pelo próprio legislador ordinário e que permite tais manobras. O que não se pode é dividir o processo penal em duas fases – instâncias ordinárias e extraordinárias – e reduzir a ampla defesa somente à primeira. Nesse sentido:

Todo cidadão em território nacional é inocente até o trânsito em julgado das decisões penais, ou seja, até não existirem mais recursos. É o que impõe a Constituição Federal. Se os recursos demoram para serem julgados, esse é um problema estrutural do Poder Judiciário, não da cidadania. Seria, no âmbito da saúde pública, como culpar os doentes pela falta de atendimento ou de hospitais.⁷²

Com efeito, há de se rechaçar também qualquer argumentação no sentido de existirem outros mecanismos disponibilizados ao réu como forma de inibir os equívocos das

⁷⁰ Vide nota 46.

⁷¹ Fala transcrita pelo autor do artigo do debate do PLS 402/2015 na Comissão de Constituição e Justiça, transmitido pela TV Senado em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-pl-4022015-video-do-juiz-rubens-casara/>>. Acesso em: 06 set. 2016.

⁷² Trecho extraído da Nota Pública emitida pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), na data de 18 de fevereiro de 2016, em manifestação à decisão do Plenário do STF no julgamento do HC 126.292. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/index.php/2016/02/18/nota-publica-iddd-manifesta-indignacao-e-preocupacao-a-respeito-da-decisao-do-stf-sobre-cumprimento-das-condenacoes-antes-mesmo-de-se-tornarem-definitivas/>>. Acesso em: 07 set. 2016.



instâncias ordinárias. Tal ideia vai de encontro à dimensão probatória do princípio da presunção de inocência, que atribui ao Estado, detentor do *jus puniendi*, o ônus de provar que aquele indivíduo precisa ser preso. Como diz Rubens Casara⁷³, a execução antecipada da pena transfere ao imputado o ônus de provar que, uma vez solto, não irá fugir ou praticar novas infrações, ônus esse praticamente impossível de desincumbir-se, configurando aquilo que se entende por prova diabólica ou prova de fato negativo.

Decerto, não há como ponderar interesses de densidades distintas: de um lado, o interesse abstrato da sociedade à segurança e, de outro, o interesse concreto do indivíduo ao respeito à sua liberdade. Fosse o contrário, os direitos individuais seriam sempre casuisticamente aniquilados. Por isso, o dizer do Min. Teori Zavascki, na Relatoria do *Habeas Corpus* n. 126.292, de que é preciso “atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade”⁷⁴ representa uma falaciosa dicotomia e deixa claro que tal decisão surge em um contexto peculiar de uma megaoperação de combate à corrupção em curso no Poder Judiciário. Não cabe a Suprema Corte orientar seus julgamentos pelo que acredite ser a vontade popular, mas sim garantir e proteger os valores fundamentais, tal qual a presunção de inocência, independentemente de pressões exercidas pela mídia ou pela sociedade.

Por fim, é hora de tomar uma decisão. Seguiremos revivendo os resquícios de sistema inquisitório que ainda insistem em nos perseguir ou abraçaremos a justiça do sistema acusatório de uma vez por todas? Em um Estado Democrático de Direito, cujo objetivo fundamental é a dignidade da pessoa humana, não temos outra opção senão a segunda.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a polêmica doutrinária e jurisprudencial que, há anos, tem anuviado o tema da execução provisória da pena. O cerne da questão está na possibilidade de se executar provisoriamente o acórdão condenatório de segundo grau enquanto ainda pendente os recursos de via extraordinária à luz do princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CRFB/88.

Como visto no decorrer desta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal tem oscilado no exame de tal controvérsia, sendo possível reconhecer três diferentes momentos em sua jurisprudência.

⁷³ Vide nota 70.

⁷⁴ Vide nota 50.

Em uma primeira fase, até o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, os julgados se alinhavam, em sua maioria, pela constitucionalidade da execução provisória, tendo como principal argumento o fato de que as premissas fáticas de autoria e materialidade do crime são definidas já no acórdão condenatório de segundo grau, visto que os recursos de via extraordinária não têm efeito suspensivo e não procedem ao reexame dos fatos.

Posteriormente, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078 representa uma reviravolta na jurisprudência até então firmada, pois a Suprema Corte passou a sustentar a inconstitucionalidade da execução provisória, uma vez que o princípio constitucional da presunção de inocência condiciona tal execução ao trânsito em julgado da condenação penal.

Por fim, em um terceiro momento, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, o STF voltou a se pronunciar pela constitucionalidade da execução provisória, o que suscitou diversas críticas na doutrina, principalmente diante da violação de ideais hoje tão caros para o direito processual penal brasileiro, como o garantismo penal, a adoção do sistema acusatório e a máxima da vedação ao retrocesso.

Conquanto a tese da constitucionalidade seja baseada em argumentos sólidos, tal qual a necessidade de se prestigiar o interesse social por segurança pública, olvidou-se a Suprema Corte de que, na sua função de guardião da CRFB/88, deve conferir a máxima efetividade aos preceitos constitucionais, especialmente aos direitos e garantias fundamentais, como a garantia de não sofrer qualquer restrição ou sanção em sua liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 não teve efeitos vinculantes, instaurando um verdadeiro estado de insegurança jurídica para os réus, pois, logo em seguida, surgiram decisões de Ministros do STF em sentido contrário, como se vê da liminar proferida no *Habeas Corpus* n. 135.100, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, e da liminar proferida no *Habeas Corpus* n. 135.752, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, os quais tinham ficado vencidos no *Habeas Corpus* n. 126.292.

O Supremo Tribunal Federal novamente voltou a se manifestar sobre o tema, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, na qual se pretendia a confirmação da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.403/11. Em sede de medida cautelar, reafirmou a posição adotada no *Habeas Corpus* n. 126.292 no sentido de que é possível a prisão após condenação em segundo grau, decisão esta que produzirá efeitos vinculantes no momento em que for publicado o acórdão. Há de se aguardar, contudo, o julgamento de mérito das respectivas ações a fim de que se pacifique, ao menos em tese, a questão.



Extrême de dúvidas que reformas são cogitáveis, a exemplo da restrição do cabimento de determinados recursos de caráter excepcional. Contudo, se esse é o objetivo, que tal discussão seja feita com respeito ao devido processo legislativo e no órgão competente para a concretização dessa mudança, o Congresso Nacional. O que não se pode admitir é que a Suprema Corte desconsidere o próprio texto constitucional em nome de uma suposta resposta a mazelas sociais extremamente complexas. Como diz o ditado popular, não adianta tapar o sol com a peneira.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. Presunção de inocência – A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 24, n. 281, abr. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

BORRINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. *Revista do Advogado*, v. 32, n. 117, out. 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 402, de 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121995>>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC n. 12.493. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2970532&num_registro=200700276958&data=20070625&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 ago. 2016.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 9. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 267. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.391, Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2152040>>. Acesso em: 07 set. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 716. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 717. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 24 ago. 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 128-130.
- FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 02 abr. 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.



OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise da legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 899, set. 2010.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Consultor Jurídico*. 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 07 set. 2016.

SUANNES, Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999.

VEGAS TORRES apud LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

O *INSIDER TRADING* NO DIREITO PENAL ECONÔMICO BRASILEIRO: SUAS CONTROVÉRSIAS, DEFASAGENS, APLICABILIDADE E (IN)EFICÁCIA

Isabela Brandão da Cunha

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogada.

Resumo: o *insider trading* mostrou-se um autêntico *white-collar-crime* cuja tipificação no ordenamento jurídico se deu apenas no ano de 2001 com a inclusão, pela Lei n. 10.303, do art. 27-D na Lei n. 6.385/76, sob a rubrica de “uso indevido de informação privilegiada”. Até então, a prática de se utilizar a informação privilegiada, adquirida em razão da atividade profissional, em benefício próprio ou de terceiros, era repreendida apenas na esfera administrativa, pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, sendo possível, ainda, a responsabilização civil. A essência do trabalho é abordar a imprescindibilidade do Direito Penal Econômico a fim de se garantir o equilíbrio no mercado de valores e o desenvolvimento da economia nacional.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. *Insider Trading*.

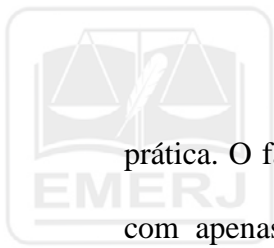
Sumário: Introdução. 1. O Direito Penal Econômico e a Reprovabilidade dos Crimes de Colarinho Branco. 2. A Necessidade da Intervenção do Direito Penal e o Princípio da *Última Ratio*. 3. O Recente Combate ao *Insider Trading* no Brasil e os Aspectos Penais Controvertidos na Legislação Brasileira que Criminaliza o *Insider Trading*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as controvérsias, as defasagens, a aplicabilidade e a (in)eficácia no combate à conduta do uso indevido de informação privilegiada, o crime de *insider trading*.

Até o ano de 2001 a prática do *insider trading* era punida apenas no âmbito administrativo, pela Comissão de Valores Mobiliários, havendo ainda a hipótese de responsabilização civil com indenizações pleiteadas pelos investidores lesados. Somente com a Lei n. 10.303 de 2001, que inseriu o art. 27-D na Lei n. 6.385/76, é que a conduta foi criminalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, apesar de a figura típica em referência já integrar o ordenamento pátrio, o combate ao *insider trading* no Brasil ainda é bastante incipiente, carecendo de aplicação



prática. O fato de até hoje, 15 (quinze) anos depois da criminalização da conduta, contarmos com apenas uma sentença penal condenatória no país pelo uso indevido de informação privilegiada, é por si só, a comprovação disso. Seria essa impunidade decorrência do fato de estarmos diante de um típico crime de colarinho branco?

Para uma melhor compreensão do tema, inicia-se o primeiro capítulo, apresentando o conceito de Direito Penal Econômico e analisando o grau de reprovabilidade da prática dos *White-Collar Crimes*; crimes que demandam conhecimentos sofisticados e que vão além das fronteiras da questão social para alcançar pessoas que tiveram oportunidades e boa formação profissional, fazendo surgir uma criminalidade mais inteligente e apurada.

No capítulo seguinte, procura-se demonstrar que com o incremento da macro criminalidade no país faz-se imprescindível a efetiva intervenção do Direito Penal, sem que isso represente uma afronta ao princípio da *ultima ratio*.

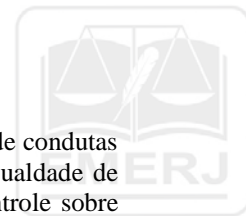
Na sequência, o terceiro capítulo destaca a necessidade de um maior objetivismo na tipificação do *insider trading* a fim de que se reduzam as defasagens presentes na lei brasileira, garantindo, assim, melhor eficácia no combate ao uso indevido de informações privilegiadas.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, tendo como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos - e a jurisprudência, embora esta última ainda seja bastante escassa no Direito Penal Brasileiro.

1. O DIREITO PENAL ECONÔMICO E A REPROVABILIDADE DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

O professor Thiago Bottino¹, define o Direito Penal Econômico como sendo:

¹ BOTTINO, Thiago. *Curso de Direito Penal Econômico* – FGV Rio. 2013.2, p. 4. Disponível em <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_20132.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.



[...] o ramo do Direito Penal voltado para identificação e criminalização de condutas que afetam o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, a igualdade de condições e oportunidades econômicas, a arrecadação tributária e o controle sobre fluxos financeiros. Tais condutas são praticadas nas relações comerciais ou na atividade empresarial, pelos administradores, diretores ou sócios, geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou violação da relação de confiança.

Diante de tal definição, pode-se dizer que o Direito Penal Econômico tem como escopo a proteção da atividade econômica desenvolvida na economia de livre mercado. E isso se justifica, especialmente, diante das transformações sociais operadas pelo fenômeno da globalização, potencializado em grande parte, pelas novas oportunidades decorrentes do comércio eletrônico, da internet, do surgimento de novos mercados passíveis de “exploração e conquista”, além do aumento no número de potenciais investidores.

De acordo com Jesús María Silva², os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica permitem o surgimento de novas formas delitivas. O autor sustenta ainda, que além de a integração gerar uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, ela contribui para aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência como fenômeno marginal.

Constata-se, assim, que o crime econômico foge daquele paradigma de criminalidade clássica fundada nas variáveis sociais, em que os menos abastados, sofrendores das injustiças sociais – carentes de educação, saúde, alimentação, segurança e outras condições dignas de sobrevivência – seriam os únicos propensos a delinquir. O delinquente econômico, pelo contrário, tem como pressuposto a condição de integrante da alta classe socioeconômica e, na realidade, em muitas situações, nem mesmo se considera criminoso, além de não ser visto por grande parte da sociedade como tal.

² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.



Observando tais circunstâncias, Edwin Sutherland³ chega à conclusão de que não é possível uma relação direta entre criminalidade e disfunção ou inadaptção dos indivíduos das classes baixas e, justamente por isso, seria necessário procurar um fator comum para explicar a criminalidade, algo que justificasse o comportamento criminoso tanto nos indivíduos das classes altas quanto nos das classes mais baixas. Este fator seria, segundo Sutherland, a aprendizagem.

Conforme destaca Eduardo Viana Portela Neves⁴, para Sutherland (1999, p. 312), as condutas desviadas relacionam-se, pois, com o processo de aprendizagem, que pode ocorrer com indivíduo de qualquer classe social. Por isso afirmava que a conduta se aprende como qualquer outra conduta e que, portanto, as patologias sociais e pessoais não têm papel essencial na origem do delito, sendo a criminalidade algo inerente ao ser humano e que se manifesta em todas as classes sociais, incluindo aquelas economicamente mais favorecidas.

Essas transgressões à lei por parte de pessoas da alta classe socioeconômica, foram chamadas por Sutherland⁵ de *white-collar crimes* – na Sociedade Americana de Sociologia, em dezembro de 1939 – podendo ser definido, em síntese, como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* social elevado no curso de sua ocupação profissional. Daí porque, a reprovabilidade a esses delitos econômicos deveria ser muito mais consistente e sua repreensão, consideravelmente mais efetiva.

É nessa categoria em que se enquadra a conduta de *insider trading*, um autêntico *white-collar crime*, que nas palavras de Nelson Eizirik⁶, é definido, simplifcadamente, como:

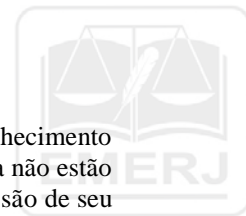
[...] a utilização de informações relevantes sobre uma companhia, por parte das pessoas que, por força do exercício profissional, estão ‘por dentro’ de seus negócios,

³ SUTHERLAND, *apud* NEVES, Eduardo Viana Portela. *Inovações no direito penal econômico* - Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas. A atualidade de Edwin H. Sutherland. ESMPU, 2011, p.53.

⁴ *Ibidem.*, p. 53-54.

⁵ SUTHERLAND, *apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico* - Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. ESMPU, 2011, p. 113/114.

⁶ EIZIRIK, Nelson. Insider Trading e Responsabilidade do Administrador de Companhia Aberta. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 50, p. 42/56, 1983.



para transacionar com suas ações antes que tais informações sejam de conhecimento público. Assim, o *insider* compra ou vende no mercado a preços que ainda não estão refletindo o impacto de determinadas informações sobre a companhia que são de seu conhecimento exclusivo [...].

Pode-se dizer, então, que o *insider* é o detentor do dever de sigilo das informações relevantes e estas, por sua vez, são as informações que podem influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários de emissão de determinada companhia, afetando a decisão dos investidores no que diz respeito à venda, compra ou retenção desses valores.

Dessa forma, a ideia fundamental que se pretende no combate à prática de *insider trading* é a clareza e a transparência no mercado de valores, erradicando-se a manipulação da informação e a especulação injusta das ações, a fim de se alcançar a confiança no mercado. Mas para tanto, é imprescindível conjugar o segredo (dever de sigilo) com a máxima informação pública (transparência) – uma aparente contradição em termos que consagra o princípio do *full disclosure*⁷.

2. A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA ÚLTIMA RATIO

Como visto, está-se diante de uma nova forma de criminalidade que se baseia na tentativa de maximizar ganhos, tornando comum a prática de condutas como infiltração no aparelho governamental (corrupção), uso indevido de informações privilegiadas (interferindo no funcionamento livre da economia e na estabilização do valor do bem por meio da oferta e da demanda), criação de situações artificiais de risco (criando bolhas especulativas cujo

⁷ Nas palavras de Modesto Carvalhosa: a publicidade de fatos relevantes - *full disclosure* - coloca os acionistas da companhia e os investidores em situação de avaliarem a oportunidade, o preço e as condições dos negócios de aquisição, e a alienação de valores mobiliários pela companhia. No entanto, não houve respeito a tal dever. Consistem em fundamentos do *disclosure* os deveres de informação e de lealdade, sendo certo que por meio dele são fornecidas aos acionistas, investidores e ao público informações sobre os negócios da companhia. O fornecimento de informações deverá ser feito 'acurada e prontamente', sendo este o mecanismo pelo qual os administradores colocam tais pessoas numa posição de autoproteção, na medida em que se tornam capazes de adquirir ou de alienar os valores mobiliários com pleno conhecimento dos fatos negociais relacionados com a companhia que os emitiu". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, p. 157/158, 2009.



estouro gera perdas para toda a economia e diminuição da confiança dos investidores no mercado).⁸

Não resta dúvida de que são todas condutas de difícil identificação e, conseqüentemente, de difícil punição e imensuráveis prejuízos, conforme ressalta João da Costa Andrade⁹:

[...] claro que, para que exista imputação penal é imprescindível a determinação/individualização do agente da infração. Todavia, tendo em conta o modelo de sociedade em que vivemos, as relações funcionais tornam-se cada vez mais complexas, existindo grandes e sérias dificuldades, máxime jurídico-processuais de individualizar os agentes das infrações. Acresce, ainda, a tendência para a determinação das vítimas das infrações. Os crimes do direito penal econômico atingem milhares de vítimas directas (pequenos investidores) e indirectamente toda a economia, afirmação que se justifica, se se atender, por exemplo, aos crimes de *insider trading* e branqueamento de capitais. Crimes que, para além daquela característica, provocam ainda uma cadeia serial de agressões revelada nos resultados penalmente desvaliosos, pois a criminalidade econômica tem um potencial de lesão não comparável ao das infrações do direito penal comum, o que provoca forte abalo dos alicerces societários [...].

Diante disso, torna-se evidente a necessidade do aprimoramento desse ramo do Direito Penal – o econômico – voltado especificamente à sanção de certas condutas que não só afetam as relações econômicas, como também, lesam bens jurídicos ultrapassando o limite do ilícito administrativo-econômico. Para tanto, faz-se mister uma política intervencionista estatal na economia, garantindo um controle efetivo dos ataques à ordem econômica, através de normas de organização de mercado não somente nas esferas civil e administrativa, mas também na esfera penal.

Embora comprovada a necessidade da atuação estatal na economia por meio do Direito Penal, cabe ressaltar que a subsidiariedade deste deve se estender ao Direito Penal Econômico, tratando-se, portanto, do último recurso normativo para a prevenção de uma ruptura no equilíbrio imprescindível ao desenvolvimento normal das etapas do fenômeno econômico – *princípio da última ratio*.

⁸ BOTTINO, op. cit. p. 9.

⁹ ANDRADE, João Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal. In: COSTA, José de Faria (Coord.) *Temas de direito penal econômico*. Portugal: Coimbra, 2005, p. 26/27.

Neste sentido, o Professor Artur de Brito Gueiros Souza¹⁰ citando Luis Arroyo

Zapateiro, explica:

[...] a primeira condição de legitimidade de uma infração penal é que ela se dirija à tutela de um bem jurídico.

Segundo o autor, o mal causado por intermédio da imposição de uma pena somente se conforma com o princípio da proporcionalidade se, como ele, “se protege um interesse essencial para o cidadão ou à vida em comunidade” (Arroyo Zapateiro, 1998, p. 2). Isso se estende, é claro, ao Direito Penal Econômico, razão pela qual, no seu entender, suas incriminações devem assegurar:

- A capacidade de intervenção financeira do Estado frente à diminuição fraudulenta de seus ingressos fiscais e de seguridade social, bem como a obtenção e desfrute, sem fraudes, de suas subvenções e prestações.
- As regras, estabelecidas por disposições legais, de comportamento dos agentes econômicos nos mercados.
- Os bens e direitos específicos da participação dos indivíduos como agentes da vida econômica (Arroyo Zapateiro, 1998, p. 3).

De todo modo, analisando a vinculação do Direito Penal Econômico para com os interesses acima indicados, Arroyo Zapatero observa que o princípio da proporcionalidade obriga o legislador a fazer a opção, dentre as diversas medidas ao seu dispor para alcançar um determinado fim, por aquela que venha a ser menos gravosa para o cidadão. “Cuida-se, pois, do atendimento ao critério *de última ratio* ou subsidiariedade, obviamente incidente nas incriminações socioeconômicas (Arroyo Zapateiro, 1998, p. 5).

O que se observa no ordenamento jurídico brasileiro é que a subsidiariedade do Direito Penal Econômico, no que diz respeito, em especial, a conduta do *insider trading*, vigorou até o ano de 2001, momento em que ficou evidente que as sanções administrativas e responsabilizações civis não eram suficientemente inibitórias, em especial diante do desenvolvimento do sistema financeiro nacional, fazendo-se necessário criminalizar tal conduta.

3. O RECENTE COMBATE AO *INSIDER TRADING* NO BRASIL E OS ASPECTOS PENAIS CONTROVERTIDOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUE O CRIMINALIZA

A fim de garantir maior segurança, transparência e eficiência às operações do Mercado de Valores Mobiliários foi sendo criada uma estrutura normativa operacional. Nesse contexto foram editadas, em 1976, a Lei n. 6.385, que disciplina o mercado de capitais e cria a

¹⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico* - Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. Brasília/DF: ESMPU, 2011, p.120.



Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Lei n. 6.404, que disciplina as sociedades anônimas.

Evidentemente, essas leis foram sofrendo alterações no decorrer dos anos, tendo em vista a necessidade de adequação à realidade. E dentre essas alterações está a inserção do art. 27-D à Lei n. 6.385/76¹¹, por meio da Lei n. 10.303/01. Esse dispositivo criminalizou a conduta do *insider trading* no Brasil, sob a rubrica do “Uso Indevido de Informação Privilegiada”:

Art. 27-D da Lei 6.385/76. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Há na doutrina grande divergência de posicionamentos quanto a diversos aspectos dessa norma, merecendo destaque, inicialmente, a dúvida em torno do bem jurídico que se pretendeu proteger.

Uma primeira corrente capitaneada por João Carlos Castellar¹² defende que o objeto de proteção quanto ao uso indevido de informação privilegiada dever ser o “regular funcionamento do mercado de valores”, o que se garante, essencialmente, por meio da transparência das informações no mercado. Essa transparência e ampla divulgação das informações tem como fundamento o princípio da igualdade de todos ante a informação, pois assim, desfrutando igualmente das oportunidades, os investidores terão as mesmas condições para decidir sobre seus investimentos.

Diante disso, constata-se que a negociação de um valor mobiliário a partir de uma informação privilegiada, ou seja, ainda não compartilhada com o público, representa a

¹¹BRASIL. Lei n. 6.835, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6.835.htm>. Acesso em 06 set. 2016.

¹² CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos - uso indevido de informação privilegiada, manipulação de mercado e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 103.



violação a essa regra básica da igual divisão do risco entre todos, razão pela qual se faz tão importante criminalizar o abuso de informação.

De outro lado, uma segunda corrente entende que o bem jurídico a ser tutelado na prática do *insider trading* é a “confiança”, pois a partir do momento em que alguém se utilizar de informação privilegiada, estará traindo a confiança que o conjunto de investidores depositou no mercado de capitais, além de obter vantagem econômica em prejuízo aos demais.

Nesse sentido, sustentam José de Faria Costa e Maria Elisabete Ramos¹³ que a tutela penal conferida pela incriminação do abuso de informação é necessária e imprescindível para a proteção da confiança dos investidores, mas em caráter supra- individual, pois a transação baseada na informação privilegiada não atinge somente os investidores da empresa em que gira a questão, e sim todo o universo de acionistas, efetivos e potenciais, inseridos no mercado de capitais, de forma que as negociações que se baseiam em informação privilegiada, desestabiliza o mercado, comprometendo-lhe, por conseguinte a eficiência.

Destaque-se, porém, que as imprecisões da norma não se limitam a questão do bem jurídico que se pretendeu tutelar. De acordo com o dispositivo em análise, a informação ora utilizada deve ser relevante, capaz de provocar uma alteração no preço dos valores mobiliários da companhia negociáveis no mercado de ações quando de sua divulgação ao público. A vantagem indevida, portanto, estaria caracterizada pela possibilidade de se obter proveito de futura alteração de valores, seja pela venda de ações que tenderiam a desvalorizar, seja pela compra de ações que tenderiam a ter seu preço valorizado. Assim, não será qualquer ato de disposição da informação que permitirá a incidência da norma.

¹³ COSTA, José de Faria; RAMOS, Maria Elisabete. *O crime de abuso de informação privilegiada (insider trading)*. A informação enquanto problema jurídico-penal. Portugal: Coimbra, 2006, p. 59/60.



Desse modo, a utilização da informação relevante ainda não divulgada ao mercado somente adquirirá relevo penal se utilizada por meio de negociação com valores mobiliários, revelando-se, portanto, atípica a conduta do agente que, estando na posse de informação que ele avalia como privilegiada, deixa de negociar, trocar, vender ou subscrever, ainda que esta abstenção implique um benefício.

Quanto a isso, Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda¹⁴ observam que a deficiência legislativa provoca esse paradoxo, qual seja, a atipicidade da conduta de quem obtém vantagem indevida deixando de negociar valores mobiliários em razão de informação privilegiada, embora seja punível a conduta daquele que compra ou vende valores mobiliários de posse de uma informação sigilosa e relevante, mesmo que não obtenha lucro ou qualquer outra vantagem.

Outra imprecisão que merece destaque é quanto ao sujeito ativo deste crime. O art. 27-D da Lei n. 6.385/7615 prevê que o crime de uso indevido de informação privilegiada é cometido por aquele que tenha conhecimento e deva manter sigilo sobre a informação relevante ainda não divulgada ao mercado.

No entanto, outras normas do ordenamento jurídico brasileiro que também tratam do dever de sigilo, dispõem em sentido diverso. O parágrafo 1º do art. 155 da Lei n. 6.404/76¹⁶ seria aplicável somente aos membros do conselho de administração; da diretoria; de órgãos criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores; e do conselho fiscal. Destaque-se, porém, que por força do art. 260, da Lei n. 6.404/76¹⁷, o dever de sigilo também é estendido, no caso de ofertas públicas, ao ofertante e à instituição financeira intermediária.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto e BREDÁ, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Capítulo XXVI – Uso Indevido de Informação Privilegiada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 388.

¹⁵BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁶BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁷ Ibidem. Acesso em: 06 set. 2016.



Extensão semelhante é feita, ainda, pelo art. 8º da Instrução Normativa n. 358/02 da CVM¹⁸, que obriga os acionistas controladores a guardarem sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado.

Além disso, por força do art. 22, parágrafo 1º, inciso V da Lei n. 6.385/76 combinado com o art. 12 da Instrução Normativa n. 358/02, acionistas minoritários – assim considerados aqueles com participação de, pelo menos, 5% no capital social da companhia aberta –, também estariam abrangidos pelo dever de guardar sigilo.

Ademais, o parágrafo 4º do art. 155 da Lei n. 6.404/76¹⁹ redimensionou a vedação quanto a utilização de informação relevante ainda não divulgada, utilizando-se da expressão “qualquer pessoa” – ampliando-se ainda mais o conceito de *insider*.

No que diz respeito ao sujeito passivo do crime de *insider trading*, o entendimento também não é pacífico. Se de um lado há quem entenda que é o Estado o ofendido imediato, já que se trata de um crime que tutela interesses coletivos supra individuais²⁰; de outro, há quem defenda que o sujeito passivo desse crime é todo aquele que tenha sofrido um prejuízo patrimonial (perdas ou lucros cessantes)²¹. Mas nesse aspecto, o posicionamento mais acertado parece o exposto por Áureo Natal de Paula²², que além de considerar como sujeito passivo, em especial, os titulares de valores mobiliários e os investidores nesse mercado, considera, em geral, toda a coletividade que se vê prejudicada pela insegurança dessa atividade.

¹⁸BRASIL. Instrução Normativa n. 358 de 3 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst358.html>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁹BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 386.

²¹ CASTELLAR, op. cit., p. 115.

²² DE PAULA, Áureo Natal. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais*. Comentários à Lei 7.492/86 e aos artigos incluídos pela Lei 10.303/01 à Lei 6.835/76. Doutrina e Jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2009, p. 37.



Por fim, dentre as várias lacunas referentes ao crime do uso indevido de informação privilegiada, a norma não é precisa também quanto ao momento consumativo da conduta. Diante disso, há quem sustente que a consumação desse crime se dá com a utilização indevida da informação privilegiada, não sendo necessário, portanto, nenhum resultado²³. Isto é, a obtenção da vantagem seria mero exaurimento, conseqüentemente, prescindível. Acolher esse entendimento significa considerar que esse crime não é passível de tentativa.

No entanto, é plenamente defensável a tese em sentido oposto, qual seja, a de que o crime só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem indevida (crime material), admitindo-se, portanto, a tentativa. Fundamentando tal posicionamento, João Carlos Castellar esclarece que, em se tratando a vantagem pretendida, de um resultado que depende de outras circunstâncias que lhe são imprescindíveis, tal como a estabilidade do mercado, sempre relativa, o agente pode usar a informação privilegiada e ainda assim não obter a vantagem, configurando-se, com isso, a tentativa²⁴.

Dessa sucinta análise sobre o dispositivo, percebe-se o quão complexo é identificar a prática desse delito, provável motivo pelo qual, no Brasil, existe apenas uma sentença penal condenatória²⁵ até os dias atuais.

CONCLUSÃO

²³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de insider trading. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.19, n. 90, p. 150, mai./jun. 2011.

²⁴ CASTELLAR, op. cit., p. 123.

²⁵ Trata-se do famoso caso Sadia/Perdigão que diz respeito à Oferta Pública de Aquisição (OPA) da Sadia pelo controle acionário da concorrente Perdigão, ocorrida em 2006. A 5ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Gurgel de Faria, reconheceu, por unanimidade, que a conduta do ex-diretor da Sadia, Luiz Gonzaga Murat Jr., se submete à norma prevista no art. 27-D da Lei 6.835/76. O acusado era o responsável pelo zelo e divulgação dos chamados fatos relevantes ao mercado, informações capazes de influenciar a decisão dos investidores de comprar ou vender ações. De acordo com a regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários, era dele a função de impedir negociações baseadas em informações privilegiadas. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.569.171. Relator Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=perdig%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&=t rue>>. Acesso em: 19 set. 2016.



Não restam dúvidas de que a criminalização do *insider trading*, bem como de outros crimes contra o mercado de capitais representou um grande progresso do Direito Penal Econômico Brasileiro, um ramo do Direito que como visto, tem por objetivo defender a ordem e o equilíbrio econômicos de condutas ilícitas que se desligam, por completo, da questão social, adentrando na ambição excessiva e inescrupulosa do chamado criminoso de colarinho branco.

Nesse breve estudo o *insider trading* mostrou-se um típico caso de *white collar crime*, em que pessoa de respeitabilidade e *status* social elevado se vale do exercício de sua profissão para auferir vantagem econômica para si ou para outrem, ignorando, por completo, qualquer restrição ética, moral ou mesmo jurídica.

De fato, como se pôde observar, a identificação e a individualização pela prática deste delito é bastante complexa, causando prejuízos enormes a um número indefinido de vítimas, razão pela qual, se faz necessária uma repressão ainda mais rigorosa por parte do Estado. Essa dificuldade em muito advém da própria estrutura do tipo penal que possui diversos elementos não muito bem definidos, mas que devem estar todos cumulativamente presentes para caracterizar a conduta.

Conclui-se, então, que a vedação à prática do *insider trading*, desde que adequadamente aplicada, pode consubstanciar valioso instrumento para garantir a transparência e a igualdade de posições dos atuais e futuros investidores no mercado de capitais, transmitindo-lhes a confiança de que precisam para se preocuparem apenas com os riscos inerentes à atividade. E a consequência disso é, naturalmente, o fortalecimento da economia brasileira como um todo que tende a se transformar em um mercado seguro e atrativo para novos investimentos.

REFERÊNCIAS



BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. *Uso Indevido de Informação Privilegiada*. In: _____. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOTTINO, Thiago. *Curso de Direito Penal Econômico*. Disponível em <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_20132.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.569.17. Relator Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=perdig%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Lei n. 7.492/86, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 04/03/2016.

_____. Instrução Normativa n. 358 de 3 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst358.html>>. Acesso em: 06 set. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos: uso indevido de informação privilegiada, manipulação de mercado e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, José de Faria; RAMOS, Maria Elisabete. *O crime de abuso de informação privilegiada (insider trading): a informação enquanto problema jurídico-penal*. Portugal: Coimbra, 2006.

DE PAULA, Áureo Natal. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais: comentários à Lei 7.492/86 e aos artigos incluídos pela Lei 10.303/01 à Lei 6.835/76*. Doutrina e Jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2009.

EIZIRIK, Nelson. *Insider Trading e Responsabilidade do Administrador de Companhia Aberta*. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 50, p. 42/56, 1983.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *O objeto de tutela penal no delito de insider trading: uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, V.19, n. 90, p. 150, mai./jun. 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília/DF: ESMPU, 2011.



A EFETIVIDADE DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Isabela Maria Ferreira dos Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós graduada em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos de Pós Graduação Aplicada em Direito – CEPAD.

Resumo: O presente artigo visa a identificar e analisar os entraves legais e jurisprudenciais enfrentados pelas instituições financeiras detentoras de carteiras de crédito inadimplida, que contem com garantia real da espécie “alienação fiduciária”. Concentra-se nas teses e na jurisprudência pacificada nos Tribunais Superiores em relação à matéria, objetivando a correção metodológica da advocacia corporativa direcionada à tutela dos interesses do credor fiduciário, composto, em sua maior parte, por instituições bancárias ou equiparadas. Ao fim desta análise, busca propor mudanças nos protocolos ativos e defensivos para agilizar a execução desta espécie de garantia contratual.

Palavras-Chave: Direito Civil. Contratos bancários. Garantia real. Credor alienatário. Execução de Garantia Real.

Sumário: Introdução. 1. A sistemática da alienação fiduciária e a insuficiência da legislação vigente. 2. O inadimplemento e a execução judicial da garantia fiduciária. 3. A efetividade da execução dos contratos bancários garantidos por alienação fiduciária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa identificar soluções para contornar a dificuldade de satisfação do crédito bancário por meio da execução de garantia real consistente na alienação fiduciária de máquinas, equipamentos, automóveis e imóveis dentro de um contexto de maximização da efetividade do processo como garantia constitucional da parte.

Buscar-se-á demonstrar que a legislação existente anda em descompasso com a dinâmica das relações civis, pois impõe ao credor o ônus excessivo de monitorar devedor e bem financiado a fim de viabilizar a execução da garantia.

O negócio de financiamento de imóveis, automóveis e máquinas com recursos privados – excetuadas aqui as linhas de crédito subsidiadas - somente se mostra rentável para as instituições financeiras em termos de volume - isto é, no somatório de suas carteiras de



crédito ativas -, pois, qualitativamente, os custos de cobrança e de execução oneram de tal forma o contrato mesmo após liquidação do bem dado em garantia e sua conversão em espécie para amortizar a dívida por ele garantida.

A execução da garantia fiduciária ganha maior complexidade em decorrência das lacunas legislativas, que demandam resposta jurisprudencial supletiva variável no tempo e conforme a instância julgadora, de maneira que a construção jurisprudencial, aqui, pode ser interpretada como um dos fatores de risco legal relevados pelas instituições financeiras ao decidirem sobre sua política de crédito: pode influir na tendência de alta das taxas de juros e de restrição à concessão de crédito.

Ao analisar a legislação existente, buscar-se-á identificar fatores que retardam ou dificultam a exequibilidade da garantia fiduciária, abordando as correlatas decisões jurisprudenciais, de modo a construir e propor roteiro mais ágil, mais eficiente e menos custoso que possa ser seguido pelo credor fiduciário em suas execuções judiciais de obrigação de dar coisa certa.

No primeiro capítulo, levantar-se-ão as deficiências na legislação pátria e como tais deficiências podem prejudicar o êxito da execução da garantia fiduciária. Segue-se debruçando, no segundo capítulo, sobre as causas sociais e jurídico-legais de retardo na execução desta modalidade de garantia. O terceiro capítulo proporá métodos alternativos para a efetivação mais célere do direito do credor na retomada dos bens alienados e na sua conversão em dinheiro.

Partir-se-á da análise dos textos do Decreto-Lei n. 911/69 - que disciplina a alienação fiduciária de bens móveis, com as alterações trazidas pelas leis n. 6.071/74, n. 10.931/2004 e n. 13.043/2014 - e da Lei n. 9.514/97 - que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis -, conjuntamente às disposições aplicáveis do Código de Processo Civil de 2015 e às decisões-paradigma do Superior Tribunal de Justiça, que tem jurisdição última sobre a matéria civil-



contratual para construir a estratégia advocatícia de otimização do procedimento de recuperação do bem recebido em garantia no caso de inadimplência.

1. A SISTEMÁTICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A INSUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

A Constituição Federal estabelece como objetivo fundamental a garantia do desenvolvimento nacional no inciso II de seu art. 3º, assim como prevê em seu art. 170 que a manutenção da ordem econômica consiste em uma das formas de persecução deste objetivo republicano. Ao exercer da atividade de intermediação no mercado financeiro, as instituições bancárias detêm poder econômico sem igual na sociedade de consumo, atuando de forma seletiva na concessão de crédito em modalidades, taxas de juros e prazos determinados a promover o retorno do capital ao investidor simultaneamente à maximização das margens de lucro – o chamado *spread* bancário.

Não se nega que a liberdade de empresa seja valor fundamental que permite aos bancos fixar as taxas de juros que pretende praticar no mercado, bem como que a atuação de múltiplos concorrentes na oferta de crédito seja essencial para a estabilização do preço cobrado pelo uso do dinheiro alheio. É, porém, fato que as taxas de juros se estabilizaram em patamar de alta, atingindo a média de 31,8% ao ano, segundo dados mais recentes disponibilizados pelo Banco Central¹.

Empreender e consumir mediante financiamento, no Brasil, se mostra caro a ponto de uma intervenção estatal no controle da atividade bancária parecer medida urgente para evitar o colapso do mercado de crédito. Dado que qualquer intervenção impositiva poderia ser

¹ BANCO CENTRAL. Nota Mensal para a Imprensa. *Política Monetária e Operações de Crédito do SFN*. Divulgada em 29.03.2016. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOM>> Acesso em: 20/04/2016.



interpretada como incompatível com a liberdade econômica, a atuação do Estado precisa se materializar por meio de estímulos à redução das taxas de juros pelas instituições financeiras.

Nesse contexto, tornar o financiamento de bens com garantia fiduciária mais atrativo pode ser uma dessas medidas de estímulo, porque atualmente o nível de segurança que a garantia real traz ao negócio jurídico de crédito, por si só, não tem sido suficiente para aproximar as taxas de juros dos níveis praticadas em países ditos de “economia desenvolvida”.

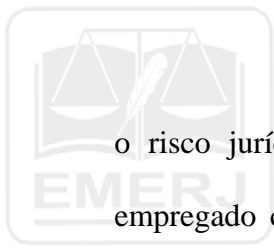
É bem verdade que as alterações normativas recentes Decreto Lei 911/65², a regular a alienação fiduciária de bens móveis e a Lei n. 9.514/97³, relativamente a bens imóveis, conferiram a possibilidade de execução extrajudicial do bem alienado e simplificaram procedimentos de notificação, liberando o credor fiduciário de boa parte das custas cartorárias e da espera por um provimento judicial, o que já representa significativo avanço ao procedimento outrora vigente.

Por outro lado, todavia, situações relevantes nesta espécie de contrato já demandavam tratamento jurídico compatível e permaneceram ignoradas pela atualização legislativa, mantendo realidade negocial distante da disciplina da lei. A jurisprudência, então, segue poderosa na incumbência de suprir a lacuna normativa, com reflexo negativo sobre a segurança jurídico-contratual, pois, segundo as prescrições do Acordo de Capital da Basileia⁴,

² BRASIL. Decreto Lei n. 911, de 1 de Outubro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 31 out 2016.

³ BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de Novembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 31 out 2016.

⁴ O Acordo de Capital da Basileia, ou Basileia II, é um padrão internacional de conduta de boas práticas bancárias firmado com o objetivo de criar exigências mínimas de capital para instituições financeiras como forma de fazer face ao risco de crédito. Aderir ao Acordo de Basileia é uma das formas que o Banco Central de um Estado possui para acreditar internacionalmente suas políticas econômica e monetária. Um dos Princípios da Basileia é a identificação do risco bancário e do risco de operações bancárias, dentre os quais o risco de crédito é o risco de inadimplência em condições normais e o risco jurídico é a influência das condições judiciais e legais que podem levar ao prejuízo contratual. Enquanto o risco de crédito é específico para cada operação, o risco jurídico faz parte da conjuntura ou cenário e influi na política de crédito definida periodicamente por cada instituição financeira. BANCO CENTRAL. Acordo de Capital de Basileia. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/?BASILEIA>> Acesso em: 20/04/2016.



o risco jurídico do contrato é um dos componentes do risco da operação e, *deve* ser empregado como componente das taxas de juros aplicáveis. Na outra ponta do negócio, a demora na execução da garantia influi sobre o risco de inadimplência absoluta do contrato – hipótese na qual o banco não logra êxito em recuperar, de nenhuma forma, o capital investido.

É nesse o ambiente propício que se desenvolve o mercado paralelo de assunção de créditos “podres” e de cessão irregular de bens – cujas práticas incluem a contratação maliciosa e pré-ordenada de financiamento de veículos e equipamentos em uma comarca para o posterior deslocamento de referidos bens para comarcas longínquas, inviabilizando a localização e consequente retomada do bem por parte do credor.

Sem a prova da fraude para anular o contrato, resta à instituição credora sustentar que a cessão não autorizada do bem a terceiro representa ilícito contratual e, por conseguinte, perseguir judicialmente seu crédito. Fica inviabilizada, neste caso, a execução extrajudicial, por não ter sido notificado o devedor não localizado e esvaziado o conteúdo normativo do artigo 4º do Decreto Lei n. 911/65⁵, que equipara o devedor fiduciante ao depositário para fins de responsabilização nos termos do artigo 652 do Código Civil.

Com efeito, a Súmula 240 do STJ e o entendimento firmado no âmbito daquela Corte, firmado no âmbito do Recurso Especial n. 1302160⁶ impõem ao credor fiduciário a extinção sem julgamento de mérito da ação de busca e apreensão quando impossível a citação pessoal do réu, beneficiando o devedor evadido, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL (FALTA DE CITAÇÃO). INTIMAÇÃO DA PARTE. DESNECESSIDADE.

1. A falta de citação do réu, embora transcorridos cinco anos do ajuizamento da demanda, configura ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, ensejando sua extinção sem exame do mérito, hipótese que prescinde de prévia intimação pessoal do autor.
2. Agravo regimental desprovido (...)

⁵ Ver nota n. 4.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1302160. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AgRg+no+REsp+1302160&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 fev 2016.



Inadimplido o financiamento de bem móvel, o credor promove a notificação extrajudicial por via postal, como lhe faculta o artigo 2º, § 2º do Decreto-Lei 911/65⁷, com redação dada pela Lei n. 13.043⁸, de 2014. Embora válida a constituição em mora do devedor por meio da notificação postal, o retorno negativo da correspondência significa que o devedor não foi localizado. Nestes casos, é provável que o bem também não o seja para efeito da alienação extrajudicial facultada pelo caput do mesmo artigo, o que, se por um lado, impõe a cobrança judicial (artigo 3º do Decreto-Lei), por outro, fará esbarrar na da citação pessoal do réu como óbice à formação da relação processual.

A rigor, a alteração na redação do decreto-lei não trouxe menção à necessidade de citação pessoal do réu na ação de busca e apreensão. A jurisprudência, no entanto, se firmou excessivamente protecionista ao devedor no sentido de impor que a citação fosse cumprida por Oficial de Justiça concomitantemente ao cumprimento da intimação da medida liminar de busca e apreensão do bem alienado, ao interpretar o art. 3º. § 3º do Decreto-Lei em conformidade com a garantia constitucional do devido processo legal.

2. O INADIMPLEMENTO E A EXECUÇÃO JUDICIAL DA GARANTIA FIDUCIÁRIA

Havendo, já no momento da cobrança e da notificação extrajudiciais, dificuldade em localizar o devedor, seja pela mudança de endereço, seja pela deliberada ocultação, por parte deste, a fim de se furtar ao recebimento da correspondência, depara-se o credor fiduciário com indício forte de que igual dificuldade permeará a citação nos autos da ação de busca e apreensão. Esta ocorrência vem a ser sensivelmente menos nociva na alienação fiduciária de

⁷ Ver nota n. 4.

⁸ BRASIL. Lei n. 13.043, de 13 de Novembro de 2014. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 31 out 2016.



bens imóveis porque o maior volume de financiamentos desta espécie de bens ocorre para a finalidade residencial, do que resulta mais provável a localização do devedor.

A probabilidade de evasão do devedor aumenta ao longo do contrato de financiamento, pois a prática ainda comum de cessão de imóveis financiados mediante “contratos de gaveta” retira a identidade entre devedor fiduciário e ocupante do imóvel, donde nasce duplo entrave: a necessidade de localizar o devedor e lidar com a existência de um terceiro interessado – o ocupante -, que poderá intervir e se opor ao procedimento expropriatório pretendido pelo credor.

Isso porque, ainda que seja possível o cumprimento da medida liminar satisfativa, sem a integração do devedor ao processo por meio da citação - obrigatória segundo a interpretação jurisprudencial do STJ, como vimos -, não se inicia a contagem do prazo para defesa do devedor fiduciário, obstando, assim, o prosseguimento do processo, em respeito ao que estabelece, os artigos 238 e 239 do Código de Processo Civil⁹, obstáculo enfrentado pela instituição credora já na gênese da relação processual.

As serventias judiciais, para possibilitar o exercício do direito de resposta do devedor concomitantemente à inversão da posse da coisa, emitem mandado conjunto de citação, intimação para oferecimento de resposta e de imissão na posse ou busca e apreensão da coisa, portanto, o mandado deve ser cumprido por oficial de Justiça, consoante art. 249, CPC¹⁰. Uma vez que as diligências judiciais ordinárias devem ser cumpridas em dias úteis, das 6 horas da manhã às 20 horas – em respeito ao art. 212, CPC¹¹ - e que o ato de citação por oficial de Justiça deve ser repetido por 2 (duas) vezes – conforme previsto no art. 252, primeira parte, CPC¹² -, encontrar o devedor pode não ser tarefa das mais fáceis diante da alta probabilidade, neste intervalo de tempo, de estar o devedor pessoa física ausente do local da citação em

⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 out 2016.

¹⁰ Ver nota n. 14.

¹¹ Idem.

¹² Ver nota n. 14.

cumprimento de jornada de trabalho ou de estudos. Nessa hipótese corriqueira, o devedor está protegido dos efeitos previstos na parte final do artigo 252, CPC, não se lhe podendo presumir a intenção de ocultar-se.

Certo é que a fase inicial da ação de busca e apreensão é a que mais de delonga devido à necessidade de renovação sucessiva da diligência citatória. Se o devedor efetivamente reside no endereço da diligência, o juiz ordenará o retorno do oficial de Justiça em diferentes dias e horários até que se o localize e, somente após o esgotamento desta possibilidade é que oportunizará a manifestação da parte autora para que se manifeste da maneira que entender cabível.

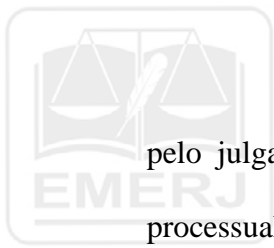
Reconhecendo a excepcionalidade do expediente de citação por hora certa - já que depende da percepção pessoal do oficial de Justiça responsável pela diligência -, a maneira de superar o entrave da não localização do devedor é o requerimento de edital citatório, nos moldes do art. 257, CPC¹³. Para recorrer à modalidade ficta de citação do devedor, o credor deve esgotar os meios de localização da pessoa do devedor, aguardando o fim das diligências do oficial de Justiça e o prazo de resposta dos ofícios a diversas bases cadastrais que serão expedidos pelo juiz antes de deferir a citação ficta, observando a cautela que lhe impõe o art. 256, § 3º, CPC para evitar a nulidade da citação por edital.

Citado o devedor, tem curso o procedimento expropriatório simplificado, com a consolidação de sua propriedade fiduciária prevista no art. 3º, § 1º do Decreto-Lei n. 911/65¹⁴ e no art. 26, § 7º da Lei n. 9.514/97¹⁵. O leilão do bem – obrigatório na sistemática da alienação fiduciária de bens imóveis e facultativo na de bens móveis - segue paralelamente à apresentação de defesa ou purgação da mora pelo devedor, o que, longe da celeridade a que visou a lei, gera a insegurança para o credor de que os argumentos de defesa sejam acatados

¹³ Idem.

¹⁴ Ver nota n. 4.

¹⁵ Ver nota n. 5.



pelo julgador após a liquidação do bem e sua arrematação por terceiro alheio à relação processual.

Isto porque o procedimento de leilão do bem apreendido prevê a arrematação por preço equivalente ao valor da dívida - ainda que inferior ao valor de avaliação do imóvel -, em prejuízo até mesmo do investimento realizado pelo devedor com o pagamento de entrada e eventual amortização de prestações do financiamento. Tal drasticidade decorre do texto literal do art. 26, § 2º da Lei e do art. 3º, § 1º do Decreto-Lei acima referidos, o que significa, a princípio, que a improcedência na ação de busca e apreensão pode não levar à restituição do bem; se este já houver sido alienado, caberá ao credor expropriante pagar indenização por perdas e danos ao devedor.

Outra problemática para o credor fiduciário é a interpretação sistemática da Lei n. 9.514/1997¹⁶ em conformidade com os arts. 29 a 41 do Decreto-Lei 70/1966¹⁷ que vem sendo levada a cabo pelo STJ, aplicando-se o raciocínio, por analogia, ao Decreto-Lei n. 911/65¹⁸ para admitir, por exemplo, a aplicação da teoria do adimplemento substancial¹⁹; a necessidade de intimação pessoal do devedor acerca data dos leilões²⁰ e a possibilidade de purgação da mora da ré até a assinatura do auto de arrematação²¹.

¹⁶ Ver nota n. 5.

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 70, de 21 de Novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10070-66.htm>. Acesso em: 31 out 2016.

¹⁸ Ver nota n. 4.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 710805. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=AREsp+710805&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1367704. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1367704&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.483.773. Relator: Ministro RAUL ARAUJO. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=1.483.773&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.433.031. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=1.433.031&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.



Nessa linha, Scavone entende que a interpretação sistemática firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos julgamentos aqui referidos extrapolaria a proteção legal ao devedor inadimplente e traria insegurança jurídica à relação que justamente a legislação evoluiu para tentar superar²². Em sua incisiva crítica, aponta que a interpretação que vem sendo dada pelo STJ, em decisões que replicam a jurisprudência firmada no âmbito dos recursos excepcionais acima citados, inclusive, admitiria a reintegração de posse desde a data da consolidação da propriedade no registro de imóveis, “lembrando que a consolidação [da propriedade imóvel] se dá depois de quinze dias da notificação para que o devedor purgue a mora”²³.

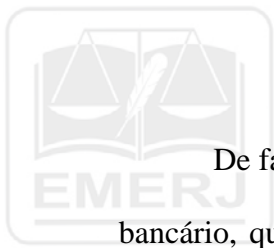
Ainda quando efetivamente logra êxito em citar o devedor e recuperar a posse direta do bem, o credor fiduciário deve atentar à exigência jurisprudencial de oportunizar ao devedor a purga da mora até a data do leilão. Tal imposição flexibiliza o procedimento legal expropriatório ao arrepio da razoabilidade, já que, naquele momento, o procedimento previsto em ambas as leis regulamentadoras prevê que já se teria operado a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário.

A seguir estritamente o procedimento legal, corre risco o credor de pagar as despesas necessárias à preparação do leilão para, então, ver-se obrigado a restituir o bem e receber apenas o valor atualizado da dívida no âmbito do procedimento expropriatório, restando à via judicial comum ordinária a cobrança dos prejuízos eventualmente sofridos com as despesas para baixa de alienação fiduciária e preparação do leilão frustrado pela purga extemporânea da mora.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.447.687. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1447687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=truede>>. Acesso em: 31 out 2016.

²² SCAVONE Jr. Luiz Antônio. *Alienação Fiduciária em xeque* – A visão do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/01/18/alienacao-fiduciaria-em-xeque-a-visao-do-superior-tribunal-de-justica/>>, consulta em 24/04/2016.

²³ SCAVONE Jr. Ver nota n. 20.



De fato, defende-se na doutrina e jurisprudência pátrias certa “demonização” do credor bancário, qualquer que seja a modalidade de negócio jurídico em que esteja envolvido por conta de sua posição econômica superior à da esmagadora maioria de seus contratantes. Em que pese louvarmos o princípio da igualdade e da ampla defesa como garantidores do equilíbrio das partes em juízo, não podemos olvidar que o financiamento bancário equivale a meio de aquisição de riqueza e que a alienação fiduciária representa instrumento que, geralmente, envolve contratos de mútuo de considerável vulto. A hipossuficiência econômica do devedor, neste caso, não pode ser acatada como argumento suficientemente sólido a embasar a flexibilização de regras legais.

3. A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Para otimizar as chances de êxito do credor na empreitada de execução da garantia – reduzindo o custo e o tempo de espera pela satisfação do crédito -, carece de reformulação o procedimento de cobrança e sua adequação à jurisprudência mais atualizada com o fim de a) obter o despacho inicial positivo nos procedimentos judiciais no menor intervalo de tempo possível, b) evitar a judicialização dos procedimentos de alienação extrajudicial e c) mitigar o risco de responsabilização do credor por inobservância aos costumes judiciais que apontamos.

A primeira proposição reside na notificação extrajudicial para fins de ajuizamento ao final do 30º dia de inadimplência, somando à finalidade coercitiva a finalidade preventiva de esgotar prematuramente a exigência, pela Corte Especial, de prévia de notificação pessoal do devedor. Na praxe, os credores bancários e financeiros optam pela cobrança extrajudicial entre o 30º e o 60º dia de atraso no pagamento da dívida, devido ao menor custo, notificando o devedor apenas após o 90º dia de atraso.



O custo de envio da cobrança administrativa é basicamente o mesmo da notificação extrajudicial e seu envio pode ser antecipado com amparo no teor da Súmula n. 245 do Superior Tribunal de Justiça²⁴, mas pode, a bem da recuperabilidade da garantia. Uma vez que a prévia notificação é requisito de admissibilidade da execução da garantia, ao postergá-la para o 90º dia, o próprio credor fiduciário contribui para reduzir a consistência de sua garantia ao criar um alerta para o devedor contumaz.

Portanto, como medida de efetividade, toda comunicação de débito feita pelo credor fiduciário pode e deve travestir-se da característica de notificação extrajudicial, constituindo prematuramente o devedor em mora, já que, uma vez notificado, o tempo passa a correr em desfavor do devedor, o que, além da quitação visada, supre antecipadamente o requisito jurisprudencial de admissibilidade da busca e apreensão: a comprovada constituição do devedor em mora *ex personae*.

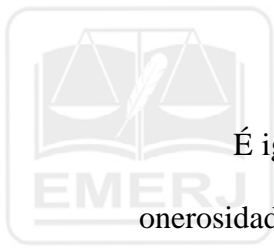
Ao defender-se contra a retomada do bem alienado na sistemática do Decreto-Lei 911/69²⁵ e suas alterações, não raro, o devedor invoca, em seu favor, a proteção do Código de Defesa do Consumidor, sustentando equivocadamente a possibilidade de purgação da mora após a busca e apreensão do bem fundada na Súmula 284 do STJ²⁶. A defesa bancária, nesse sentido, necessita passar a atentar para o atual entendimento daquela Corte Superior, explicitado no Informativo n. 540²⁷, no sentido de que a redação atual do Decreto-Lei acima referido inviabiliza a purga da mora após a efetivação da medida de busca e apreensão do bem móvel financiado, diante da expressa previsão legal de que a consolidação da propriedade resolve o contrato de financiamento.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 245. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 30 out 2016.

²⁵ Ver nota n. 4.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 284. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 30 out 2016.

²⁷ Informativo n. 540 de 28 de Maio de 2014 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 31 out 2016.



É igualmente corriqueiro que as teses de defesa sejam fundadas no princípio da menor onerosidade da execução ao devedor, formuladas em desalinho à disciplina legal sobre a purga da mora e a redução das possibilidades interpretativas legadas ao arbítrio do julgador e, inclusive, é contrário ao atual entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime dos recursos repetitivos²⁸, que dita a impossibilidade de purgação da mora nos contratos regidos pelo Decreto-Lei 911/69²⁹.

A seu turno, a disciplina da consolidação da propriedade imóvel é diametralmente oposta sob a regência da Lei n. 9.514/97, que permite a purga da mora mesmo no adiantado procedimento de execução extrajudicial da garantia. Conforme assinalou o STJ ao julgar o Recurso Especial 1.462.210³⁰, “a Lei 9.514/1997, em seu art. 39, II, permite expressamente a aplicação subsidiária das disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei 70/1966³¹ aos contratos de alienação fiduciária de bem imóvel, destacando que o art. 34 do mesmo Decreto-Lei diz que ‘é lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito’.

Este discernimento, longe de representar prejuízo ao credor fiduciário pela frustração do leilão eventualmente organizado e pelos emolumentos cartorários eventualmente despendidos, representa instrumento que pode se reverter em retorno financeiro consistente no recebimento da dívida vencida com seus consectários legais e acrescida dos encargos de

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.418.593. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMAO. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/dmaf/toc.jsp?livre=1.418.593&&b=DMAF&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

²⁹ Ver nota n. 4.

³⁰ O julgamento do Recurso Especial 1.462.210 foi integrado ao Informativo n. 552 do Superior Tribunal de Justiça, de 17/12/2014, fixando a tese de que, nos contratos de alienação fiduciária de imóvel em garantia, é possível purgar a mora até o leilão do bem, portanto, após a consolidação da propriedade em favor do credor. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.462.210. Relator: Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271462210%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271462210%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271462210%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271462210%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 31 out 2016.

³¹ Ver nota n. 16.

cobrança e expropriação com amparo no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça³², o que, todavia, segue pouco manejado pela defesa das instituições financeiras.

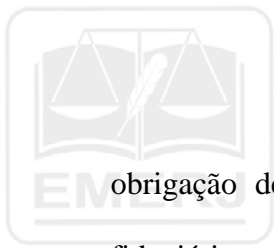
Em verdade, para que o devedor logre frustrar o leilão do imóvel expropriado em decorrência do inadimplemento do contrato de financiamento, é necessário que pague não somente sua dívida para com a instituição credora, mas também reembolse a íntegra das despesas de execução. Sem que o credor oponha este entrave, poderá o devedor pleitear em juízo a derradeira purga da mora admitida pelo Informativo n. 552 do STJ³³ pagando apenas a dívida e seus consectários legais, já que ingressa em juízo como autora para formular esta pretensão, deixando para o credor, o prejuízo decorrente dos honorários advocatícios e despesas de cobrança, custas cartorárias e impostos pagos para registro de propriedade.

Ao deixar de apresentar a planilha dos custos efetivos de cobrança neste momento em que figurar como réu, renuncia tacitamente à prerrogativa de cobrar, nos mesmos autos - em sede de pedido contraposto -, o reembolso que lhe é devido, porém, ao adotar tal providência, otimiza-se o timing da advocacia bancária e o retorno financeiro da cobrança judicial.

Demonstrou-se que a conversibilidade do procedimento de busca e apreensão em ação executiva *lato sensu* nas hipóteses de extravio do bem móvel, por exemplo, é medida mais que esperada pelos credores fiduciários que, quanto aos bens móveis, não raro se deparam com o deslocamento do bem objeto da garantia para além da comarca do financiamento. Possível alcançar outros bens do patrimônio do devedor, se torna não apenas desestimulante promover a deliberada ocultação do bem, mas também a prática comumente conhecida como “contrato de gaveta”, em que ocorre a cessão da posse do bem à revelia do credor fiduciário, sem que haja a prévia e necessária autorização ou quiçá a substituição do pólo passivo da

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no Ag 1283257. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=EDcl+nos+EDcl+no+Ag+1283257&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 542. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 31 out 2016



obrigação de pagar o financiamento, este que representa o primeiro entrave ao credor fiduciário que busca a execução da garantia por inadimplemento contratual.

CONCLUSÃO

Verdadeira saga deve percorrer o credor fiduciário em busca do adimplemento da dívida garantida por alienação fiduciária diante do rigor a jurisprudência dos Tribunais superiores impõe aos procedimentos de cobrança de contratos deste gênero, com reflexo econômico e cronológico que deve ser suportado pelo credor. Incidentes da execução como o deslocamento do bem ou alteração de endereço do devedor ou, ainda, a cessão informal do bem, tornam inviável sua busca e apreensão em um país de dimensões continentais como o Brasil.

Por esta razão, a atualização da lei para que nela passe a constar a conversão do procedimento de busca e apreensão em execução por quantia certa em desfavor do devedor contratual, quando comprovado deslocamento do bem, medida salutar moralizadora da relação entre as instituições financiadoras e seus financiados, acabando com o mercado paralelo e ilegal de cessão de posse de bens alienados.

O maior nível de celeridade na recuperação da garantia fiduciária, obviamente, reflete na das margens de perda do credor e no incremento da lucratividade das instituições fiduciantes, mas igualmente representam relevante contribuição para o aumento na segurança das relações jurídico-contratuais.

A médio prazo, reduzida da inadimplência, sensibiliza-se a política de juros praticada pelas instituições financeiras e, a longo prazo, podem as medidas aqui sugeridas colaborar na construção do senso de disciplina do mercado consumidor na contratação do crédito, especialmente, no crédito para consumo, característica economias maduras e sustentáveis.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.
- _____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 jul 2016.
- _____. Lei n. 9.514, de 20 de Novembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. Decreto Lei n. 911, de 1 de Outubro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. Decreto- Lei n. 70, de 21 de Novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0070-66.htm>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. Lei n. 13.043, de 13 de Novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Acordo de Capital de Basileia. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?BASILEIA>> Acesso em: 20/04/2016.
- _____. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Nota Mensal para a Imprensa. *Política Monetária e Operações de Crédito do SFN*. Divulgada em 29.03.2016. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOM>> Acesso em: 20/04/2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no Ag 1283257. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=EDcl+nos+EDcl+no+Ag+1283257&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 542. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 31 out 2016
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.462.210. Relator: Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271462210%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271462210%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271462210%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271462210%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 245. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 30 out 2016
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 284. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 30 out 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 710805. Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoies/toc.jsp?livre=AREsp+710805&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1367704. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Disponível em:



<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1367704&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.483.773. Relator: Ministro RAUL ARAUJO. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoos/toc.jsp?livre=1.483.773&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.433.031. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoos/toc.jsp?livre=1.433.031&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.447.687. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1447687&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 out 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1302160. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AgRg+no+REsp+1302160&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 fev 2016.

SCAVONE Jr. Luiz Antônio. *Alienação Fiduciária em xeque – A visão do Superior Tribunal de Justiça.* Disponível em:

<<http://genjuridico.com.br/2016/01/18/alienacao-fiduciaria-em-xeque-a-visao-do-superior-tribunal-de-justica/>>, consulta em 24/04/2016.

LEI 12.462/11 E AS NOVIDADES NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES

Ivie Sampaio Pires

Graduada pela Faculdade Nacional de
Direito – UFRJ. Advogada.

Resumo – A criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, por meio da edição da Lei nº 12.462/2011, é um tema, cujo caráter transformador tem sido bastante discutido no âmbito do Direito Administrativo. Dessa forma, este trabalho busca examinar tanto o entendimento do legislador ao afirmar que as modificações trazidas materializam uma nova e necessária orientação nas licitações e contratações públicas, como também o entendimento de parte da doutrina, que afirma que a adoção do novo procedimento viabiliza a ocorrência de irregularidades, já que ao afastar a aplicação das regras dispostas na Lei nº 8.666/1993, permite a mitigação de preceitos fundamentais ao bom funcionamento da Administração Pública. Portanto, é sob essa ótica de vantagens e contraposições que se pretende desenvolver o estudo, observando conceitos e princípios, como o da celeridade e eficiência; os fatores jurídicos determinantes e ainda o contexto político, econômico e social que motivaram a criação do RDC. Outrossim, objetiva estabelecer uma tendência, por meio da consideração dos resultados já obtidos com a sua aplicação.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Licitações. Regime diferenciado de contratação pública. Novidades da Lei 12.462/11.

Sumário – Introdução. 1. Necessidade de implementação do novo regime de licitação. 2. Principais inovações trazidas pelo regime diferenciado de contratações públicas – RDC. 3. Tendência do Direito Administrativo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído em nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 12.462/2011. Primeiramente, será analisado o contexto econômico e social vivenciado pelo Brasil no momento da edição da Lei de Licitações, qual seja, Lei nº 8.666/93, para, em seguida, observar a necessidade de implementação de um novo regime de licitações, tendo em vista a grande exposição do país no âmbito internacional, a fim de sediar eventos mundialmente renomados, tais como a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas.

Será denotado que a Administração Pública, prescindindo de capacidade técnica e material para satisfazer essa demanda, em busca de um resultado mais efetivo, verificou a necessidade de contratação de empresas privadas. Ocorre que a Lei Geral de Licitações, anteriormente citada, conhecida por sua burocracia e a formalidade excessivas, somada à

ausência de celeridade no certame, criava um obstáculo à conclusão de obras de infraestrutura e grandes construções no tempo disponível.

Por isso, buscando solucionar tal problemática, foi editada a Lei nº 12.462/2011, que ao tratar do Regime Diferenciado de Contratações Públicas prevê, logo em seu artigo 1º, um rol taxativo de situações em que este regime pode ser aplicado.

As inovações trazidas por esse novo regime são muitas e serão tratadas no segundo capítulo desta obra, de modo a contemplar a inversão de fases; a contratação integrada; o orçamento sigiloso, entre outras, observando suas peculiaridades e desdobramentos práticos. Obviamente que as mudanças trazidas não param por aí, o que se pretendeu com esta breve citação foi evidenciar os pontos mais relevantes.

Trata-se de tema bastante controvertido, pois conforme será demonstrado, parte da doutrina, por vezes, mostra-se irredutível em relação a tais modificações, mesmo com a comprovação do alcance das finalidades perquiridas. Muitas críticas possuem fundamentações bastante interessantes que serão pormenorizadas e devem ser levadas em consideração, até porque por ser um instituto novo, análises profundas e sedimentadas devem ser realizadas e ouvidas.

No terceiro capítulo será examinada a evolução desse instituto no direito administrativo, na tentativa de equilibrar a necessidade de desenvolvimento e adaptação dessas novas grandes demandas com o ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os princípios básicos norteadores das atividades da Administração Pública, bem como estimular o debate jurídico, político, econômico e social.

Por fim, destaca-se que a abordagem deste artigo será qualitativa, isso significa que o pesquisador irá aplicar a bibliografia pertinente à matéria para fundamentar os argumentos trazidos, bem como irá valer-se do conteúdo das leis, trazendo ainda um método comparativo.

1. NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO NOVO REGIME DE LICITAÇÃO

A Licitação consiste em uma das atividades complexas exercidas pelo Estado, por meio da Administração Pública. Esse procedimento administrativo é aplicado quando há contratação de terceiros para a realização de determinadas tarefas¹ – em conformidade com o disposto no

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 234.

artigo 37, inciso XXI da CRFB/88² – e fundamenta-se, sobretudo, na igualdade, sob o aspecto da impessoalidade, bem como na prevalência do interesse público.

Para Alexandre dos Santos Aragão³, a licitação é um verdadeiro processo, isso porque há uma sucessão de atos com a participação de diversos sujeitos que apresentarão interesses potencialmente contrapostos. Nesse sentido, é possível denotar que por se tratar de dispêndio de dinheiro público, estes contratos, firmados entre entes públicos e particulares, devem respeitar regras e princípios, de modo a assegurar a participação de todos os interessados, para que assim seja eleita a melhor proposta para a Administração.

No que concerne à regulamentação da referida matéria, ressalta-se o artigo 22, inciso XXVII da CRFB/88 que preceitua ter a União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Em observância a esse artigo, bem como ao já mencionado artigo 37, inciso XXI da CRFB/88⁴, editou-se a Lei n. 8.666/93⁵, que estabelece regras e princípios a fim de viabilizar e regulamentar a licitação e os contratos de “obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”⁶.

A referida lei foi editada no início da década de 90, momento no qual a veiculação de notícias a respeito de irregularidades e esquemas de corrupção entre particulares e indivíduos eleitos para representar os interesses dos cidadãos era constante. O poder político e a Administração Pública eram manipulados em prol da obtenção de vantagens ilícitas, sem que houvesse a preservação do interesse público, não se verificando respeito aos ditames do ordenamento jurídico e aos seus princípios basilares.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

³ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 288.

⁴ Vide nota 2.

⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666.cons.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

⁶ Trecho retirado do artigo 1º, caput da Lei n. 8.666/93, cujo inteiro teor assim estabelece: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Diante disso, o Brasil, atuando em consonância com seu tradicional caráter legalista-analítico, vislumbrou a possibilidade de conceder resposta à sociedade brasileira frente aos escândalos envolvendo dinheiro público por meio da edição de uma lei.

Muitos doutrinadores, dentre eles está Marçal Justen Filho⁷, afirmam que esse foi um fator determinante para a criação de uma lei extensa e extremamente atrelada aos aspectos formais, cujo escopo era inibir e dificultar a ocorrência de irregularidades e a burla ao bom funcionamento das atividades estatais. Além disso, há que se ressaltar a ocorrência de grande *lobby* por parte das empreiteiras, que, aproveitando-se da pouca experiência brasileira em licitações⁸, influenciaram para a criação de uma lei que restringia a atuação administrativa, tornando-se, mais tarde, formalmente obsoleta.

Sendo assim, a discussão acerca da necessidade de introdução de novas normas regulamentadoras do procedimento licitatório e de contratações públicas não é recente. Porém, a crescente exposição do Brasil no contexto internacional ao apresentar-se como anfitrião de eventos diplomáticos; ambientais e, sobretudo esportivos, contribuíram sobremaneira para que tal debate fosse colocado em evidência. Isso porque sediar eventos tais como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, enseja um elevado investimento em infraestrutura, tornando imprescindível a implantação de projetos que incluam a construção, ampliação e reforma de rodovias; aeroportos; portos, de modo a otimizar o sistema de mobilidade urbana das cidades-sede.

Ademais, é importante aproveitar o momento de grande visibilidade para investir no embelezamento das cidades e assim ascender a economia local por meio do turismo. Nesse contexto, percebeu-se que o Estado não dispõe de aparato suficiente para desenvolver todo o planejamento e em seguida concretizá-lo no tempo estabelecido, sendo imperiosa a necessidade de contratação de empresas privadas, que, por meio de processos competitivos, públicos e formais⁹, irão exercer essa atividade.

⁷ Em entrevista concedida ao jornal “Gazeta do Povo”, em novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/um-advogado-cosmopolita-1mf84v6wkuelwmwtslw1x4n66>>. Acesso em: 06 set. 2016.

⁸ Nota-se que muito embora a Licitação estivesse disposta na CRFB/1988, nos artigos 22, inciso XXVII; 37, inciso VI, e 175, havendo também o Decreto-lei n. 2.300/86 que regulamentava esse tema, sua aplicação ainda era incipiente, não tendo muito experiência os órgãos de controle público e os administradores.

⁹ PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Mauricio Portugal; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime Diferenciado de Contratação. Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

Nessa conjuntura surgiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, também conhecido como RDC, tendo sido criado pela Lei n. 12.462/11¹⁰ e regulamentado pelo Decreto n. 7.581/11¹¹ – com fulcro no artigo 84, inciso IV da CRFB/88¹². Tal instituto possui aplicabilidade limitada e como foi concebido com clara consciência quanto aos excessos e desvios da Lei n° 8.666/93¹³, procurou afastá-los por meio de medidas que permitem um maior experimentalismo na gestão pública.

A respeito do novo regime, Carlos Ari Sunfeld e Mario Schapiro¹⁴ acentuam que nenhuma reforma é indolor e por esse motivo há muitas reações negativas que suscitam argumentos no sentido de que a adoção de um novo modelo, mesmo que não regule todas as hipóteses, seria inconstitucional pelo simples fato de não ser como a Lei Geral em vigor que foi concebida como símbolo da “luta contra a corrupção”.

Dessa forma, denota-se que a edição da Lei n. 12.462/11¹⁵, de fato, era necessária, contudo, é importante analisar os efeitos por ela trazidos, a fim de verificar se estão sendo observados os princípios inerentes à Administração Pública.

2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

Muitas das medidas adotadas pela Lei n° 12.462/2011¹⁶ são decorrentes de experiências bem sucedidas aplicadas a outras modalidades, tais como a lei instituidora do pregão ou a norma que regulamentou as contratações no âmbito das PPPs, porém, não são todas, algumas delas foram trazidas do direito comparado, sendo verdadeiras novidades introduzidas ao nosso ordenamento.

Com o objetivo de viabilizar a compreensão do novo sistema, é importante destacar as principais inovações e assim analisá-las de maneira pormenorizada. A contratação integrada, por

¹⁰ BRASIL. Lei n.12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112462.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹¹ BRASIL. Decreto n 7.851 de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹² Vide nota 2.

¹³ Vide nota 5.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SCHAPIRO, Mario. *Uma Copa para uma nova licitação?*. Disponível em: <<http://fgv.noticias.fgv.br/pt-br/noticia/uma-copa-para-uma-nova-licitacao-artigo-de-carlos-ari-sundfeld-e-mario-schapiro>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁵ Vide nota 10.

¹⁶ Vide nota 10.

exemplo, está prevista no artigo 8º, inciso V da Lei nº 12.462/2011¹⁷ e consiste na possibilidade de combinação de prestações de natureza distintas, já que uma empresa será responsável tanto pela realização da obra pública, como para a prestação de serviços de engenharia, que consiste na elaboração dos projetos básico e executivo, de modo a realizar a obra e entregá-la pronta à administração.

Apesar de ser tratada como um novo regime, há que se ressaltar a grande semelhança com a empreitada integral, disposta no artigo 6º, inciso VIII, alínea *a* da Lei Federal nº 8.666/1993¹⁸, tendo em vista que ambos podem assumir natureza híbrida, não estando restritos apenas às categorias de construção de obra pública, prestação de serviço ou fornecimento de bens. A diferença consiste no fato de a contratação integrada dispensar a existência de projeto básico, questão que tem gerado bastante discussão.

Ao que parece, o principal objetivo do legislador, ao prever a possibilidade de aplicação da contratação integrada, foi o de acelerar a implantação de infraestruturas atreladas à realização dos megaeventos previstos na Lei nº 12.462/2011¹⁹, a fim de evitar a demora habitual resultante da contratação apartada da confecção do projeto e da execução da obra. Quanto a esse aspecto, deve-se salientar que sua adoção trouxe efeitos positivos, pois, houve uma redução significativa no tempo para a realização do procedimento licitatório.

Os críticos têm entendido, no entanto, que a exigência apenas do anteprojeto não configura um grande ganho de tempo, já que a empresa vencedora da licitação, após a assinatura do contrato, irá despender de um período considerável para a elaboração do projeto básico de engenharia, momento em que deverá aprofundar os estudos acerca do objeto licitado. A respeito desse posicionamento deve-se notar que a prescindibilidade do projeto básico, juntamente com a inversão de fases e a unicidade recursal, obviamente irão refletir de maneira bastante proveitosa na contratação.

Outro mecanismo inovador no âmbito das licitações é a Remuneração Variável, previsto no artigo 10 da Lei nº 12.462/2011²⁰, que ressalta a ênfase concedida à eficiência no novo regime, tendo em vista que se vincula o desempenho da contratada na elaboração de obras e serviços, inclusive de engenharia, para a estipulação de um bônus, que será delineado por meio de

¹⁷ Vide nota 10.

¹⁸ Vide nota 5.

¹⁹ Vide nota 10.

²⁰ Vide nota 10.

metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental, bem como prazos de entrega, definidos já no edital e no contrato.

Não obstante a Lei nº 8.666/1993²¹ ter sido omissa em relação à possibilidade de aplicação da remuneração variável, ela foi amplamente empregada para remunerar serviços de cunho técnico-especializados de instituições financeiras, contratados mediante procedimento licitatório para avaliar e promover a venda de ativos estatais no âmbito dos programas de privatização implementados nas décadas de 1990 e 2000. Sendo assim, de acordo com doutrina mais conservadora ao usar esse mecanismo sem a expressa previsão há violação ao princípio da legalidade. Já para aquela mais progressista as condutas administrativas mesmo que não regulamentadas podem ser consideradas legítimas, desde que compatíveis com a lógica do sistema e tenham como objetivo os preceitos constitucionais.

Afastando-se da égide da Lei Geral e voltando-se para a Lei instituidora do RDC, nota-se que nela há a previsão de manter em sigilo o preço de referência²² estabelecido pela Administração. Acredita-se que agindo assim haverá um maior poder de barganha por parte do poder público. Sobre o pagamento bonificado entende-se que ele é capaz de assegurar melhores padrões de qualidade dos serviços prestados, bem como acelerar o término das obras consideradas fundamentais à realização bem sucedida dos eventos esportivos que serão sediados pelo Brasil. Além disso, ela contribui sobremaneira para equalizar os interesses das partes envolvidas, já que proporciona um estímulo para que a contratada execute o objeto da melhor maneira possível, na medida do interesse da demandante que irá elevar a compensação financeira auferida.

Denota-se também que o fato do acertamento financeiro não depender de formalidade extremamente burocrática (como ocorre com os desvios comportamentais do contratado que pelos efeitos não serem imediatamente suportados, acabam gerando ineficiência dos mecanismos adotados para compelir o cumprimento das obrigações contratuais) contribui para assegurar uma maior efetividade à execução espontânea e tempestiva do objeto contratual.

Um caso em que se verifica a perfeita aplicação da remuneração variável é a contratação integrada, já abordada nesse estudo. Isso porque a ausência de projetos básico e executivo faz com que seja essencial a adoção de indicadores objetivos para certificar-se acerca da correta

²¹ Vide nota 5.

²² Esse preço consiste no valor máximo que a Administração pública está disposta a pagar pela aquisição de bens, prestação de serviços ou realização de obras.

execução do objeto contratual, e esses mesmos indicadores podem ser usados para fins de parâmetro de fixação da remuneração.

Assinala-se que o estabelecimento da remuneração variável deve vincular-se necessariamente ao desempenho do contratado, não sendo suscetível a qualquer fator externo ou interno do contrato que não tenha influência direta no cumprimento das obrigações assumidas. Busca-se, portanto, afastar a subjetividade ao conferir racionalidade ao sistema remuneratório, além de prever a correlação lógica entre o objeto contratual e o comportamento esperado do ente privado pelo poder público, sob pena de tornar sua instituição ilícita, mesmo legalmente autorizada, fundada no desvio de finalidade.

Outra previsão significativa é a Inversão de Fases, que, de maneira sucinta, significa a fase de julgamento das propostas preceder a fase de habilitação. Aplica-se a palavra “inversão” em virtude da comparação ao procedimento licitatório estabelecido pela Lei n° 8.666/1993²³, onde primeiramente exige-se a apresentação de documentos e o cumprimento de certas obrigações legais, configurando a fase de habilitação que compreenderá todos os concorrentes, para em seguida prosseguir ao julgamento das propostas. Esse procedimento já foi adotado pelo pregão – artigo 4°, inciso XII da Lei n° 10.520/2002²⁴ – e pela licitação de PPPs – artigo 13 da Lei n° 11.079/2004²⁵. A Petrobras também já dispôs em seu regulamento específico a possibilidade de dispensa dos documentos de habilitação, desde que o licitante possua certificado de registro em seu cadastro.

A Lei n° 12.462/2011²⁶ traz essa previsão em seu artigo 12, consolidando a inversão de fases como uma regra geral, aplicável a todas as suas licitações, podendo ser empregado o procedimento da Lei Geral desde que faça expressa menção no instrumento convocatório, assim como postula o parágrafo único do artigo.

O que se pretende com isso é a simplificação do procedimento licitatório, ao evitar discussões inúteis sobre a habilitação de licitantes cujas propostas não seriam bem sucedidas, a fim de que lhe seja conferido maior celeridade, na medida em que o Poder Público apenas analisará a qualificação e regularidade do licitante que ofereceu a melhor proposta, não tendo que

²³ Vide nota 5.

²⁴ BRASIL. Lei n 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²⁵ BRASIL. Lei n 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²⁶ Vide nota 10.

se importar com a verificação da documentação trazida por todos os concorrentes. Essa redução da quantidade de documentos a serem analisados torna a licitação muito mais ágil e fornece grande economia o ente público.

A partir da análise realizada percebe-se a importância da Lei nº 12.462/11²⁷ ao introduzir em nosso ordenamento o Regime Diferenciado de Contratações, pois permite a realização de um procedimento licitatório mais célere e, por consequência, menos burocrático. A máquina estatal, antes engessada pelas formalidades legais, encontra maior liberdade para contratar serviços e obras públicas, contudo, isso não significa liberalidade, pois devem ser observados os princípios constitucionais, previsto no artigo 37, caput da CRFB/88²⁸.

3. TENDÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Após uma análise detida das inovações e dos termos dos dispositivos da Lei responsável pela instituição do RDC²⁹, nota-se que foram priorizadas medidas que aperfeiçoam e privilegiam a eficiência e a celeridade, de modo a consolidar e garantir grande efetividade às contratações públicas. Muito embora haja uma grande discussão acerca de sua constitucionalidade formal e material³⁰, os resultados obtidos com a sua aplicação vêm corroborando para uma visão otimista sobre sua aplicação.

A respeito da expectativa gerada com a obtenção dos resultados, faz-se necessária a transcrição do seguinte julgado que trata da matéria:

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória, contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única,

²⁷ Vide nota 10.

²⁸ Vide nota 2.

²⁹ Vide nota 10.

³⁰ Sobre esse assunto, destaca-se a interposição de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ambas de relatoria do Ministro Luiz Fux e ainda pendente de julgamento. Uma delas, interposta pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, originou a ADI nº 4.645, que questionou o aspecto formal da constitucionalidade da lei, asseverando que houve abuso no “poder de emendar” por parte do relator da MP nº 527/2011, o deputado José Guimarães (PT-CE), insurgindo-se também a respeito da ausência de relevância e urgência para a edição da referida Medida Provisória. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4654/BA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4654&classe=ADI&codigoClasse=0&ri gem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 set. 2016.

Sendo a outra de autoria da Procuradoria Geral da República que alega inconstitucionalidade formal da Lei, bem como material de diversos dispositivos, suscitando conferir excessiva discricionariedade à Administração Pública, questionando ainda os mecanismos de contratação integrada e o orçamento oculto por meio da ADI nº 4.655.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4655. Ministro Luis Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1496027>>. Acesso em: 06 set. 2016.

disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade (...). Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida.³¹

Marçal Justen Filho³² assevera que a implantação do novo regime pode ser entendida como uma fase de experimentação, que dependendo dos resultados obtidos, pode gerar uma aplicação mais abrangente, conforme já vem sendo verificado com as constantes alterações no rol taxativo do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011³³, à medida que a edição de leis modificadoras vão surgindo para ampliar as hipóteses arroladas inicialmente.

Com esse mesmo entendimento é importante destacar as considerações feitas por Benjamin Zymler e Laureano Canabarro de Dios³⁴ que visualizam o novo regime como um “balão de ensaio” que pode proporcionar uma revisão ampla da metodologia de contratações públicas. Eles apontam que a Lei nº 10.520/2002³⁵, instituidora do pregão, significou um verdadeiro marco no sentido de modernizar os procedimentos de licitação. No entanto, a aplicabilidade restrita à aquisição de bens e serviços comuns acabou limitando o desenvolvimento e até a capacidade de exposição da eficiência dos mecanismos adotados. Nesse contexto, a elaboração de um regime licitatório diferenciado para as contratações necessárias à realização dos Jogos Olímpicos e da Copa do Mundo, atende, de certo modo, os anseios de simplificação e modernização das normas de licitações.

Porém, os juristas mais conservadores acentuam que o argumento de que a Lei nº 8.666/1993³⁶ é “engessada”, por não conseguir evitar fraudes e por encarecer os bens e serviços contratados pela Administração Pública em virtude da extrema formalidade, é usado com o propósito de editar uma legislação mais permissiva aos abusos de poder, sob o pretexto de uma equivocada ideia de celeridade e eficiência. Afirma-se ainda que são cada vez mais nítidas as

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2013. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0306_06_13_P.doc>. Acesso em: 06 set. 2016.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120.

³³ Vide nota 10.

³⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.20-25.

³⁵ Vide nota 24.

³⁶ Vide nota 5.

medidas no sentido de restringir o direito dos licitantes, de modo a intimidá-los quando pretendem questionar os editais publicados. Critica-se ainda a adoção da inversão de fases, enxergando com enorme reserva a aplicação desses mecanismos inovadores.

No que concerne à crítica feita à restrição de direitos dos licitantes, é possível salientar que a Lei Geral de Licitações³⁷ foi elaborada sob elevada influência das grandes empresas interessadas na participação do procedimento licitatório, caracterizando um verdadeiro *lobby*, conforme já analisado no capítulo 1 deste trabalho. Nesse sentido, não se trata apenas de busca de celeridade e eficiência, mas sim da edição de uma lei que não dê margem à adoção de práticas contrárias ao interesse público ou que sequer estabeleça algum privilégio ou benefício que vá violar a isonomia na concorrência.

Percebe-se que o momento político, social e econômico juntamente com a pouca experiência prática em matéria de licitações e contratações pública contribuiu para a elaboração de uma legislação insatisfatória em alguns pontos. Por isso, afirma-se que uma vez observadas as falhas e estudadas possíveis soluções, deve-se buscar implementá-las, já que o sucesso prescinde de mudanças.

Dessa forma, denota-se que a questão não se esgota no campo jurídico e político, visto que já houve a manifestação quanto à insatisfação de algumas lideranças setoriais, entre elas está a Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (Apeop)³⁸, que divulgou um informe em que são apontadas as implicações suscetíveis ao seu setor, de modo a criticar a inversão de fases, defendendo a adoção desse modelo apenas para obras e serviços de maior vulto; bem como o orçamento oculto.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o tema abordado em conjunto com as inovações implementadas e as divergências suscitadas, depreende-se que, de uma maneira geral, as modificações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC refletem-se positivamente no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que respeitam seus princípios e normas fundamentais, buscando sempre privilegiar o interesse da Administração Pública em detrimento

³⁷ Vide nota 5.

³⁸ Informe divulgado pela Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas. Disponível em: <<http://piniweb.pini.com.br/construcao/legislacao/setor-se-mobiliza-contraflexibilizacaonaleidelicitacoespara18942-1.aspx>>. Acesso em: 06 set. 2016.

de benefícios e privilégios individualizados, sendo possível vislumbrar o alcance das metas delineadas por meio da observação dos resultados práticos obtidos.

Nota-se que a grande modificação introduzida pela lei instituidora do RDC foi a possibilidade de aplicar essas medidas às obras públicas e prestações de serviços tradicionais, não estando mais limitadas a determinados tipos de licitação ou contrato. Percebe-se, portanto, que o legislador não editou um texto normativo sem qualquer fundamentação e experiência prática, uma vez que esses instrumentos vinham sendo empregados no âmbito das contratações públicas. Observa-se também que esses mecanismos encontram-se previstos em leis esparsas, em virtude da grande dificuldade de introduzi-los na Lei Federal nº 8.666/1993, impedimento de caráter claramente político.

Destaca-se ainda a possibilidade expressa de negociação com os licitantes, visando não somente à redução do preço, mas também a obtenção de outros tipos de vantagens para a Administração Pública. Mecanismos como esses apenas ratificam a preferência que se pretende conceder aos princípios da eficiência e da competitividade. Isso porque, atualmente, o Estado pretende desvincular-se da reputação burocrática e formalista que possui, já que a morosidade gerada, muitas vezes inviabiliza o desenvolvimento econômico, uma vez que não atrai investimentos privados por não conferir garantia acerca da eficiência da prestação do serviço ou da obra.

A respeito das críticas, uma, em especial, tem bastante relevância e deve atuar como um estímulo para a edição de leis que regulamentem tal situação, pois a Lei nº 12.462/2011 não evoluiu quanto à questão do equilíbrio econômico-financeira e da alocação de riscos, tendo inclusive restringido as possibilidades de alocação de risco do contrato àquelas situações que se enquadrassem ao disposto em lei.

Dessa maneira, deixou-se de regulamentar uma matéria que se relaciona à disciplina financeira e econômica do projeto ao conferir restrições jurídicas, inviabilizando a ocorrência de acordos e tratativas para a conquista de uma proposta mais favorável à Administração, podendo afirmar que a partir da interpretação literal do dispositivo legal, há pouquíssima margem para o exercício típico contratual de alocação de riscos. Sob essa perspectiva, ao contrário do que vem sendo propagado na doutrina, o RDC consistiria em um retrocesso em relação ao que já dispõe a Lei de PPP e até mesmo quando comparado com a Lei nº 8.666/1993 que mesmo com as

diversas formalidades tratadas neste estudo, já atribuía ao contrato a possibilidade de delinear a alocação de riscos.

Sendo assim, deve-se considerar que tudo aquilo que é novo será passível de críticas e questionamentos e isso não significa incapacidade ou insatisfação em relação às inovações, mas tão somente indica o comprometimento em alcançar objetivos que sejam verificados na prática. O que se pretende elucidar é que a análise negativa não deve ensejar o retrocesso, ao contrário disso, ela deve motivar a busca por soluções e respostas às indagações elaboradas. Ao aplicar esse ensinamento à implementação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas é possível concebê-lo como um verdadeiro marco no Direito Administrativo, pois mesmo com as críticas doutrinárias e insatisfações dos mais diversos setores, a demonstração de resultados positivos vem superando as expectativas dos seus defensores, que se surpreendem com as mudanças ocasionadas em tão pouco tempo de sua implementação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Lei n 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. BRASIL. Lei n 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Lei n 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Lei n.12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112462.htm>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4655. Ministro Luis Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1496027>>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4654/BA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=46>>



54&classe=ADI&codigoClasse=0&rigem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 06 set. 2016;

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2013. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0306_06_13_P.doc>. Acesso em: 06 set. 2016;

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. *Regime diferenciado de contratações públicas - RDC: aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016;

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime diferenciado de contratação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Mauricio Portugal; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

ABANDONO AFETIVO INVERSO

Jéssica Martins Torres

Graduada pela Universidade Católica
De Petrópolis. Advogada.

Resumo: O conceito de família, tradicionalmente, está associado à ideia de laços de afeição. Traços de sentimentos que, biologicamente ou afetivamente, unem os indivíduos formando os vários tipos de família reconhecidos na atual sociedade brasileira. Dessas relações, portanto, surgem obrigações dos mais diversos tipos, como de guarda dos pais para com os filhos menores, de assistência mútua entre os cônjuges, etc. Contudo, surge um atual questionamento que movimentou os Tribunais brasileiros: seria possível quantificar o afeto, de forma a responsabilizar civilmente àquele que abandona afetivamente o seu descendente? E quando o abandono ocorre de forma inversa, ou seja, quando o abandono ocorre do filho maior para com o pai ou mãe, já idosos? É possível falar em reparação civil? A essência desse trabalho é abordar o tema através de uma análise dos aspectos gerais que envolvem a temática, sobre as decisões judiciais até então proferidas, eis que por se tratar de tema muito recente não há grande abordagem doutrinária, e, por fim, analisar a viabilidade de reconstrução do vínculo afetivo.

Palavras-chave: Direito de Família. Responsabilidade Civil. Afeto. Deveres Filiais. Abandono.

Sumário: Introdução. 1. Da possibilidade de reparação civil diante de abandono afetivo – aspectos gerais. 2. Abandono afetivo inverso: suas consequências e os parâmetros para sua quantificação. 3. Da viabilidade de reconstrução do vínculo afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de responsabilização civil dos filhos pelo abandono afetivo de seus pais dentro de um contexto de constitucionalização do direito privado.

Os tribunais já vêm construindo jurisprudência no sentido de viabilizar o que se convencionou chamar abandono afetivo, quando a falta de afeto decorre dos pais com relação aos filhos. Essa é a abordagem dada no primeiro capítulo, eis que grande parte, senão a totalidade dos precedentes, tratam somente dessa modalidade de abandono.



Restou, portanto, o questionamento quanto ao abandono inverso, - quando praticado pelos filhos em relação aos seus pais, geralmente em condições de avançada idade.

A princípio, o tema não parece demandar muitas divagações. A própria Constituição Federal, no art. 229, prevê um dever de assistência mútuo, dos pais com relação aos filhos, mas também dos filhos com relação aos pais, seja na velhice, na carência ou na enfermidade. Além disso, seria possível também a aplicação e consequente ponderação de princípios como o da isonomia e da solidariedade.

Contudo, a discussão fundamental capaz de embasar uma ou outra decisão, gira em torno do valor jurídico atribuído a bens imateriais como o afeto, o cuidado e o amor, e da possibilidade de quantificá-los para fins de reparação. Afeto, amor e cuidado não só como valores, mas como obrigações capazes de gerar consequências jurídicas de cunho patrimonial para aqueles que vierem a descumpri-las. E nessa esteira o segundo capítulo aborda as consequências e os parâmetros de quantificação da indenização, quando e se cabível.

Os parâmetros para analisar se determinado ato ilícito é passível de responsabilização já são pré-determinados, cabendo realizar uma análise para fins de avaliar se o abandono afetivo inverso pressupõe a presença dos elementos caracterizados da responsabilidade civil (subjéctiva): culpa, dano e nexo de causalidade.

Por fim, o terceiro capítulo visa aprofundar a discussão sobre a viabilidade de reconstrução do vínculo afetivo como solução primeira a ser adotada nos casos de abandono, de forma a privilegiar os princípios constitucionais que protegem e permeiam o seio familiar.

O objetivo, pois, do presente trabalho é discutir acerca dessa problemática – abandono afetivo inverso como fenômeno jurídico –, analisando diplomas e construções jurídicas aplicáveis, verificando a premissa para precificar bens imateriais para fins de responsabilidade civil e a necessidade de conscientização social do tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DA POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL DIANTE DE ABANDONO AFETIVO – ASPECTOS GERAIS

A Constituição da República, na tentativa de implementar um Estado Democrático de Direito, após anos de um duro regime militar, apresentou como principal característica, segundo Bulos¹, a previsão de princípios constitucionais que demarcam as garantias do homem, voltando suas atenções e garantindo a proteção da família como base da sociedade. Nasceu uma Constituição cidadã que estabeleceu como alvo a implementação de direito e garantias aos seus cidadãos, sendo a dignidade da pessoa humana o novo preceito regulador do ordenamento jurídico.

Essa mudança de paradigma, que irradiou os seus efeitos a todo o ordenamento jurídico, influenciou o fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil, que ensejou a elaboração de um Código pautado pela dignidade da pessoa humana e que, como consequência, valoriza os vínculos familiares e o compromisso ético das relações afetivas.

Além de diversas inovações que implementaram a democratização da família, o Novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406/2002, no seu art. 1.630², atribuiu aos pais o poder familiar e com ele as suas responsabilidades. Nesse sentido, Dias³ defende:

[...] Independente de eles viverem juntos, é imposto o dever de convívio e guarda, bem como o encargo de dirigir a criação e educação da prole. Tanto é assim que o abandono é penalizado. Leva a perda do poder familiar e configura delito penal sujeito à pena de seis meses à três anos de detenção. De nada adianta todas essas regras, princípios e normas se a postura omissiva ou discriminatória dos genitores não gerar consequência alguma. Reconhecer – como historicamente sempre aconteceu – que a única obrigação do pai é de natureza alimentar, transforma filhos em objeto, ou melhor, em um estorvo, do qual é possível se livrar mediante o pagamento de alimentos [...]

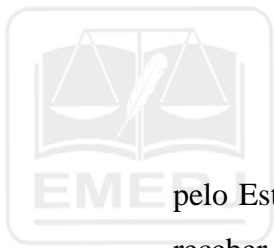
Diante de uma Constituição que tanto impõe a defesa da família e de seus membros, seria incompatível não reconhecer o dever que surge com a paternidade, ou melhor, o dever que surge das relações familiares.

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.87-88.

² BRASIL. Código Civil. Artigo 1630 do CC: “ Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out 2015.

³ DIAS, Maria Berenice.

Disponível em <http://mariaberenice.com.br/uploads/pai._por_que_me_abandonaste.pdf> Acesso em: 14 out 2015.



A família é a instituição basilar da sociedade e deve ser vigiada e protegida pelo Estado. E nesse ponto, merece atenção o tratamento jurídico que esta figura deve receber. Trata-se de situação cotidiana em sede de direito de família, alargada com a banalização do amor. Relações cada vez mais instáveis e menos duradouras que dão ensejo a novas pessoas, detentoras de tanta dignidade quanto de seus pais, que tem direito a uma família digna, ainda que sem vínculo conjugal entre os genitores.

Diante da ideia de constitucionalização do direito civil, é fácil perceber que, apesar de não ser possível obrigar um pai a ter afeto, por sua prole, é possível que este seja responsabilizado por este ato de abandono. É preciso que se implemente uma ideia de paternidade responsável sob pena de evoluirmos a uma sociedade desconhecadora de valores como amor, cuidado, solidariedade.

Apesar de tudo isso, a jurisprudência era relutante e entendia não ser possível indenizar a falta de amor, ou mais precisamente a falta de cuidado, o abandono propriamente dito.

Contudo, com a evolução do direito civil e do direito de família e a conscientização social da necessidade de proteção e amparo afetivo a criança e ao adolescente, resultaram na mudança de entendimento da Corte Especial⁴, que passou a entender ser cabível a indenização pelo abandono afetivo.

A relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrigui, espelhou de forma brilhante a necessidade de criar mecanismos de proteção àqueles em situação de vulnerabilidade afetiva, resumindo exemplarmente o julgado em uma única frase: “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

O dever de cuidado, de prestar assistência, seja ela moral ou material, são essenciais para a vida em sociedade na medida em que reflete a solidariedade coletiva. A prática do abandono deve ser combatida e, para tanto, devem ser criados mecanismos para prevenir a sua ocorrência, mas também importante a criação de mecanismo de repressão.

Considerando que o abandono afetivo constitui, pois, uma violação as normas jurídicas, pode-se dizer que esse caracteriza-se como ato ilícito na forma do art. 186 do

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.159.242-SP. Relator: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

Código Civil⁵, passível pois de responsabilização civil na forma do art. 927⁶ do mesmo diploma.

Até o presente momento, fez-se uma análise da possibilidade de se valorar juridicamente o afeto levando em conta o abandono paterno-filial, mas e quando o abandono é praticado pelos filhos em detrimento dos pais, normalmente em idade avançada e em situação de vulnerabilidade, também seria cabível a indenização?

Tal situação denomina-se de abandono afetivo inverso que, segundo o Desembargador Jones Figueiredo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), é “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos [...] O vocábulo ‘inverso’ da expressão do abandono corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988”^{7 e 8}

A premissa que autoriza a indenização em casos de abandono afetivo, é a mesma aplicável quando este ocorre de forma inversa. Apesar de não haver expressa disposição neste sentido no Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, temos a ausência de cuidado, que importa em um abandono moral e material, caracterizador de uma conduta ilícita. Além disso, normalmente esses genitores se encontram em idade avançada, carecedores de cuidados especiais diante de uma situação de evidente vulnerabilidade, assim como as crianças e adolescentes que um dia dependeram deste genitor. Há que se dispensar, pois, o mesmo tratamento jurídico a esta situação.

Ultrapassada a barreira da conceituação e do cabimento da reparação diante do abandono afetivo, seja ele direto ou inverso, resta saber como seria possível ao julgador quantificá-lo.

⁵ BRASIL. Artigo 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em 14 out 2015.

⁶ BRASIL. Artigo 927 do CC “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em 14 out 2015.

⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o> >. Acesso em 14 out 2015

⁸ BRASIL. Artigo 229 da CRFB “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.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 14 out 2015

O Desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) defende o seguinte:

Não se pode precificar o afeto ou a falta dele, na exata medida que o amor é uma celebração permanente de vida e como tal, realidade espontânea e vivenciada do espírito; todavia o abandono moral e material, como instrumento de desconstrução de vida pode ser mensurado em níveis de quantificação indenizatória. Os parâmetros são os circunstanciais de vida dos próprios atores envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária.

Neste sentido, não se trata do afeto, como valor jurídico, que será passível de mensuração, mas sim as consequências que advém dessa falta de cuidado, o abandono assistencial que pode configurar uma responsabilidade por omissão.

2. ABANDONO AFETIVO INVERSO: SUAS CONSEQUÊNCIAS E OS PARÂMETROS PARA SUA QUANTIFICAÇÃO

Assunto por demais polêmico, inexistente na legislação pátria qualquer parâmetro para mensurar o *quantum* indenizatório em casos de abandono afetivo, assunto que já tramita com frequência nos Juízos e Tribunais desse país que apresenta enormes diferenças sociais e culturais.

Nesse sentido, é possível imaginar a dificuldade encontrada quando o assunto é ainda mais polêmico e relativamente recente, como mensurar indenização em razão do abandono afetivo do idoso ou, como tecnicamente tratado, o abandono afetivo inverso.

Que fique claro, que a situação do abandono e descaso para com idosos não é um assunto novo, bem ao contrário. Trata-se, na verdade, de grande desafio para os profissionais da área de humanas, como assistentes sociais, psicólogos e também para os aplicadores do direito, eis que se trata de pessoa humana, que normalmente se encontra em situações de absoluta necessidade, e são completamente abandonados pela família.

A polêmica na verdade gira em torno de se indenizar esse idoso em razão do abandono e das consequências que ele gerou.

Não existem critérios objetivos, fechados, para mensurar o *quantum* de uma indenização. Os juízes baseiam-se, apenas, na previsão legal contida no artigo 944 do

Código Civil⁹, em que se menciona que a indenização se mede pela extensão do dano, ou seja, esta medida é julgada pela ótica do juiz, atendendo em cada caso, às suas peculiaridades e sua repercussão econômica, a qual não deve ser tão grande a ponto de se transformar em enriquecimento ilícito do beneficiado e nem tão ínfimo que se torne inexpressivo e não atenda ao caráter punitivo-pedagógico da imposição pecuniária.

Para o melhor entendimento do assunto proposto, faz-se a análise de precedente sobre o tema exarado pelo Tribunal local - apelação Cível 2009.001.41668 - relativo à ação de indenização por dano moral em que pleiteava a autora, compensação decorrente de abandono material e afetivo por seu pai, reconhecida pelo Juízo *a quo*. A relatoria da Desembargadora Ana Maria Pereira Oliveira, alerta que:

Inicialmente é preciso salientar que a questão do abandono afetivo é matéria polêmica e controvertida, razão pela qual é preciso cautela e prudência na análise do caso concreto. Ressalte-se, no entanto, que a presente demanda, ao contrário do alegado pelo Apelante, não se resume ao pedido de indenização por abandono afetivo, devendo ser analisado, ainda, o abandono intelectual e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰

No entender da Desembargadora e com fundamento no artigo 186 do Código Civil, “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete alto ilícito.”¹¹

Salienta, ainda, que:

[...] toda atividade humana pode acarretar o dever de indenizar, desde que a ação ou omissão praticada pelo agente provoque danos material ou moral, na esfera jurídica de outrem, e exista nexó de causalidade ligando o comportamento do agente ao dano.¹²

Ao final reconhece que a sentença que condenou o réu ao pagamento de 504 salários-mínimos, correspondentes a dois salários por cada mês de vida da autora, deve ser mantida pois observou critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sendo compatíveis com a condição econômica do réu. Em decisão unânime, negou-se provimento ao recurso de apelação interposto pelo réu.

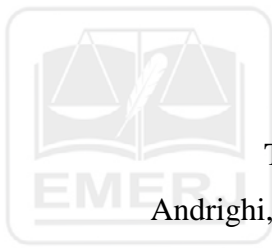
⁹ BRASIL. Código Civil. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> . Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2009.001.41668. Rel. Des. Ana Maria Pereira de Oliveira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003231F4982020FDEBFC9641B7DF6DC1E1AC5C4022A5E0F>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹¹ Vide nota 05.

¹² Vide nota 10.



Tal assertiva foi eternizada pelo brilhante relatório da Ministra Nancy Andrighi, no REsp Nº 1.159.242 – SP¹³ que se transformou no maior paradigma sobre o tema. O juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e em recurso o TJ/SP deu provimento à apelação reconhecendo o abandono afetivo como ilícito civil passível de indenização, fixando a indenização por danos morais em R\$ 415.000,00. A nobre relatora deu parcial provimento ao recurso reconhecendo que o abandono efetivo restava caracterizado, e, nos termos do acórdão, entendeu elevado o valor fixado pelo Tribunal, reduziu-o para R\$ 200.000,00.

Segundo a doutrina especializada, entre esses, a civilista Maria Helena Diniz¹⁴, sugere algumas regras para o possível arbitramento do *quantum* indenizatório, a saber:

- a) evitar a indenização simbólica e o enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima;
- b) não aceitar tarificação, porque este requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório, segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar para as peculiaridades do caso e para o caráter da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo;
- h) levar em conta o contexto econômico.

A Constituição da República, já preocupada em estimular e salvaguardar as relações afetivas, insere no seu artigo 229¹⁵, redação de cunho protetivo onde prevê que:

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O Estatuto do Idoso, com igual preocupação, para fins de amparar e proteger os idosos, insere em seu artigo 3º¹⁶, que:

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf. Acesso em: 01 nov. 2016.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26º. Ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104/105.

¹⁵ BRASIL. Artigo 229 da CRFB “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.”

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >
Acesso em: 14 out 2015

¹⁶ BRASIL, Artigo 3º do Estatuto do Idoso “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, a saúde, a

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, a cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária.

A base legal para o questionamento no judiciário quanto a indenização por abandono afetivo inverso está devidamente amparada. A obrigação, portanto, encontra amparo legal nos textos citados e a violação a esses direitos e garantias enseja a responsabilização dos filhos com fulcro nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

3. DA VIABILIDADE DE RECONSTRUÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO

Configurado o abandono afetivo surge o dano a ser reparado pela via indenizatória. O cerne da questão gira na quantificação desse valor indenizatório, se tal medida vai atender aos interesses do idoso e se não haveria uma medida intermediária que conseguisse minimizar os efeitos decorrentes da judicialização do problema afetivo, visando a fomentar uma reaproximação entre os litigantes.

Na China, o governo já aplica medidas para punir os filhos que abandonarem os pais idosos. Os filhos que não visitarem os pais podem ser multados e até presos por praticar o abandono. A lei que entrou em vigor em julho de 2013, pune com a privação da liberdade os filhos que não visitarem os pais idosos. A questão é muito polêmica e divide a opinião da população do país mais populoso do mundo.

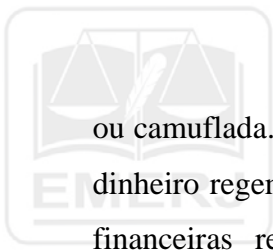
As novas regras da Lei do Direito do Idoso foram criadas para tentar amenizar o crescente problema de abandono e isolamento de idosos no país.

A dura medida Chinesa reflete a preocupação dos governantes em face do crescente abandono dos idosos naquela sociedade. O mundo vive experiência similar em que a população de idosos cresce de forma vertiginosa, e o seu abandono da mesma forma, motivados por fatores sociais, econômicos, dentre outros.

A iniciativa dos chineses, em países democráticos, poderia ser implementada no sentido de instalar um programa voltado a tentar reconquistar a afetividade perdida

alimentação, a educação, a cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária.”

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 28 nov 2016.



ou camuflada. Os padrões da vida moderna, seja na classe mais alta em que o poder e o dinheiro regem a vida das pessoas, ou na de classe mais baixa, em que as dificuldades financeiras relegam o cidadão e sua família a condições miseráveis ou muito dificultosas de vida, são os principais responsáveis pelo desamor ou pelo afastamento que assola o seio familiar, em especial na relação com os idosos que precisam, principalmente, de atenção, dedicação e carinho. Acabam, portanto, abandonados e isolados em mansões ou casebres em que vivem várias pessoas.

Pode-se, inclusive, concluir que, muitas vezes, o abandono afetivo inverso decorre, diretamente, da ocorrência do abandono afetivo direto. Explico. Aquele filho que hoje abandonou o seu genitor provavelmente foi abandonado na infância, senão em termos materiais, com certeza afetivos. Trata-se de um círculo vicioso. A falta de afeto gera falta de afeto.

A criação de uma legislação que permitisse ao juiz suspender o processo indenizatório e aplicar uma medida ao estilo de restritiva de direito ou medidas protetivas da Lei Maria da Penha, por exemplo, determinando o comparecimento do réu a um programa de reaproximação familiar composto por profissionais das áreas de saúde, principalmente geriatras e psicólogos e a participação de assistentes sociais, poderia servir de experiência para reverter esse quadro crescente de abandono de idosos.

O programa teria por objetivo reaproximar e procurar revitalizar um mínimo de afeição entre pai e filho que um dia já existiu e seria composto de palestras, filmes, peças que abordassem o tema de forma a sensibilizar os participantes.

Caso o idoso estiver internado em asilo, determinar o seu retorno ao convívio familiar e proceder a acompanhamento por assistente social para fins de avaliar as condições em que o idoso se encontra, elaborando relatório das visitas.

No caso de insucesso da iniciativa, apurada no final do cumprimento do programa ou no tempo determinado pelo juiz, o processo dar-se-ia continuidade para, ao final, condenar o réu ao pagamento de indenização, na medida dos seus recursos, desestimulando a prática da conduta.

O programa teria, portanto, fins educacionais e punitivos na forma de compensação financeira pelos danos físicos e emocionais advindos do abandono.

As opiniões e entendimentos se dividem em duas correntes:

Os contrários defendem a impossibilidade de reparação pela falta de afeto e que o pagamento de indenização não contribuirá no sentido de restabelecer a afetividade perdida, salientando, que o litígio, ao contrário, poderá agravar o desamor entre os

litigantes. Sustentam, ainda, que não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. Esse é o entendimento exarado pelo STJ no Recurso Especial 757.411/MG¹⁷, que, por voto da maioria, entendeu descaber indenização em dano afetivo.

Os defensores do cabimento da compensação por danos morais afirmam que o propósito não é restabelecer a relação afetiva desgastada pelo tempo e por fatores sociais, e sim, procura a reparação da configurada omissão no dever de cuidado prejudicial ao idoso abandonado, nos termos do Recurso Especial Nº 1.159.242/SP¹⁸.

Importante ainda salientar que tramita nas comissões do Congresso Nacional, o Projeto de Lei 4294 de 2008, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra que acrescenta parágrafo único aos artigos 1.632 do Código Civil e artigo 3º do Estatuto do Idoso, com a previsão de estabelecer indenização por dano moral em razão de dano afetivo.

Outros projetos de igual conteúdo permeiam os gabinetes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a saber:

Projeto de Lei 700 de 2007 de autoria do Deputado Federal Marcelo Crivela, que propõe a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal;

Projeto de Lei do Senado 400/2013, que cria o Estatuto da Família, em que o abandono afetivo e a alienação parental recebem tratamento específico, caracterizando as práticas e prevendo punições com vistas a proteger relações estáveis e saudáveis entre pais e filhos.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 757.411/MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597> >. Acesso em: 01 nov. 2016.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2016.



CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que há embasamento constitucional e legal para que se responsabilize civilmente o abandono afetivo inverso. Os precedentes que norteiam o tema, ainda que voltados à apreciação do abandono filio-paternal, tratam das mesmas premissas e analisam a questão chave da temática, que é a valorização do afeto como bem jurídico apto a ensejar responsabilidade civil.

Nota-se, contudo, que não se trata tão somente de falta de afetividade, de amor, mas de falta de assistência como um todo, inclusive material. A desvinculação afetiva gera a falsa impressão de desvinculação material, de desobrigação jurídica. E é nesse momento em que o judiciário deve intervir e demonstrar a obrigação que decorre dos vínculos familiares.

Não é novidade que o ordenamento jurídico, em todos os seus ramos, direciona grande preocupação quando o assunto é obrigação alimentar decorrente de vínculos de parentesco. Isso é decorrência da essencialidade dos alimentos, como itens que asseguram não só uma existência digna, mas a própria existência em si. Mas o grande questionamento trazido por este artigo e norteador do pensamento contemporâneo dos civilistas é: será só de alimentos depende o homem? Será que bens jurídicos como o afeto e o amor não devem ser considerados tão essenciais quanto a comida, e merecem o mesmo tratamento jurídico?

Pelo exposto foi possível concluir que, apesar da atualidade do tema, e da divergência de opiniões, o entendimento evolui em direção a uma proteção firme dos valores sentimentais e afetivos, de forma a criar uma conscientização de responsabilidade nas relações familiares.

Por fim, é importante que se compreenda que a reparação civil não deve se tornar instrumento de enriquecimento para nenhuma das partes. Bem ao contrário. Deve ser utilizada como fim último, eis que trará consequências ainda mais gravosas aquele núcleo familiar já desfeito. Assim, cabe aos aplicadores do direito, em atuação conjunta com órgãos sociais, procurar meios outros de reintegração daqueles indivíduos ao seio familiar, de forma a reestruturar os laços desfeitos, de forma que a assistência não tenha mais que ser imposta pelo Poder Público, mas advenha de livre e espontânea vontade daquele que precisa e deve prestá-la.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 14 out. 2015.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 14 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 14 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.159.242-SP, Relator: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822> > Acesso em 21 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 757.411/MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3/inteiro-teor-12899597>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Pai, por que me abandonastes?*. Disponível em <http://mariaberenice.com.br/uploads/pai._por_que_me_abandonaste.pdf > Acesso em: 14 out. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 5. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

João Paulo Leal Santos

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado. Pós Graduando em Direito *latu sensu* pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - Nos dias de hoje, não é raro perceber um déficit de representatividade do Legislativo e uma inação do Executivo. Assim, é comum que o Judiciário desempenhe papel cada vez mais atuante em todos os setores da sociedade. Contudo, muitas vezes, é possível observar uma insatisfação do Legislativo com determinadas decisões proferidas pelo Judiciário. Nesse contexto, muito embora o Judiciário seja o intérprete final da Constituição, isso não impede que o Legislativo edite ato normativo em sentido contrário à decisão proferida pelo Judiciário. Esse fenômeno foi denominado pela doutrina especializada de correção legislativa da jurisprudência. Dessa forma, cabe refletir sobre a possibilidade de o processo interpretativo constitucional não ser fruto da decisão de um só poder, como meio de uma interpretação mais ampla aberta e representativa da vontade majoritária. Portanto, é preciso retratar essa tensão entre os poderes e verificar os riscos ao processo democrático.

Palavras-Chaves: Direito Constitucional. Supremacia Judicial. Controle de Constitucionalidade. Interpretação Constitucional. Ativismo Congressual. Constitucionalismo. Democracia. Diálogo Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. Supremacia judicial e a insatisfação do Poder Legislativo com o processo de interpretação constitucional. 2. Os episódios de correção legislativa da jurisprudência no âmbito do Direito brasileiro. 3. Dialogo Constitucional como instrumento de efetivação da democracia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo demonstrar um fenômeno que vem ocorrendo de forma frequente no ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina vem denominando esse acontecimento de correção legislativa da jurisprudência.

Esse fenômeno decorre da atuação do Poder Legislativo com a finalidade de modificar decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Tal conduta foi bem retratada pelo STF em recente julgado como sendo uma espécie de ativismo congressual.

No Brasil contemporâneo, a interpretação final da Constituição Federal cabe ao Poder Judiciário. A Constituição Federal reservou ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição. No atual cenário brasileiro em que o judiciário vive em intensa



atuação fica cada vez mais perceptível a insatisfação do Poder Legislativo com determinados entendimentos adotados pelo Poder Judiciário sobre temas específicos.

No âmbito do controle de constitucionalidade das leis o Brasil adota o sistema jurisdicional, onde o controle é exercido preponderantemente pelo Poder Judiciário. As decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade concentrado abstrato possuem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Os efeitos dessa decisão do STF são chamados de vinculante e *erga omnes*. Entretanto, a atividade legiferante do Poder Legislativo não fica vinculada, nem se submete a esses efeitos. Afinal, em um Estado Democrático de Direito o Poder Legislativo não poderia ser impedido de exercer a sua principal função, a saber, a de legislar.

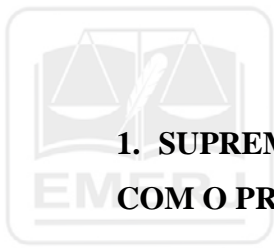
Diante disso, não é raro observar decisões em que o STF se posiciona de determinada maneira e logo em seguida o legislativo, insatisfeito com o entendimento adotado, edita outro ato normativo – expressão em seu sentido amplo para abranger lei ordinária, complementar ou emenda constitucional - diametralmente em sentido oposto.

Nisso consiste a correção legislativa da jurisprudência, ou também conhecida como superação legislativa das decisões judiciais, quando o Congresso reage e faz com que determinada controvérsia não tenha o seu fim no âmbito judicial.

O presente estudo visa retratar a tensão entre os poderes Legislativo e Judiciário. Além disso, o trabalho pretende analisar casos concretos em que é possível visualizar a correção legislativa da jurisprudência.

Portanto, a finalidade desse estudo é apresentar esse recente tema e, principalmente, levar o leitor a uma reflexão sobre a possibilidade do processo de interpretação constitucional não ser fruto da decisão de um só poder, como forma de um meio legítimo de um processo interpretativo constitucional mais amplo, aberto e representativo de uma vontade majoritária.

A pesquisa a ser apresentada será realizada, principalmente, por meio da metodologia do tipo bibliográfica, almejando analisar os diferentes aspectos da colisão de entre os direitos fundamentais que norteiam a questão. Também serão levadas em consideração na pesquisa as metodologias descritiva e explicativa com o objetivo de melhor elucidação do assunto.



1. SUPREMACIA JUDICIAL E A INSATISFAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO COM O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

A Constituição da República Federativa do Brasil¹ em seu artigo 102 atribui ao Supremo Tribunal Federal a elevada missão de guarda da Constituição. Logo em seguida, na alínea “a” do inciso primeiro do referido dispositivo também é conferido ao Supremo o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco² afirmam que:

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

Quanto ao órgão que exercerá o controle de constitucionalidade pode-se ter o controle político, o controle jurisdicional e o controle misto³. Como o presente trabalho não tem por objetivo adentrar na discussão sobre o sistema adotado pelo Brasil, a verdade é que todos os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), quanto ao momento em que o controle de constitucionalidade ocorre, atuam tanto de forma preventiva quanto de forma repressiva. Muito embora o Poder Judiciário atue de maneira tímida no controle preventivo, por outro lado no controle repressivo ele terá o principal papel tanto por meio do sistema difuso quanto concentrado.

A Constituição Federal⁴, ainda no artigo 102, em seu parágrafo 2 trata dos efeitos da decisão definitiva de mérito proferida pelo STF em sede de controle concreto abstrato. Trata-se de efeito vinculante “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” Vale dizer que se trata de um efeito vinculante e *erga omnes*.

Igualmente nesse sentido a Lei n. 9.68/1999⁵ que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

² MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.836.

³ *Ibid.*, p. 836

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016

⁵ BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ao tratar dos efeitos da decisão em seu artigo 28 parágrafo único prevê:

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Entretanto, o Poder Legislativo não fica vinculado de modo a impedir que edite nova lei de conteúdo idêntico ao teor anteriormente censurado⁶. O já citado artigo 102 da CRFB/1988 omite o Poder legislativo como destinatário do efeito vinculante das decisões pronunciadas no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade⁷. Além disso, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004⁸ ao criar a súmula vinculante também deixou de fora o Poder Legislativo como destinatário do enunciado de súmula vinculante formulado pelo STF⁹.

Assim, o fato de o Judiciário decidir de uma determinada maneira não impede que logo em seguida o Legislativo edite ato normativo em sentido contrário. O STF em seu informativo de número 801 divulgado em outubro de 2015 afirmou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 5105/DF: “Caberia perquirir, portanto, quais os limites de reações legislativas a decisões proferidas pelo STF, tendo em vista o impacto na esfera de liberdade de conformação do legislador. Nesse sentido, o Tribunal deteria a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição, imune a qualquer controle democrático.”¹⁰ Para a Suprema Corte:

Não se ignoraria, entretanto, a legitimidade, em algumas hipóteses, do ativismo congressual, ou seja, de reversão legislativa a decisões da Corte, desde que observadas algumas balizas constitucionais. Nesses casos, o Legislativo buscaria reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico, incompatível com a separação de poderes. Ao legislador seria, assim, franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Seria possível extrair as seguintes conclusões a respeito do tema: a) o Tribunal não subtrai “ex ante” a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário; b) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites do art. 60 da CF; e c) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa evidente

⁶ MENDES; BRANCO, op. cit. p.1096.

⁷ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vidal de. Notas sobre a Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, São Paulo, nº 181, p.40-56, out. 2010. p. 46

⁸ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2>. Acesso em: 18 abr. 2016.

⁹ OLIVEIRA, op. cit., p.47.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5150. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5311&classe=ADI&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19. abril. 2016.



ao texto constitucional, a Corte tem adotado comportamento de autorrestrrição e de maior deferência às opções políticas do legislador.¹¹

A correção legislativa da jurisprudência consiste no fenômeno em que o legislativo, inconformado com determinado entendimento adotado pelo Judiciário, reage e faz com que a “última palavra” do processo de interpretação constitucional não deságue no âmbito judicial. Por outro lado, esse fenômeno “permite que interesses derrotados na esfera judicial possam apresentar novos argumentos em esfera diversa.¹²”

Tal prática vem se tornando cada vez mais frequente no atual ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Muitas emendas constitucionais são nitidamente editadas somente com a finalidade de modificar algum entendimento assentado pela jurisprudência.¹³

Muito embora seja mais frequente visualizar correções legislativas na seara tributária – provavelmente em razão de uma Constituição analítica, onde se trata diversos temas que poderiam ser tratados no âmbito das leis infraconstitucionais - a correção legislativa está presente em todas as matérias do ordenamento jurídico¹⁴.

2. OS EPISÓDIOS DE CORREÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO.

Um dos exemplos mais recentes desse fenômeno ocorreu quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5105/DF¹⁵. Isso porque, anteriormente o STF quando do julgamento de outras duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 4430/DF e 4795/DF onde se questionava o art. 47 §2 II da Lei 9504/97 já havia se manifestado sobre a matéria.

Naquela época, o Supremo já havia aplicado a interpretação conforme ao preceito questionado para salvaguardar aos novos partidos, criados após a realização de eleições para a

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5150. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5311&classe=ADI&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19. abril. 2016.

¹² OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vidal de. Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 18, nº73, p.160-191, out/dez 2010. p. 160.

¹³Ibid. 161

¹⁴Ibid. 169

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5105&classe=ADI&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em : 20 set. 2016

Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita¹⁶.

Entretanto, o Legislativo, insatisfeito com a decisão proferida pelo STF, editou a Lei n. 12.875/2013 alterando as Leis n. 9.504/97 e n. 9.096/95 para restringir o tempo destinado a propaganda eleitoral aos novos partidos políticos criados após a realização das eleições para a Câmara dos Deputados, culminando na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 5105/DF¹⁷.

Contudo, nesse caso, o STF novamente se pronunciou pela inconstitucionalidade dos dispositivos. O Tribunal deixou claro que essa nova lei revelaria inaptidão dos fundamentos para legitimar a reversão da interpretação anteriormente fixada. No referido julgado, que foi divulgado em 13 de outubro de 2015 no informativo 801 a Corte reconheceu a possibilidade de superação das decisões judiciais, mas nesse caso em específico não seria admissível, conforme se extrai da parte final do julgado¹⁸.

Por esses motivos, a reação jurisprudencial materializada na Lei 12.875/2013, ao subtrair dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o direito de antena e o acesso a recursos do Fundo Partidário remanesceria eivada de inconstitucionalidade, na medida em que, além de o legislador não ter logrado trazer novos e consistentes fundamentos para infirmar o pronunciamento da Corte, o diploma inviabiliza, no curto prazo, o funcionamento e o desenvolvimento de minorias político-partidárias, em ofensa aos postulados do pluralismo político e da liberdade partidária (CF, art. 17, § 3º).¹⁹

Esse fenômeno não ocorre somente por meio de edição de leis, mas também com a edição de Emendas Constitucionais. Durante a vigência da Constituição Federal podemos citar várias Emendas Constitucionais com a nítida finalidade de superar determinados entendimentos jurisprudenciais.

Primeiramente é possível citar o exemplo do julgamento do Recurso Extraordinário de n. 197.917/SP,²⁰ uma vez que o STF adotou critério do qual resultou a redução do número de vereadores em todo o país. Entretanto, o Legislativo inconformado editou a Emenda Constitucional n. 58/2009 para alterar a redação do artigo 29 da CF e modificar a forma de cálculo do número de vereadores.

Além disso, o STF havia firmado posicionamento jurisprudencial no sentido de considerar inconstitucionais as leis estaduais que haviam criado municípios após a Emenda

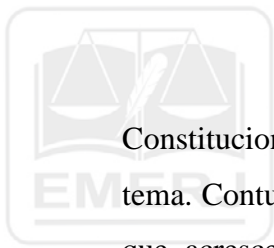
¹⁶ Vide nota 15.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vidal de. Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 18, nº73, p.160-191, out/dez 2010. p. 162.



Constitucional n. 15/96²¹ que passou a exigir a edição de lei complementar para regular o tema. Contudo, não satisfeitos com a decisão foi editada a Emenda Constitucional n. 57/2008 que acrescentou o artigo 96 aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios até 31.12.2006. Vale dizer, que o Legislativo tinha visivelmente escopo de assegurar a validade da criação dos municípios.

Ademais, no ano de 2006 foi aprovada a Emenda Constitucional de n. 52 para alterar a redação do parágrafo primeiro do artigo 17 da CRFV e possibilitar a coligação de partidos políticos. Essa Emenda Constitucional foi uma forma de superar o entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral (Res 21.002/2002) que vedava essa prática.²²

Outro exemplo da ocorrência desse fenômeno aconteceu quando da edição de uma Emenda Constitucional no ano de 2002. Isso porque, o STF tinha posicionamento consolidado no sentido da inconstitucionalidade da remuneração do serviço de iluminação pública mediante taxa. Com o objetivo de possibilitar a cobrança foi editada a Emenda Constitucional n. 39/2002 que introduziu o artigo 149-A prevendo uma contribuição para o custeio de serviço de iluminação pública.²³

Vale lembrar que esse fenômeno não é recente em nosso ordenamento jurídico. Podemos citar a edição da Emenda Constitucional de n. 33/2001 que alterou a redação do artigo 155 §2, inciso IX, alínea “a” da CRFB para possibilitar a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) sobre o ingresso de bens ou mercadorias advindos do exterior. Essa emenda tinha como objetivo a mudança do entendimento adotado pelo STF no Recurso Extraordinário n. 203.075.

Quando do julgamento do referido Recurso Extraordinário o Supremo tinha o entendimento firme no sentido de o referido imposto só incidiria quando o sujeito passivo da obrigação tributária exercesse atos de comércio com habitualidade. Assim, na visão do STF não haveria incidência do ICMS quando a importação fosse realizada por pessoa física ou jurídica que não praticassem atos de circulação de mercadoria e nem possuísse estabelecimento.²⁴

Também não se pode deixar de citar a Emenda Constitucional n. 29/2000 que conferiu nova redação do artigo 156 §1 da CRFB para prever expressamente a possibilidade

²¹Ibid., p. 162.

²²Ibid., p. 162.

²³OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vidal de. Notas sobre a Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, São Paulo, nº 181, p.40-56, out. 2010. p. 54

²⁴Ibid., p. 51.

de progressividade do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) em razão do valor do imóvel. Antes da edição dessa Emenda o STF já havia firmado a tese da impossibilidade de progressividade do referido imposto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 153771, em razão da distinção entre impostos pessoais e reais²⁵.

Por fim, no ano de 1998 foram editadas duas Emendas Constitucionais com a finalidade de superação das decisões judiciais. A Emenda Constitucional n. 20/1998 alterou o texto normativo do artigo 195 inciso I da CRFB para estabelecer que “na alínea a, que a contribuição social exigida dos empregadores seria incidente sobre a folha de salário e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.”²⁶ A referida emenda teve a finalidade de mudar o entendimento adotado pelo STF que era no sentido de ser inconstitucional a referida contribuição relativa aos trabalhadores autônomos.²⁷

A outra emenda editada no ano de 1998 foi a Emenda Constitucional n. 19 que previu a alteração do inciso X do artigo 37 da CRFB para possibilitar que determinadas vantagens pessoais fossem consideradas quando da fixação do teto remuneratório dos servidores. A intenção foi mudar o entendimento adotado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 14 de que das vantagens pessoais não estariam abrangidas pelo teto remuneratório dos servidores públicos²⁸.

Portanto, é possível verificar que a ideia de superação das decisões do proferidas pelo Poder Judiciário não é nova e pode repercutir em vários ramos do direito brasileiro. Dessa forma, resta saber quais seriam as consequências, os limites dessa atuação e uma possível solução para esse impasse.

3. DIÁLOGO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA.

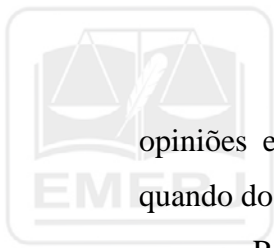
Esclarecidas as hipóteses de ocorrência desse fenômeno, a doutrina especialista no tema sugere ao impasse a Teoria do Diálogo Constitucional. Trata-se da noção de que as

²⁵ANTONELLI, Leonardo Pietro. Emenda Constitucional 29/200 – Progressividade do IPTU: Inconstitucional correção legislativa da jurisprudência do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 9, nº39, p.96-115, jul/ago 2001. p.98.

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vidal de. Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 18, nº73, p.160-191, out/dez 2010. p. 161.

²⁷Ibid.

²⁸Ibid.



opiniões e posições do Poder Legislativo também deveriam ser levadas em consideração quando do processo interpretativo constitucional.

Para iniciar esse capítulo, deve-se ter em mente que o fenômeno da correção legislativa pode ter um grande valor dentro da democracia brasileira. Isso porque, a matéria decidida pelo Judiciário pode ser rediscutida no âmbito legislativo, inclusive com novos fundamentos²⁹. Afinal, o Poder Legislativo traz insitivamente a noção de representatividade democrática, pois os parlamentares foram eleitos pela maioria.

Contudo, também não se pode deixar de considerar que atualmente a democracia não se esgota na ideia de vontade da maioria, mas também na ideia de garantia de direitos básicos a todos. Nesse passo, o Judiciário possui relevante papel seja na proteção das minorias, seja propiciando direitos básicos aos mais necessitados.

O Poder Judiciário, muitas vezes, atua no exercício de sua função contramajoritária. Essa função foi muito bem retratada quando o Supremo julgou o Recurso Extraordinário de n. 477554/MG³⁰ a respeito da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, vale trazer um trecho da ementa do acórdão.

A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.³¹

Assim, ao tratar do diálogo constitucional, não se pode esquecer esse relevante papel desempenhado pelo Judiciário. Isso porque, muitas vezes, o Supremo atua em sentido contrário à vontade majoritária do Legislador para salvaguardar outros direitos.

Além disso, não é possível deixar de perceber que cada vez mais existem no ordenamento jurídico brasileiro formas para unificar a jurisprudência. Isso sem falar que o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) conferiu maior importância, força e vinculação aos precedentes. Tudo isso faz com que o Judiciário tenha uma grande participação na interpretação legislativa.

²⁹Ibid., p. 177.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR / MG. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+477554%2E+NUMERO%2E%29+OU+%28RE%2E+ACMS%2E+ADJ2+477554%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d4woyu3>>. Acesso em : 3 out. 2016.

³¹Vide nota 30.

Nesse ponto, vale trazer a posição de Rodrigo Brandão³². Para o autor, a judicialização da política ocasionou mudanças no sistema da separação de poderes.

O recente fenômeno da judicialização da política implicou um afastamento do modelo positivista-liberal de separação dos poderes. Diante de um cenário em que o Judiciário avança sobre o sentido indeterminado da Constituição, demonstrando coragem em rever as valorações legislativas com base em princípios fluidos, é irrealista considerar que apenas o Legislativo cria direitos; ao contrário, é inegável o papel do Judiciário na criação de normas jurídicas. Isso se torna claro quando se tem em mente que boa parte das Cortes Constitucionais atualmente se pronuncia com efeitos *erga omnes* e vinculantes, de maneira que suas decisões não se limitam a resolver o caso pretérito, mas se destinam a fornecer a resposta sobre questão constitucional controvertida a ser obrigatoriamente seguida pelos demais agentes públicos e privados em hipóteses futuras.

O autor ainda constata que no processo de elaboração das leis, vencer o embate político seria somente a primeira parte, já que seria necessário também vencer o debate jurídico no âmbito do judiciário.

Note-se que em um regime de supremacia parlamentar, a aprovação de uma lei em consonância aos interesses de um determinado grupo representa, basicamente, a sua vitória no embate político, pois, em virtude da rígida vinculação do Judiciário ao direito, não era factível a substituição da regra legal por outra construída pelo Judiciário a partir de interpretação criativa de princípios abertos. Entretanto, hoje, em virtude da maior abertura dos juízes a tal postura ativista, a produção de normas jurídicas não se esgota no Legislativo, antes se prolonga nos Tribunais. Assim, grupos de interesse que logrem pressionar o Parlamento e editar lei não terão vencido a guerra política, mas apenas a sua primeira batalha: após o encerramento do processo legislativo, a disputa política se renovano processo judicial, no qual, embora as “partes” e os interesses contrapostos sejam os mesmos, os instrumentos de batalha são diversos, quais sejam as normas e razões jurídicas, e não apenas argumentos de convencimento político.³³

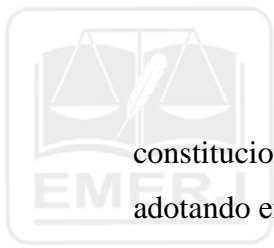
Superada essa questão do relevante papel do Poder Judiciário, outro ponto útil da correção legislativa advém da rediscussão de matérias pelo Legislativo sem levar em consideração das questões fáticas consideradas pelo Judiciário. Nos processos judiciais são levadas em considerações aspectos particulares do caso concreto fazendo com que a visão ampla do assunto não seja prestigiada³⁴. Diferentemente do que ocorre no Legislativo, onde as leis possuem generalidade e abstração.

Outro ponto importante possível de ser observado decorre da múltipla hipótese de interpretação da constituição. Nesse sentido, recomenda-se que o “STF, ao examinar a

³² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2012. p.219.

³³ Ibid.

³⁴ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vidal de. Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 18, nº73, p.160-191, out/dez 2010. p. 178.



constitucionalidade das leis, procure aferir quais os parâmetros que o Poder Legislativo vem adotando em relação ao tema controvertido.”³⁵

Ademais, a correção legislativa da jurisprudência também serviria como uma nova chance ao Judiciário para reavaliar os motivos pelos quais levaram a decidir daquela maneira. “Especialmente na hipótese de a emenda constitucional corretiva ter sido adotada após significativo debate no Congresso com os diversos setores representativos da sociedade, é recomendável que o STF faça nova visita ao tema para avaliar a possibilidade de superação do entendimento jurisprudencial[.]”³⁶

“Dessa forma, a ideia do diálogo constitucional pode ser justificada como uma decorrência natural da adoção de uma postura de desencantamento em relação às visões idealizadas do Judiciário e do Legislativo”.³⁷

Assumindo o fato de que ambos apresentam limitações que maximiza a possibilidade de erros de ambos os lados, a postura do diálogo, ao afirmar que nenhum dos dois Poderes tem o dom natural da “melhor interpretação constitucional”, procura possibilitar que o “erro” interpretativo cometido por um seja rediscutido ou corrigido pelo outro, por intermédio de contínua interação em busca da melhor solução constitucional para o caso.³⁸

“Mesmo no exercício da jurisdição constitucional, existe a possibilidade de o próprio Judiciário “convidar” o Legislativo a editar lei corretiva de seu entendimento jurisprudencial.”³⁹ Essa hipótese pode acontecer quando o próprio Tribunal entender que a decisão a ser proferida não será plenamente eficaz e, portanto, poderia sinalizar para que o legislador edite novo ato normativo.⁴⁰

Outra possibilidade seria o Judiciário, ao proferir uma decisão de inconstitucionalidade, por exemplo, poderia indicar de forma expressa os pontos pelos quais uma nova legislação deveria respeitar para que fosse considerada constitucional.⁴¹ “Em outros termos, o Tribunal poderia “guiar” o legislador, estabelecendo os parâmetros para uma correção legislativa constitucionalmente aceitável de sua jurisprudência.”⁴²

³⁵ Ibid., p. 181.

³⁶ Ibid., p. 185.

³⁷ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vidal de. Notas sobre a Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, São Paulo, nº 181, p.40-56, out. 2010. p. 54.

³⁸ Ibid., p. 47.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.



Por fim, nessa linha de raciocínio cabe trazer como exemplo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.178. Nessa ação discutia-se a constitucionalidade de uma Taxa de Fiscalização Ambiental do Ibama instituída pela Lei n. 9.960/2000⁴³.

O Supremo Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da referida taxa de fiscalização. Contudo, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou em trecho do seu voto que a atividade fiscalizada teria relevância e sugeriu no sentido de edição de nova lei com as devidas correções⁴⁴.

No mesmo ano foi editada a Lei 10.165/2000 que institui a taxa (TCFA) com a mesma finalidade, mas com as devidas alterações apontadas pelo STF. Ademais, Essa última lei foi reconhecida constitucional quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 416.601⁴⁵.

Para Gustavo Vital da Gama de Oliveira⁴⁶: “No constitucionalismo contemporâneo, é marcante o surgimento da teoria do diálogo constitucional, que pretende oferecer uma espécie de caminho intermediário entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa na interpretação constitucional.”

O autor ainda menciona que a “correção legislativa da jurisprudência tangencia praticamente todas as questões atuais da filosofia constitucional, tais como a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o novo desenho da separação de poderes e a definição dos intérpretes da Constituição.”⁴⁷

Ademais, a finalidade seria buscar uma forma mais harmônica entre as forças interpretativas legislativa e judicial da Constituição.⁴⁸ Além disso, no processo interpretativo, as duas forças podem se equivocar e o diálogo constitucional, com a ideia de que “nenhum dos dois poderes tem o dom natural da “melhor interpretação constitucional”, procura possibilitar que o erro interpretativo cometido por um seja rediscutido ou corrigido pelo outro,

⁴³Ibid.

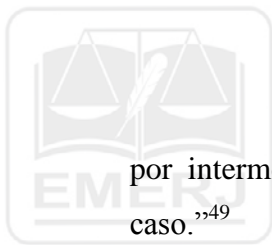
⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2178 MC. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2178&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em : 3 out. 2016.

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 416601/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=416601&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em : 3 out. 2016.

⁴⁶ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. A teoria do Diálogo Constitucional e a correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro. *RDE Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 5, nº 17-18, p.343-390, jan/jun 2010. p.345.

⁴⁷Ibid. 344.

⁴⁸ Ibid. 361



por intermédio de contínua interação em busca da melhor solução constitucional para o caso.⁴⁹

Portanto, o diálogo constitucional se mostra eficaz nessas hipóteses, para que haja uma harmonização do processo interpretativo constitucional.

CONCLUSÃO

Como foi possível observar, o Brasil vive tempos de ativismo judiciário, ou seja, o judiciário atua cada vez mais em diversos setores da sociedade. A atuação do Poder Judiciário, para alguns de forma uns exacerbada, decorre principalmente do déficit de representatividade do Legislativo e de uma inação do Poder Executivo. A consequência disso é uma atuação do Judiciário de forma mais intensa para compensar essa falta.

Após a análise das principais alterações legislativas que tiveram, nitidamente, o cunho de alterar interpretações proferidas pelo Poder Judiciário sobre determinados assuntos, é possível constatar que nem sempre a “última palavra” do processo interpretativo constitucional será do Judiciário. O fenômeno da correção legislativa não é novidade e pode ocorrer em diversos os ramos do direito. Esse artifício utilizado pelo Legislativo possui aspectos positivos e negativos.

Muito embora o Legislativo tenha sua legitimidade justificada por uma representatividade democrática em razão dos votos da maioria, isso não significa que as minorias estarão desprotegidas. Nesse ponto, o constitucionalismo trouxe a noção de que o Judiciário possui relevante papel de garantir direitos a todos, inclusive, para as minorias.

Assim, na busca de um processo interpretativo constitucional mais amplo, democrático e condizente com a vontade majoritário o Judiciário deve levar em consideração as opções do Legislativo. Portanto, um diálogo permanente entre as instituições seria uma solução harmônica para superar a dicotomia entre a supremacia judicial e uma supremacia parlamentar.

⁴⁹ Ibid.

REFERÊNCIAS

ANTONELLI, Leonardo Pietro. Emenda Constitucional 29/200 – Progressividade do IPTU: Inconstitucional correção legislativa da jurisprudência do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 9, nº39, p.96-115, jul/ago 2001.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016

_____. Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5150. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5311&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19. abril. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5150. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5311&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19. abril. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5105&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em : 20 set. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2178 MC. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2178&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 416601/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=416601&classe=RE&codIgoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR / MG. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+477554%2ENOME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+477554%2EA>>



CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d4woyu3>. Acesso em : 3 out. 2016.

MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. A teoria do Diálogo Constitucional e a correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro. *RDE Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 5, nº 17-18, p.343-390, jan/jun 2010.

_____. Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 18, nº73, p.160-191, out/dez 2010.

_____. Notas sobre a Correção Legislativa da Jurisprudência no Direito Constitucional Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, São Paulo, nº 181, p.40-56, out. 2010.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Juan J. Almeida Faria

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – o princípio da insignificância não é um princípio expresso no direito brasileiro, sendo sua aplicação amplamente aceita junto aos tribunais, estando presente nas jurisprudências e nas doutrinas mais conceituadas. O que se encontra como uma lacuna até os dias presentes é a sua discussão em sede de polícia judiciária, quanto a legalidade da aplicação por parte do delegado de polícia. Não se trata de discricionariedade ao delegado de polícia, não se estaria ferindo a competência do Estado, uma vez que a sua aplicação decorre do fato de a conduta não constituir crime. É dever do delegado de polícia garantir, desde a prisão captura, a aplicação correta da lei e assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Palavras-chave – Direito Penal. Insignificância. Excludente de Tipicidade.

Sumário – Introdução. 1. O princípio da insignificância, a finalidade do Direito Penal e o conceito de crime. 2. A figura do delegado de polícia como primeiro garantidor dos direitos fundamentais. 3. Exceção à incidência da insignificância frente ao tipo de bem jurídico tutelado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo colocar em foco a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pelo antes mesmo da existência de um processo, ou seja, ainda em fase investigativa pelo delegado de polícia.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da insignificância é de ampla aplicação e irrestrito qualquer autoridade, ou se há a real necessidade da existência da decisão de uma autoridade específica para que ele seja reconhecido.

A Constituição da República elenca o direito à liberdade como um dos mais resguardados, devendo sua restrição, a prisão, medida violadora desse direito, ser efetivada apenas em casos excepcionais, ou seja, apenas quando a medida for estritamente necessária.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção,



uma vez que, ainda hoje, tem-se entendido como delicada a tal apreciação em sede de delegacia.

Para melhor compreensão do tema, busca-se no primeiro capítulo apresentar o conceito de “insignificância” e compreender como esse conceito foi sendo aplicado e interpretado ao longos dos anos. É abordado o posicionamento da suprema corte sobre o tema, elencando os requisitos apontados para que o instituto possa ser aplicado, bem como as críticas de parte da doutrina sobre tais requisitos.

Além disso, ainda no primeiro parágrafo, é feita uma análise desse instituto em conjunto com outros princípios do direito penal, bem como com a finalidade do direito penal e o conceito de crime, de forma a tornar mais fácil a compreensão do tema e sua correta aplicação.

Já no segundo capítulo, a análise do instituto passa a ser feita a partir da figura da autoridade policial, ou seja, do delegado de polícia, abordando quem ele é, quais as suas atribuições, e como seria essa análise da tipicidade ou atipicidade material.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que no inquérito policial, procedimento administrativo, a autoridade policial deve analisar o fato e decidir, a partir da análise técnico-jurídica, se entende pela ocorrência do crime ou não, e, se haverá ou não o indiciamento. Para isso, é abordado o posicionamento de diversos doutrinadores e da jurisprudência, o texto constitucional e a lei que trata do investigação policial presidida pelo delegado.

Toda a exposição feita no segundo capítulo tem por objetivo fundamentar a possibilidade de aplicação da insignificância pelo delegado de polícia em razão do seu conceito e da sua consequência, tendo em vista a análise feita no primeiro capítulo, pretendendo assim, acabar com a aplicação de penas à cerceamentos de liberdade, ou até mesmo por encarceramentos provisórios desnecessários, por atos que, apesar de contrários à lei, são de reprovabilidade mínima e até mesmo aceitas em raras situações.

No terceiro capítulo da pesquisa científica, é abordado fato de que apesar uma conduta estar na ceara de aplicabilidade da insignificância, e com isso trazer uma barreira para que essa conduta seja considerada crime, não configurando um ilícito penal passível de sanção, acarretando na sua atipicidade, mesmo pelo delegado de polícia, há casos em que a bagatela não será reconhecida, seja pela característica do bem jurídico tutelado, seja pela gravidade da simples conduta, ou pela própria característica do agente que a praticou.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, A FINALIDADE DO DIREITO PENAL E O CONCEITO DE CRIME

Não há como dizer com certeza o marco incial do princípio da insignificância no Direito Penal. Parte da doutrina afirma que a insignificância surgiu no Direito Romano, porém limitada pelo direito privado. Cleber Masson¹ afirma que “invocava-se o brocardo de *minimus non curat praetor*, ou seja, os juízes e tribunais não devem se ocupar de assuntos irrelevantes”.

Com os estudos do jurista alemão Claus Roxin, o princípio da insignificância foi introduzido ao Direito Penal nos anos de 1970. Roxin² afirma que “a insignificância ou

¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. Parte Geral. 9. ed. V. 1. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2015, p. 27.

² ROXIN, apud MASSON. *Ibidem*, p. 28.



criminalidade de bagatela é a vedação a atuação penal do Estado quando a conduta não é capaz de lesar ou no mínimo de colocar em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Com a introdução da insignificância o Direito Penal passa a ser cercado de princípios norteadores e limitadores da sua atuação.

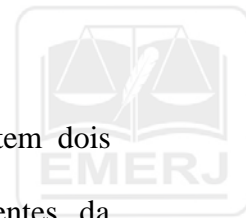
Dentro dessa idéia de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, chamada de Teoria do Bem Jurídico, nasce o princípio da lesividade que se contrapõe ao conceito anterior, mas que complementa a aplicação da insignificância. Roxin³ afirma que “só pode ser castigado aquele que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”. Uma conduta que seja meramente interna ou individual, seja ela pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente, não tem lesividade, e portanto, não tem o condão de legitimar a intervenção penal.

Nilo Batista⁴, complementando a idéia de insignificância, elenca quatro situações a que o Direito Penal deve se abster de atuar, situações essas a que chamou de principais funções da lesividade: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Além da insignificância e da lesividade, há também o princípio da intervenção mínima funcionando como limitador da atuação estatal, estabelecendo que o Direito Penal só deve interferir quando estritamente necessário, ou seja, apenas quando os demais ramos do direito não obtiverem êxito no caso concreto. Isso faz com que o Estado fique impedido de criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana, tendo legitimidade para criar apenas penas estrita e evidentemente necessárias.

³ ROXIN, apud BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12 ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 89.

⁴ ROXIN. *Ibidem*, p. 89 e 90.



Ainda sobre os princípios correlatos à aplicação da insignificância, existem dois outros princípios indispensáveis a compreensão do tema, e que, são decorrentes da intervenção mínima: fragmentariedade e subsidiariedade. A fragmentariedade estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade⁵. Já a subsidiariedade, legitima a atuação do Direito Penal apenas quando os demais ramos do Direito e meios estatais de controle social fracassarem no controle da ordem pública. Masson⁶ explica que “o Direito Penal funciona como um executor de reserva”, ou seja, só será aplicado quando os meios menos invasivos à liberdade individual se mostrarem insuficientes na tarefa de proteção dos bens jurídicos tutelados.

Após breve conceituação da insignificância e de princípios correlatos, deve-se compreender como ela atuará sobre o direito penal, tomando como base finalidade do Direito Penal. Por motivos de política criminal, o Direito Penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos escolhidos pelo legislador, de forma a estabelecer uma sintonia com os anseios da sociedade⁷. É a partir desses bens jurídicos tutelados pela norma penal que poderá ou não haver incidência da insignificância.

Para uma compreensão de como a insignificância atua sobre a conduta criminosa, além de ser imprescindível saber o seu conceito, e entender qual a finalidade do Direito Penal, deve-se atentar para o conceito analítico de crime, ou seja, utilizar um critério formal ou dogmático que se funda nos elementos ou substratos que compõem a estrutura do crime. Para a maioria da doutrina, entre eles Nelson Hungria, Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo e Cezar Roberto Bitencourt, o conceito analítico de crime é trifásico, ou seja, composto pelos elementos Fato Típico, Ilicitude ou Antijuridicidade e Culpabilidade⁸.

⁵ MASSON, op. cit., p. 49.

⁶ Ibid., p. 51.

⁷ Ibid., p. 28.

⁸ Ibid., p. 197.

Ainda sob o foco da estrutura do crime, dentro do Fato Típico há os elementos Conduta, Resultado, Causalidade e Tipicidade. Por sua vez, a Tipicidade divide-se em Tipicidade Formal que é o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente e o modelo descrito pelo tipo penal, e Tipicidade Material ou Substancial que é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Henrique Hoffmann Monteiro de Castro⁹ afirma que “com a evolução dos estudos do Direito Penal, a tipicidade, que era vista sob feição exclusivamente formal, como mera subsunção do fato à norma, passou a ser vista sob outra ótica, abrangendo também o aspecto material, a demandar relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado”.

É nesse último elemento, ou seja, na Tipicidade material, que o princípio da insignificância atua. Trata-se de uma causa de exclusão da tipicidade, ou seja, sua presença acarreta na atipicidade da conduta por ausência da vertente material.

Segundo Celso de Mello¹⁰, o princípio da insignificância qualifica-se como:

[...] fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva material.

A jurisprudência dos tribunais superiores seguiu o mesmo entendimento, no sentido de que ainda que a conduta se encaixe na descrição do tipo penal, não há que se falar em crime caso ausente a relevante lesão ao objeto jurídico. Para que haja uma intervenção penal por parte do Estado deve o jurista perquirir a presença concomitante da tipicidade material. O STF já se manifestou sobre a incidência da insignificância tendo estabelecido vetores, ou seja, requisitos, consolidados na sua jurisprudência.

Segundo Gilmar Mendes¹¹, para a incidência do princípio da insignificância devem ser relevados:

⁹ MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. *Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 24 Ago. 2016.

¹⁰ DE MELLO, apud MASSON, op. cit., p. 29.

[...] o valor do objeto e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Apesar de ser de fácil compreensão a incidência dos vetores utilizados e consolidados na jurisprudência dos tribunais superiores, em especial a do Supremo Tribunal Federal, sua diferenciação torna-se quase que impossível, uma vez que tais requisitos são muito próximos entre si.

Paulo Queiroz¹², criticando a incidência desses vetores utilizados pelo STF, afirmando serem tautológicos:

[...] Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não é perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação, e pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma idéia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo.

Deixando de lado a celeuma doutrinária quanto a similitude ou redundância entre tais vetores, importante a conclusão de que se trata, portanto, de um princípio norteador do Direito Penal e limitador do poder de punir do Estado, aplicável a qualquer delito com ele compatível¹³. Presentes os seus requisitos, sua aplicabilidade acarretará em um indiferente penal quanto a atuação punitiva do Estado, o que deve, ou ao menos deveria, impedir o início de qualquer persecução penal, seja por meio de processo, seja por meio de prisão.

2. A FIGURA DO DELEGADO DE POLÍCIA COMO PRIMEIRO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O delegado de polícia é o primeiro bacharel em direito a se deparar com o indivíduo autor do delito, ou seja, é quem faz a primeira análise da prisão captura, devendo optar após análise jurídica dos fatos pela lavratura ou não do auto de prisão em flagrante, bem como pela representação ou não das cautelares presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118972 – MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342400/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118972-mg-stf/inteiro-teor-159437849>. Acesso em: 21 de set. 2016.

¹² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

¹³ *Ibid.*, p. 34.



O artigo 2º da Lei 12830/13¹⁴, a cerca da atividade exercida pelo delegado de polícia:

Art. 2o As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Como dito anteriormente, o delegado de polícia deve optar ou não pela lavratura do auto de prisão em flagrante, e, ao final do procedimento investigatório, cabe ao delegado, por meio de relatório, fazer a análise jurídica dos fatos, indicando a correta tipificação da conduta do indivíduo preso. Esse ato de, após a análise, indicar a tipificação correta do fato comina em um ato administrativo chamado Indiciamento¹⁵, pelo qual normalmente se inicia a persecução criminal.

O parágrafo 6º do artigo 2º da L. 12830/13¹⁶, expressamente impõe a forma a que o indiciamento deve ocorrer.

§ 6o O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Dessa forma, resta claro que a decisão da autoridade policial deve ser pautada pela correta aplicação da lei e do Direito Penal, não sendo permitido que a prisão de qualquer indivíduo seja pautada por motivos escusos e contrários a norma.

Com o advento da L. 12830/13, o cargo de delegado de polícia foi expressamente equiparado, no que é compatível, aos demais cargos que compõem a persecução penal, não havendo qualquer distinção legal quanto ao limite da interpretação do direito.

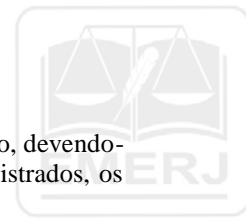
O artigo 3º da L. 12830/13¹⁷, faz essa equiparação sem qualquer tipo de ressalva:

¹⁴ BRASIL. Lei 12830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 06 de set. 2016.

¹⁵ *Indiciamento*, na doutrina, significa atribuir a autoria ou participação de uma infração penal a uma pessoa, ou seja, apontar uma pessoa como provável autora ou partícipe de um delito. Tem natureza dúbia, constituindo-se em fonte de garantias processuais, e, ao mesmo tempo, inegável estigmatizante social, dada a publicidade do ato. É um ato administrativo que representa um considerado antecedente lógico, mas não necessário, do oferecimento da peça acusatória. LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. V. único. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 141.

¹⁶ BRASIL. Lei 12830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 07 de set. 2016.

¹⁷ Ibid.



Art. 3o O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Nessa esteira, está presente o princípio da legalidade¹⁸, garantia fundamental contra a arbitrariedade estatal, e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹, fundamento basilar da República Federativa do Brasil e do estado democrático de direito, elencados de forma expressa na atual Constituição da República, nos artigos 5o, inciso II e 1o, inciso III, respectivamente.

Além da Constituição da República Federativa do Brasil, outros diplomas trazem em seu corpo a dignidade humana, limitador do arbítrio estatal, estando entre eles o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948²⁰:

Artigo 1o: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade.

Diante disso, não se pode defender uma interpretação da lei à depender de qual autoridade esteja diante do fato supostamente delituoso, ou seja, a interpretação quanto a existência ou não do delito não pode ser realizada de uma forma quando for analisada pelo magistrado ou pelo membro do Ministério Público e de outra forma quando analisada pelo delegado de polícia.

¹⁸ Princípio da legalidade, previsto na constituição, assegura aos particulares que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e quanto a atual estatal, de forma mais restrita, assegura que o Estado só pode atuar se previsto na lei. Dessa forma, o referido princípio representa uma garantia para todos os cidadãos, já que por meio dele os indivíduos estarão protegidos pelos atos cometidos pelo Estado e por outros indivíduos, havendo uma limitação no poder estatal em interferir nas liberdades e garantias individuais do cidadão.

¹⁹ Princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na constituição, é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. No âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos.

²⁰ BRASIL, Resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2016.



Em sentido contrário, tem-se decisão do Superior Tribunal de Justiça²¹, de relatoria do Ministro Felix Fischer, em sede de *Habeas Corpus*, no sentido de que somente o Poder Judiciário é dotado de poder para efetuar o reconhecimento do princípio da insignificância, destacando que o juízo acerca da incidência do referido princípio é feito apenas em momento posterior à prisão, pela autoridade judiciária, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto.

A simples instauração do procedimento administrativo investigatório, ou seja, do inquérito policial, já configura um atentado ao *status dignitatis* do indivíduo, configurando um constrangimento ao investigado. Tal ato deflagratório das investigações, só deve ser considerado legal, quando lastreado por justa causa que motive a instauração do procedimento investigatório.

Renato Brasileiro de Lima²², aborda o tema defendendo o trancamento do inquérito por configurar constrangimento, nos casos em que não houver justa causa à sua instauração:

[...] A instauração de inquérito policial contra pessoa determinada traz consigo inegável constrangimento. Esse constrangimento, todavia, pode ser tido como legal, caso o fato sob investigação seja formal e materialmente típico, cuida-se de crime cuja punibilidade não seja extinta, havendo indícios de envolvimento dessa pessoa na prática delituosa. Em tais casos, deve a investigação prosseguir. Todavia, verificando-se que a instauração do inquérito policial é manifestamente abusiva, o constrangimento causado pelas investigações deve ser tido como ilegal, afigurando-se possível o trancamento do inquérito policial.

Não há, portanto, legalidade no ato de instauração de inquérito policial quando ausente a justa causa à sua instauração. Não é por outra razão, que os tribunais superiores vêm trancando inquéritos policiais instaurados para apurar fatos que sejam formal ou materialmente atípicos, ou seja, sem a presença de justa causa. Apesar de não reconhecer a aplicação da insignificância pelo delegado de polícia, o Superior Tribunal de Justiça, com

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 154949 – MG. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15913230/habeas-corpus-hc-154949-mg-2009-0231526-6/inteiro-teor-16835531>. Acesso em: 21 de set. 2016.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 138.



entendimento conflitante com essa negativa, vêm aplicando o trancamento por falta de justa causa.

Para embasar tal afirmação, importante decisão do STJ²³, em sede de *Habeas Corpus*:

O bem subtraído - um cone de trânsito - possui importância reduzida, devendo ser ressaltada a condição econômica do sujeito passivo, pessoa jurídica, que recuperou o bem furtado, inexistindo, portanto, repercussão social ou econômica, atraindo a incidência do princípio da insignificância. Não obstante o valor da res furtiva não ser parâmetro único à aplicação do princípio da insignificância, as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela. Deve ser aplicado o princípio da insignificância à hipótese, sendo que, mesmo que a ação penal já esteja em andamento, esta deve ser trancada, caso contrário, encerre-se o inquérito policial. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

Assim, a corte superior de justiça firmou o entendimento no sentido de que tais condutas, sendo materialmente atípicas, não devem sequer ensejar um indiciamento, quanto mais ações penais.

3. EXCEÇÃO À INCIDÊNCIA DA INSIGNIFICÂNCIA FRENTE AO TIPO DE BEM JURÍDICO TUTELADO

Deixando de lado as discussões quanto aos requisitos de aplicabilidade dessa excludente de tipicidade, qual seja, a insignificância, bem como o seu reconhecimento ou não pelo delegado de polícia ou qualquer que seja a autoridade, há casos em que não poderá ser reconhecida a incidência desse postulado limitador do atuar estatal. Tais casos, não levam em consideração a efetiva lesão ou não, a extensão da lesão, mas sim o tipo de bem jurídico a que a lei se prestou a resguardar, tutelar, não devendo haver margem de ponderação em sua violação.

Não faz parte do dever do delegado, mesmo na figura de garantidor dos direitos fundamentais, excepcionar a aplicação da repressão estatal se a própria lei elencou tais bens

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 218234 – SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428881/habeas-corpus-hc-218234-sp-2011-0216878-6-stj/inteiro-teor-21428882>. Acesso em: 21 de set. 2016.



jurídicos como incompatíveis com a bagatela, seja pela natureza do bem jurídico, seja pela gravidade do cometimento.

O primeiro caso, em que não se pode defender a aplicação da insignificância, é dos crimes hediondos e equiparados, elencados no Art. 1º e 2º da L. 8072/90²⁴:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: Incisos I a VIII.

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: anistia, graça e indulto; fiança.

É possível extrair da simples leitura da lei que, tais crimes, são considerados como de máximo potencial ofensivo. Além da lei em comento, que deu à determinados crimes a roupagem ou a etiqueta da hediondez, podemos extrair também, da própria Constituição Federal, normas que reforçam a gravidade de tais crimes.

Os incisos XLII, XLIII, XLIV, do Art. 5º da CRFB/88²⁵, elenca os chamados mandados constitucionais de criminalização à que o interprete da lei deve se ater quando se deparar com o cometimento de crimes hediondos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Como se pode ver, tais mandados constitucionais de criminalização, reforçam o entendimento de que o Poder constituinte originário resolveu, em casos tais, por dar tratamento mais rigoroso.

²⁴ BRASIL. Lei 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.



Além dos chamados crimes hediondos, não há como defender a incidência da insignificância nos casos de roubo, e demais crimes praticados mediante violência e grave ameaça. E não sem razão, visto que os reflexos derivados por tais crimes, o abalo psicológico, ou até mesmo físico, não podem ser considerados irrelevantes, ainda que o bem material em si o seja. Além disso, importante frisar que tais crimes como o roubo são de natureza complexa, ou seja, tutelam bem jurídicos diversos, o que já inviabiliza a sua incidência.

Nesse sentido, tem-se importante decisão do STJ²⁶ corroborando a tese de não cabimento:

HABEAS CORPUS . PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE BENS JURÍDICOS OFENDIDOS. RELEVÂNCIA DA LESIVIDADE PATRIMONIAL. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA DENEGADO COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NAO DEMONSTRADA. 1. Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa supralegal de exclusão de ilicitude -, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

Outro exemplo de inaplicabilidade da insignificância é o dos crimes contra a Administração pública, elencados nos Arts. 312 a 327 do Código Penal. Tal impossibilidade se dá pelo fato de o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal não ser meramente econômico. Tais normas visam resguardar a moralidade administrativa, bem como a probidade dos agentes públicos, o que inviabiliza a incidência da excludente, uma vez que não há como sustentar irrisória lesão a esses bens tutelados.

A par da ampla jurisprudência nacional nesse sentido, inclusive do própria Suprema Corte, há um julgado admitindo a aplicabilidade da insignificância, somente em casos externos, ainda que cometidos por agentes públicos e contra a administração pública.

Importante julgado do STF²⁷ relativizando o entendimento sobre a não incidência da insignificância nos crimes contra a administração pública:

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 60185 – MG. Relator Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19239402/habeas-corporis-hc-60185-mg-2006-0117708-9/inteiro-teor-19239403>. Acesso em: 21 de set. 2016.



Habeas Corpus. 2. Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade. Precedentes. 4. Ordem concedida.

Além desse crimes, temos também o entendimento firmado no sentido de não aplicabilidade nos casos de contrabando, crimes contra a fé pública, tráfico internacional de armas, entre outros.

Não se pode olvidar do caso da inaplicabilidade nos casos de tráfico de drogas, devido a sua equiparação à hediondez e por sua natureza de crime de perigo abstrato, tendo como bem jurídico tutelado a saúde pública. O entendimento para os casos do Art. 28 da L. 11343/06, ou seja, porte de drogas para consumo pessoal, é, na grande maioria das vezes, igual. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu de maneira diversa, ou seja, acolhendo a tese da insignificância, e, fundamentando sua decisão aplicando os requisitos estabelecidos pela corte.

STF²⁸, a cerca da aplicabilidade da insignificância nos casos de porte para consumo pessoal:

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.

Importante decaatar que, no tocante ao Art. 28 da L. 11343/06, a Suprema Corte está julgando a possibilidade de descriminalização deste crime, em sede de Recurso Extraordinário, RE 635659, estando os votos, até o presente momento, a favor do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, e, conseqüentemente, a descriminalização da conduta.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107370 – SP. Relator Ministro Gilmar mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19845458/habeas-corporus-hc-107370-sp/inteiro-teor-104572795>. Acesso em: 21 de set. 2016.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 110475 – SC. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21398311/habeas-corporus-hc-110475-sc-stf>. Acesso em: 21 de set. 2016.

Assim, fica claro que a jurisprudência, apesar de ainda se mostrar tímida, vem caminhando no sentido de reconhecer a incidência do princípio da insignificância, ou ainda, de reconhecer a inconstitucionalidade da norma incriminadora, e, conseqüentemente, descriminalizar o porte de drogas para consumo pessoal.

CONCLUSÃO

Diante da imposição legal de que a autoridade policial decida juridicamente sobre a prisão captura e do conceito de crime e seus princípios norteadores, sustentar que o delegado, ao se deparar com uma situação que não configura crime, ou seja, fatos que apesar de terem aparência criminosa são afastados da incidência penal por não contemplarem todos os elementos que compõem o crime, deva prosseguir com a lavratura do auto de prisão em flagrante para que só após análise do ministério público e do magistrado se decida pela soltura do preso é defender uma prisão ilegal, uma grave violação ao direito de liberdade do indivíduo, uma persecução penal estatal arbitrária, uma afronta a vários princípios, já citados anteriormente, conseqüências da Carta magna.

Como visto, normas citadas acima são de uma de aplicação imperativa, ou seja, não cabe ao aplicador do direito penal, seja ele quem for, deixar de observar a legalidade e a dignidade humana, ao realizar a prisão, o indiciamento, a denúncia, ou até mesmo a sentença, sem que haja o cometimento de um crime, por questões de disputa de ego entre os membros da polícia judiciária e membros do poder judiciário ou diversidade de posicionamentos.

Não há qualquer óbice legal para que o delegado de polícia deixe de aplicar o encarceramento quando entender que o fato ocorrido não constitui crime. Trata-se de um poder do delegado na missão de primeiro garantidor dos direitos fundamentais. Ao decidir pelo não indiciamento, deve apenas fazê-lo de forma fundamentada. Esse deve ser o entendimento para todo a qualquer caso, desde que evidente e inequívoco, que implique em exclusão do crime.



Essa deve ser a correta interpretação da norma quando presentes os requisitos da aplicação da insignificância. Aliás, da mesma forma, tal entendimento não deve ser restrito aos casos de insignificância, mas também, desde de que de forma inequívoca e com o devido controle externo e posterior do *parquet*, nos casos de legítima defesa e estado de necessidade ou outra excludente da antijuridicidade, nos de imputabilidade ou outra excludente da culpabilidade, afinal de contas, qualquer uma dessas incidências ocasionará o mesmo resultado, qual seja, a exclusão do crime.

Em verdade, é mais do que um poder do delegado de Polícia, a aplicação do princípio da insignificância caracteriza-se mais com um dever no desempenho dessa missão de garantir direitos fundamentais, devendo ser repelidas eventuais interferências escusas em detrimento do interesse público. Entendimento diverso reduziria a autoridade Policial a mero instrumento repressivo, reforçando o viés seletivo do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.

_____. Lei 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 20 de set. 2016.

_____. Lei 12830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12830.htm. Acesso em: 06 de set. 2016.

BRASIL, Resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 07 de set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 154949 – MG. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15913230/habeas-corpus-hc-154949-mg-2009-0231526-6/inteiro-teor-16835531>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 218234 – SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428881/habeas-corpus-hc-218234-sp-2011-0216878-6-stj/inteiro-teor-21428882>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 60185 – MG. Relator Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19239402/habeas-corpus-hc-60185-mg-2006-0117708-9/inteiro-teor-19239403>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 107370 – SP. Relator Ministro Gilmar mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19845458/habeas-corpus-hc-107370-sp/inteiro-teor-104572795>. Acesso em: 21 de set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 110475 – SC. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21398311/habeas-corpus-hc-110475-sc-stf>. Acesso em: 21 de set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. V. único. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. Parte Geral. V. 1. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2015.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policial-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 24 Ago. 2016.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



JUDICALIZAÇÃO DO DIREITO AO MEDICAMENTO

Juliana Brasil Ornellas

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde a uma garantia fundamental. Trata-se de direito individual plenamente exigível, o qual o Estado deve dar a máxima efetividade. No entanto, com a má prestação do direito à saúde e por consequência, ao medicamento, pelo Sistema Único de Saúde, o judiciário se tornou um importantíssimo instrumento para a efetivação desse direito. O presente trabalho tem por objetivo abordar a postura do Poder Judiciário diante do não fornecimento de medicamentos pela Administração aos pacientes que necessitam de tratamento.

Palavras-chaves: Direito a saúde. Assistência. Judicialização.

Sumário: Introdução. 1. Legislação quanto ao direito à saúde. 2. O mínimo existencial frente à reserva do possível. 3. O sistema de freios e contrapesos e a atuação do poder judiciário ao efetivar o direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a efetivação do direito à saúde, previsto expressamente, no artigo 196 da CRFB, tendo como plano de fundo o direito à vida, direito indisponível, bem maior do ser humano. Verifica-se que, com frequência, o Sistema Único de Saúde não atende as necessidades dos pacientes que necessitam de medicamentos para certo tratamento, por não ter condições financeiras de adquirir. Diante dessa falha na prestação de medicamentos, são propostas inúmeras demandas no judiciário com objetivo de obter a tutela jurisdicional adequada, que é a medida liminar, diante da urgência, que determine o fornecimento do medicamento pelo Poder Executivo.



Para a análise do tema, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, além da histórica. O conteúdo será abordado em três capítulos e uma conclusão.

No primeiro capítulo pretende-se explicar sobre a legislação infraconstitucional que garantem o direito a saúde e a sua aplicabilidade e abordar a problemática na falha da prestação pelo ente competente.

Já no segundo capítulo procura-se aprofundar o estudo quanto ao mínimo existencial frente à reserva do possível e a interferência do poder judiciário para efetivação do direito fundamental a saúde.

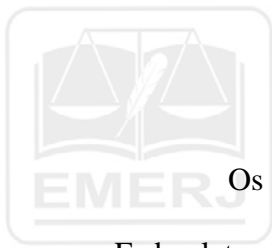
No terceiro capítulo objetiva-se expor o “*Sistema de Freios e contrapesos*” e investigar casos concretos do Superior Tribunal Federal.

Por fim, conclui-se pela necessidade da intervenção do poder judiciário diante da péssima gestão da prestação do serviço público.

1. LEGISLAÇÃO QUANTO AO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, de forma inédita, fez previsão ao direito à saúde, em seu artigo 196¹. Em conformidade com esse artigo, a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, que deve prestar atendimento através de seus postos de saúde, hospitais, programas de prevenção e medicamentos. O atendimento deve ser realizado de forma universal e igualitária, ou seja, deve atender a todas as necessidades do indivíduo e deve ser garantido tudo o que ele precise.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 março 2016.



Os entes federativos têm o dever de propiciar o direito à saúde. A Constituição Federal também prevê em seu artigo 23, II, que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Município cuidar da saúde e assistência pública. Desse modo, há uma responsabilidade entre os entes da federação quanto à efetivação do gozo ao direito à saúde.

Antes da Constituição de 1988, apenas os trabalhadores formais tinham acesso à prestação do serviço público de saúde. Com relação ao restante da população, a prestação do serviço público não era visto como um direito, mas como um favor.

Assim, o direito à saúde foi elevado a direito fundamental. Isso significa dizer que o constituinte se conscientizou de que a vida humana é o bem supremo. É da vida humana que decorrem todos os demais direitos, logo, deve ter amparo constitucional. Após a Constituição de 1988, a prestação da saúde toma um enfoque universal, não sendo restrito aos trabalhadores formais. A população, os brasileiros e os estrangeiros têm o direito constitucional à saúde.

Cumprido destacar que, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à saúde era visto como uma norma programática que direciona o Estado a um fim social a ser seguido. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal mudou de entendimento e fixou o direito à saúde como um direito individual imediatamente exigível. Esse fenômeno é chamado de mutação constitucional, que é a forma pela qual o poder constituinte difuso se manifesta e altera o sentido do texto maior, sem, todavia afetar-lhe a letra. Há uma alteração do significado do texto, que é adaptado conforme a nova realidade na qual a constituição está inserida.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8080/90², regulamenta os artigos 196 e seguintes da

² BRASIL, Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.



Constituição da República Federativa do Brasil. Essa Lei dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), instrumentaliza a realização das políticas públicas de saúde no Brasil, com a finalidade de que o Estado cumpra o seu dever e efetive direitos dos cidadãos.

Em conformidade com a Constituição, a Lei n. 8.080/90, art. 7º I e II, dispõe sobre os princípios que instrumentalizam a atuação do SUS, quais sejam, o da universalidade, integralidade e equidade. O princípio da universalidade garante que qualquer cidadão brasileiro, sem nenhum tipo de discriminação, tem o direito ao acesso aos serviços de saúde.

O princípio da integralidade versa sobre a abrangência e a forma da prestação do serviço de saúde. O Estado deve implementar ações de promoção, proteção e recuperação da saúde de forma não compartilhada.

O princípio da equidade, fundado na noção de igualdade e equidade, significa dizer que o indivíduo deve ser atendido em conformidade com as suas necessidades, pois diante do quadro de diferenciações sociais deve ser atendida a diversidade. Todo aquele que necessita de ações e serviços da saúde deve ter o seu direito assegurado.

Então, o SUS é um instrumento de efetivação do direito a saúde. Trata-se de uma rede hierarquizada e descentralizada, pautada nos princípios da universalidade, integralidade e equidade.

Ademais, um pouco antes da Lei n. 8.080/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA³, em seu art. 11, § 2º, já assegurava o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente. Esse estatuto estabelece que o poder público deve fornecer não só medicamentos, mas também próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. Então, o tratamento e o que mais for necessário, devem ser fornecidos pelo Estado, de forma gratuita, aos que necessitam.

³ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.



O Estatuto do Idoso⁴, que foi editado em outubro de 2003, em seu artigo 15, § 2º assegura ao idoso a proteção integral a sua saúde. Também assegura aos idosos o fornecimento, gratuito, de medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Observa-se que as legislações infraconstitucionais garantem a assistência farmacêutica e o fornecimento de insumos terapêuticos. Cumpre ressaltar, que há uma proteção maior destinada às crianças e aos adolescentes, e aos idosos. Eles têm um tratamento prioritário e, por isso, a lei prevê, expressamente, o fornecimento de insumos.

O SUS, para dar efetividade à assistência farmacêutica, listou medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede pública de saúde. Essa lista é chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

É inegável que a criação do SUS aumentou o acesso da população à saúde. Ocorreram avanços com a implementação do SUS, por exemplo, o processo de descentralização que concedeu maiores responsabilidades aos Municípios na gestão dos serviços de saúde. Entretanto, ainda é um sistema de saúde em desenvolvimento, que visa a garantir a cobertura universal e equitativa. Para o seu desenvolvimento maior, pode-se falar até em uma nova estrutura financeira.

Diante desse quadro, o SUS se assemelha a uma norma programática, ou seja, ainda não presta o serviço de forma plenamente adequada à população, mas pretende, um dia, prestar. É um sistema limitado em um ponto de vista jurídico, pois não garante ao cidadão brasileiro o direito à saúde, de forma igualitária e eficiente.

Nesse contexto, há a judicialização do direito à saúde e, por consequência, ao medicamento. O judiciário, diante da má prestação de serviços do atual sistema de saúde

⁴ BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.



brasileiro, torna-se a maior ferramenta do cidadão, que não possui recursos financeiros, para custear o seu tratamento médico e remédio. Sobretudo, a saúde é um direito fundamental do ser humano, o direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida e dele decorrem todos os demais direitos.

2. O MÍNIMO EXISTENCIAL FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

A judicialização do direito ao medicamento trata de questão de saúde pública, direito fundamental previsto no art. 196 da Constituição Federal. Esse tema envolve debates sobre se pode ou até que ponto o Poder Judiciário deve interferir nas políticas públicas, matéria cuja execução é de competência do Poder executivo. Discute-se quanto ao limite do ativismo judicial e a separação dos poderes.

Em conformidade com o professor Luiz Roberto Barroso⁵, o Ativismo Judicial é uma postura adotada por determinado juiz, que tem por finalidade, através da hermenêutica jurídica expansiva, de concretizar o verdadeiro valor da norma constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão do legislativo, e até mesmo do executivo. O ativismo se dá por diferentes maneiras, como por exemplo, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.

O ativismo judicial não é sinônimo de judicialização, pois esse está relacionado a questões de grande repercussão. De acordo com Barroso, a judicialização representa em grande parte a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o

³BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4.Ed. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 22/8/16.



Supremo Tribunal Federal, através do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, abstrato. A judicialização é um fato enquanto que o ativismo é atitude, ou seja, uma mudança de postura do magistrado.

A judicialização da saúde no Brasil se deu com a Constituição de 1988, que passou a reconhecer o Poder Judiciário, quando adequadamente provocado, um poderoso instrumento de implementação de Políticas Públicas.

Em meados de 1990, quando começaram a chegar aos Tribunais essas ações envolvendo o direito à saúde, era perceptível a prevalência das teses alegadas pela Fazenda Pública, no sentido de impossibilidade de se atender as demandas judicializadas relacionadas à saúde.

Com a evolução da jurisprudência, percebe-se que os Tribunais passaram a resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o mínimo existencial, assim, se iniciou a discussão do mínimo existencial frente à reserva do possível. Nesse momento, os tribunais assumiram uma postura no sentido de dar provimento as prestações jurisdicionais pleiteadas, que envolviam o direito a saúde. Esse quadro se deu a partir do ano de 2000.

No momento atual, a jurisprudência faz uma ponderação diante o caso concreto, observando as políticas públicas brasileira, efetivando o direito à saúde diante de circunstâncias graves e específicas.

A teoria da reserva do possível⁴, que tem precedente histórico alemão, significa que o Poder Executivo, através de sua administração, tem o dever de implementar e garantir o direito à saúde, entretanto, dentro das possibilidades orçamentárias, não podendo deixar de

⁴KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.29.

lado o quadro da falta de recursos estatais.

Na análise de Ingo Sarlet⁵, o Tribunal alemão entendeu que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”

Cumprе destacar que a reserva do possível não pode ser utilizada como um pretexto para justificar a ausência do Estado na implementação de políticas públicas dos direitos de 2ª geração, que são os direitos econômicos, sociais e culturais. De fato a implementação desses direitos é custosa para o Estado, entretanto, a Constituição lhe conferiu a proteção.

Por outro lado, o mínimo existencial significa a existência de um direito pré-constituído, implícito no art. 3ºIII da CRFB, entretanto, expresso nas normas que preveem a imunidade tributária. A erradicação da pobreza e marginalização é um dos objetivos da república Federativa do Brasil.

Em conformidade com o que preleciona Ricardo Lobo Torres⁶, “o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria pobreza”. De acordo com o autor, “há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias”.

No âmbito do Sistema único de saúde há uma Relação Nacional de Medicamentos essenciais (Rename). Essa lista tem como fundamento os medicamentos essenciais à saúde. Assim, se faz necessário ter por base a vida humana, pois sem essa não é possível se pensar em outro direito. O magistrado deve aplicar o princípio da razoabilidade, garantindo o direito

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126.



à vida, ao mínimo existencial, não sendo possível a prevalência da reserva do possível frente aos direitos fundamentais de extrema importância, os quais o Estado tem que garantir.

Em conformidade com o princípio da proporcionalidade, a jurisprudência⁷ vem entendendo que em casos os quais o SUS oferece tratamentos ou medicamentos equivalentes ao pleiteado, o Estado não é obrigado a custear. Nesse caso, não há ofensa ao mínimo existencial, uma vez que o Estado não está inerte.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes⁸ afirma que, “obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, como regra geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a improbidade da política da saúde existente”.

Aqui é importante comentar, de modo a demonstrar a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, a decisão dada pelo ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada 278 do Estado de Alagoas⁹. O referido Ministro decidiu pelo fornecimento de medicamento quimioterápico de alto custo que não consta na lista do SUS. Para tanto, fez as seguintes considerações: que o medicamento estava registrado na ANVISA, atestando a segurança do uso do medicamento; que a paciente era portadora de doença grave e necessitava, com urgência, do tratamento fisioterápico; que a requerente declara não possuía

⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, APL 808142020068070001 DF 0080814-20.2006.807.0001, Relator: Otávio Augusto. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5859510/apelacao-ci-vel-apl-808142020068070001-df-0080814-2020068070001>> Acesso em: 29 set. 2016.

⁸ MENDES, Gilmer Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 676.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 278 AL. Desembargador: Gilmar Mendes, Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087082/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-278-al>>, Acesso em: 29 de set. 2016

Condições de arcar com o custo do tratamento; e que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento.

Assim, a saúde é uma norma constitucional, de eficácia imediata, sendo possível que o judiciário dê efetividade a esse direito fundamental. É necessário ter em mente a máxima efetividade das normas constitucionais, entretanto, deve observar limites. Em um Estado Democrático de Direitos não há direitos absolutos. A reserva do possível, o mínimo existencial e a proporcionalidade são esses limites que se integram e se complementam, devendo ser sopesados no caso em concreto.

3. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO EFETIVAR O DIREITO À SAÚDE.

O “Sistema de Freios e Contrapesos” também chamado de Teoria da Divisão de Poderes tem como principal objetivo evitar que um dos poderes usurpe a função do outro. Em conformidade com o artigo 2º da Constituição Federal o Legislativo, Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si.

A Constituição Federal considera o princípio da separação de poderes como cláusula pétreia, em conformidade com o disposto em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso III¹⁰.

Esse Sistema de Freios e Contrapesos ou Teoria da Divisão de Poderes foi efetivamente desenvolvido pelo filósofo iluminista Montesquieu¹¹, em sua obra O Espírito das Leis, que foi baseado nas obras Política, do filósofo Aristóteles, e Segundo Tratado do Governo Civil, de John Locke.

¹⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 outubro de 2016.

¹¹ MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 168.



Montesquieu¹² explicou e ampliou o sistema de divisão de poderes. Ele estabeleceu autonomia e limites de cada poder, com a finalidade de acabar com governos absolutistas.

Nesse sistema de freios e contrapesos cada poder é autônomo no desenvolvimento de determinada função, entretanto, esse poder é controlado por outros poderes, sendo assim, independentes e harmônicos entre si.

Entre os três poderes há um mecanismo complexo de controles recíprocos, assim, ao mesmo tempo, um poder controla os demais e por eles é controlado. Dessa forma, os Poderes têm as suas funções típicas e também, as suas funções atípicas. Logo, nos dias atuais, o princípio da separação de poderes não é absoluto. Diante de omissões, principalmente nas que se referem a direitos fundamentais, há a possibilidade de um Poder intervir na competência de outro Poder. Isso se dá para evitar abusos.

O doutrinador José Afonso da Silva¹³ entende que o Sistema de Freios e Contrapesos é a divisão de funções entre os órgãos do poder e a sua independência não é absoluta. Afirma que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem atuar com observância no princípio da harmonia, que não significa o domínio de um poder sobre o outro e nem usurpação de atribuições, mas deve haver entre eles consciente colaboração e controles recíprocos para evitar distorções e desmandos. Deve ser buscado um equilíbrio do bem da coletividade.

O direito à saúde e, por consequência, o direito ao medicamento são direitos sociais, fundamentais e o Poder Judiciário tem o dever de intervir para efetivar esses direitos. Para tanto, faz-se necessário que o Judiciário tenha ciência quanto à necessidade do uso do medicamento pelo paciente e a sua falta de condições financeiras para adquiri-lo.

¹² Ibid. p.165.

¹³ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110-111.



Cumpra ao Poder Judiciário dar a máxima efetividade ao direito à saúde frente à omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas. Entretanto, em certas situações, há alguma dificuldade de o magistrado ter certeza quanto à extrema urgência ou não da necessidade do medicamento. Nesses casos, tendo em vista que o magistrado não tem conhecimento sobre políticas públicas de saúde, deverá solicitar perícia.

Sobre a questão de fornecimento de medicamentos, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal¹⁴ reconheceu a repercussão geral nos recursos extraordinários 566471 e 657718. Esses recursos tratam do fornecimento de medicamentos de alto custo e que não estão disponíveis na lista de medicamentos do Sistema Único de Saúde e não registrados pela Agência Nacional de Saúde.

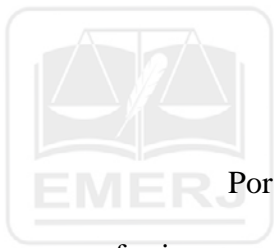
A questão ainda está pendente de julgamento, no entanto, o Ministro Marco Aurélio¹⁵ já ofereceu voto se manifestando no sentido não dar provimento aos recursos extraordinários. De acordo com o voto do ministro, o Estado deve fornecer o medicamento de alto custo, mesmo que não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispersão em Caráter Excepcional, constante no rol dos aprovados. Entretanto, deve-se estar demonstrada a imprescindibilidade, a impossibilidade de substituição do medicamento e a falta de recursos financeiros do enfermo e também, a falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-la.

O Ministro Roberto Barroso¹⁶, em seu voto de vista, reafirmou quanto à obrigação de o Estado de fornecer os medicamentos já incorporados pelo SUS. Ressaltou que, nesse caso, apenas se exige a comprovação da necessidade do remédio e a prévia tentativa de obtenção pela via administrativa.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657718 MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23301847/recurso-extraordinario-re-657718-mg-stf>>. Acesso em: 4 out. 2016.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REs 566471 e 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 04. out. 2016.

¹⁶ Vide nota 15.



Por outro lado, o ministro Luís Roberto Barroso¹⁷ afirmou que se o medicamento não for incorporado pelo SUS, inclusive aqueles que forem de alto custo, em regra, o Estado não está obrigado a fornecê-lo. Assim, de acordo com o referido ministro, devem ser observados pelo Poder Judiciário, cinco requisitos cumulativos para que seja deferida determinada prestação de saúde: “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo”.

O ministro Edson Fachin¹⁸, em seu voto, considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação. De acordo com ele, “as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde”.

Portanto, a prestação individual deve ser excepcional, além de ressaltar que para tal implementação deve existir ampla produção de provas, na qual se demonstre que a opção diversa – disponibilizada pela rede pública – decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para determinado caso “e que, de outro lado, haja medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da medicina baseada em evidências”.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

Assim, é preciso observar cinco parâmetros para pleitear ao Judiciário a prestação de medicamentos: 1) necessária à demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Mesmo que a matéria ainda esteja pendente de julgamento, é notório que no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não há dúvida quanto ao dever do Estado em fornecer medicamento aos necessitados. Percebe-se que a jurisprudência é pacífica quanto ao dar a máxima efetivação dos direitos sociais. O que se discute nos recursos extraordinários mencionados é o fato de o medicamento não contar na lista do SUS e não ter registro na ANVISA. Assim, o Supremo Tribunal Federal tende a adotar critérios para concessão desses medicamentos, sejam eles de alto custo ou não.

CONCLUSÃO

O direito à saúde foi elevado a direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. Deixou de ser uma norma programática e passou a ser um direito plenamente exigível.

O SUS, responsável pela realização do direito à saúde no Brasil, por inúmeras vezes, é falho. Desse modo o judiciário é o meio pelo qual, o cidadão que não dispõe de recursos financeiros, tem para que o seu direito seja efetivado.



Está instalado um quadro de má prestação da saúde pelo Poder Executivo e, por consequência, a má prestação de medicamentos, logo, há violação do direito maior do ser humano, o direito à vida. Diante de inúmeras demandas, cabe aos tribunais ponderar, em cada caso concreto, e se a norma fundamental foi violada e, em caso positivo, o Judiciário deverá efetivar o direito.

Não resta dúvida quanto ao dever do Judiciário de concretizar do direito fundamental à saúde. No entanto, as demandas judiciais sobre o tema são inúmeras e podem acabar de desestruturar a organização do Sistema Único de Saúde e os interesses do mercado com relação à saúde. Para que isso não ocorra, os Tribunais devem fixar critérios para conceder o direito. Por exemplo, o medicamento pleiteado, mesmo que de alto custo, deverá constar na lista de medicamentos do Sistema único de saúde ou ser registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O medicamento pleiteado deve ter a sua eficácia, quanto ao tratamento da doença, comprovada.

Conclui-se, pois, que o Poder Judiciário deve adotar medidas racionais para efetivar as inúmeras demandas que pleiteiam medicamentos e congêneres. Isso porque, a Constituição Federal, ao mesmo tempo, protege o direito universal à saúde e à ordem financeira e tributária do Estado. O direito à saúde deve ser efetivado pelo Poder Judiciário, que deve assegurar a máxima efetividade desse preceito constitucional fundamental, mas para tanto, deve observar critérios razoáveis para a sua concessão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidad Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4.Ed.. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 22/8/16.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 março 2016.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, APL 808142020068070001 DF 0080814-20.2006.807.0001, Relator: Otávio Augusto. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5859510/apelacao-ci-vel-apl-808142020068070001-df-0080814-2020068070001>> Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, STA 278 AL. Desembargador: Gilmar Mendes, Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087082/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-278-al>>, Acesso em: 29 de set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 04.10.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. REs 566471 e 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 04. out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657718 MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23301847/recurso-extraordinario-re-657718-mg-stf>>. Acesso em: 4 out. 2016.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MENDES, Gilmer Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.



OS RECURSOS DE APELAÇÃO E AGRAVO DE INSTRUMENTO: RUPTURAS E CONTINUIDADES NO ÂMBITO DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Juliana Mendez Monteiro

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

Resumo – com o advento de um novo Código de Processo Civil estruturado inteiramente sob a égide de um Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988, há que se ter especial preocupação com a questão da isonomia. Isso porque o sistema recursal vigente no Código de Processo Civil de 1973, notadamente no que tange à apelação e ao agravo de instrumento, permitia uma ampla diversidade de tratamento no que tange aos jurisdicionados, em razão da dúvida do recurso cabível e da diversidade de tratamento dado aos recursos. Com o novo Código de Processo Civil, verifica-se a tentativa do legislador em por fim a essas disparidades, seja pela maior clareza em definir qual o recurso cabível, seja pela unificação no prazo dos recursos de apelação e agravo de instrumento, ou ainda pela uniformização, ainda que incompleta, no tratamento dado a esses dois recursos. Desse modo, pode-se perceber até que ponto o legislador avançou na garantia de um tratamento mais isonômico, bem como quais os seus limites.

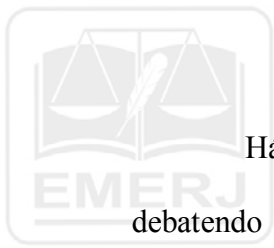
Palavras-chave – Direito Processual Civil. Novo Código de Processo Civil. Recursos. Apelação. Agravo de Instrumento. Tratamento isonômico. Uniformização recursal. Avanços. Críticas.

Sumário – Introdução. 1. A imprecisão do legislador como geradora de tratamento anti-isonômico. 2. A consagração da isonomia no Código de Processo Civil de 2015 como consectário da clareza do legislador. 3. A isonomia processual como decorrência da busca de uniformização do sistema recursal e seus limites. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as diferenças entre a apelação e o agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 1973 e a possibilidade de garantia de um tratamento mais isonômico entre os jurisdicionados a partir da nova dinâmica apresentada pelo novo Código de Processo Civil com base nas rupturas e continuidades apresentadas pelo novo diploma legal.

Para tanto, serão abordadas as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca de tais recursos à luz do antigo Código de Processo Civil e as recentes posições doutrinárias sobre tais recursos na disciplina do Novo Código de Processo Civil.



Há tempos a doutrina contemporânea ao Código de Processo Civil de 1973 vinha debatendo o cabimento de apelação ou agravo de instrumento em determinadas hipóteses consideradas controversas. Isso porque não se chegava a um consenso doutrinário e jurisprudencial sobre se tais decisões tinham natureza de sentença ou decisão interlocutória.

Com a entrada em vigor, em 18 de março de 2016, de um Código de Processo Civil, editado, integralmente, sob a égide da Constituição de 1988 e, conseqüentemente, sob a égide do Estado democrático de Direito, é de se esperar que tal diploma assegure um tratamento processual isonômico aos jurisdicionados.

Tendo em vista a recente entrada em vigor de um novo diploma processual civil e a doutrina ainda incipiente, além da pouca jurisprudência, sobre o tratamento legal dado a vários temas, há a necessidade de que se pesquise e estude as modificações.

Há que se reconhecer que a doutrina ainda é incipiente, e há pouca jurisprudência, sobre o tratamento legal dado a esses recursos. Desse modo, busca-se discutir o novo regramento legal sobre os recursos de apelação e agravo de instrumento, problematizando o sistema processual civil anterior quanto ao tema, verificando eventuais problemáticas que ainda subsistam e quais foram resolvidas com o novo regramento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho ponderando se o regramento do Código de Processo Civil de 1973, no que tange aos recursos de apelação e agravo de instrumento, possibilitava um tratamento anti-isonômico entre os jurisdicionados e, tendo em vista, as diversas decisões divergentes, confirmar que era o que ocorria.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se ainda há dúvidas sobre se o recurso cabível é apelação ou agravo de instrumento e considerando os artigos. 354, p.u., 356, §5º, 1.009 e 1.015, comprovar que tais dúvidas não mais persistem

O terceiro capítulo destina-se a investigar se persistem no novo tratamento legal dado aos recursos de apelação e agravo de instrumento diferenças que possibilitem se falar em falta



de isonomia para se concluir que o novo Código de Processo Civil resolveu em parte tal problemática.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa, com a análise do novo tratamento legal dado aos recursos de apelação e agravo de instrumento no CPC/15 em comparação ao antigo CPC, com base em metodologia exploratória, tendo em vista que se trata de assunto novo, pouco explorado pela doutrina e jurisprudência. Isso tudo com base em metodologia bibliográfica, por ter como fontes principais a legislação e a doutrina – livros e artigos científicos.

1. A IMPRECISÃO DO LEGISLADOR COMO GERADORA DE TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO

Sob o regime do antigo Código de Processo Civil, muito se discutia sobre se o recurso cabível adequado à decisão que se pretendia impugnar seria a apelação ou o agravo de instrumento.

Essa discussão se devia nem tanto ao fato do que previa o referido diploma legal quanto às hipóteses de apelação e agravo de instrumento em si, mas pela definição de sentença e decisão interlocutória que era dada, respectivamente, pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 162¹.

Conforme se depreende da leitura do *caput* e parágrafos do dispositivo supracitado, verifica-se que a definição de sentença é feita por remissão, tendo em vista que a sentença é definida por um ato que leva a uma das situações previstas em dois outros artigos, quais sejam, os artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil de 1973. Tal fato, além de gerar críticas doutrinárias, gerava problemas práticos.

¹ BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.



Alexandre Câmara² aponta, acertadamente, que a sentença deve ser não só o ato que importe em algum dos casos previstos nos artigos 267 e 269 do antigo Código de Processo Civil. Para que se trate sentença, deve haver necessariamente fim de uma determinada fase processual.

Nesse mesmo sentido, se manifestavam Marinoni e Arenhart³, para quem, apesar de clara a redação do parágrafo 1º do artigo 162, não se poderia admitir que uma decisão, a despeito de estar prevista no rol do artigo 267 ou do artigo 269 da lei sob análise, se não pusesse fim a uma fase processual não poderia ser qualificada como sentença.

Ressalta Didier⁴, que há decisões que tratam do mérito, mas não extinguem uma fase processual, como é o caso das decisões antecipatórias de tutela. Da mesma forma, aponta que não são todas as hipóteses previstas no artigo 267 que põem fim ao processo ou a uma de suas fases. Desse modo, as decisões, por ele indicadas jamais poderiam ser tratadas por sentença.

Apesar de, em tese, não haver maiores complicações, fato é que a prática mostrou que havia casos em que a situação não deixava claro qual o provimento jurisdicional dado e, portanto, qual seria o recurso cabível, razão pela qual se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência o princípio da fungibilidade.

Segundo tal princípio, um recurso poderia ser recebido como outro, desde que não fosse caso de erro grosseiro e fosse interposto no prazo daquele menor entre os dois recursos sobre cujo cabimento pairava dúvida. Caso não se atendesse algum desses requisitos o recurso era julgado deserto, como no recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DE LITISCONORTE. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO. INADEQUAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21. ed. V. 1. São Paulo: Atlas. 2011, p. 387.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 8. ed. rev. e atual. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 412.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual*. 7. ed. rev., atual. e ampl. v. 2. Salvador: Juspodium. 2012, p.345-347.



1. A decisão que acolhe exceção de pré-executividade para extinguir o processo quanto a alguns dos executados, sem por fim à execução, deve ser desafiada por agravo de instrumento, caracterizando erro grosseiro a interposição de apelação.
2. Agravo regimental a que se nega provimento⁵.

Como se não bastasse a questão da dúvida acerca do recurso cabível, certo é que tanto o prazo para interposição quanto o processamento dos recursos era distinto.

Dessa forma, caso se consolidasse em determinado tribunal que a decisão atacada era sentença e, portanto, cabia apelação, o advogado tinha mais tempo para elaborar a peça demonstrando os motivos de sua inconformidade. Isso porque, conforme dispunha o art. 508 do Código de Processo Civil de 1973⁶, o prazo para sua interposição, tal qual ocorria nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, era de quinze dias. Enquanto isso, se a mesma questão fosse entendida por outro tribunal como decisão interlocutória, era cabível agravo de instrumento e o patrono do jurisdicionado inconformado tinha apenas dez dias, na forma do artigo 522⁷ do supracitado diploma legal.

No mais, como já mencionado anteriormente, a diferença entre os recursos não residia apenas no prazo para sua interposição, mas no processamento, importa dizer, nas possibilidades que a parte tinha diante de um recurso e não tinha diante de outro.

Era esse o caso do cabimento da sustentação oral, em que o legislador no artigo 554 do antigo Código de Processo Civil⁸, sem qualquer aparente razão justificadora admitia tal possibilidade na apelação⁹ e em todos os recursos que não fossem embargos de declaração ou

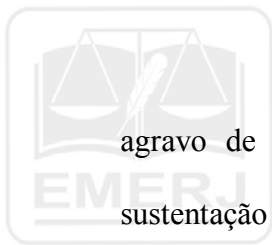
⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Quarta Turma]. AgRg nos EDcl no REsp 1260926 / SP. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58887604&num_registro=201100712473&data=20160322&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 18 abr. 2016.

⁶ _____. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Cabe aqui apenas mencionar que o agravo retido, igualmente interposto em razão de decisão interlocutória, acabava por merecer algum espaço para sustentação oral, uma vez que, como era reiterado em preliminar de apelação e esta admitia a sustentação oral, aquele também o admitia, ainda que não lhe fosse destinado tempo específico.



agravo de instrumento, sendo estes casos expressamente excluídos da possibilidade de sustentação que o dispositivo legal apresentava.

Não é necessário continuar tecendo maiores considerações para demonstrar que a depender da posição adotada pelo órgão jurisdicional, todo o rito referente à manifestação de inconformismo da parte seria diferente, o que não se pode admitir, tendo em vista que pessoas em situações iguais devem ser tratadas igualmente e pessoas em situações desiguais tratadas desigualmente.

Por todo o exposto, entende-se que o tratamento legal dispensado aos recursos de agravo de instrumento e apelação pelo antigo Código de Processo Civil dava causa à tratamento anti-isonômico entre os jurisdicionados.

2. A CONSAGRAÇÃO DA ISONOMIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 COMO CONSEQUÊNCIA DA CLAREZA DO LEGISLADOR.

Como já explanado, o antigo Código de Processo Civil permitia um tratamento materialmente desigual entre os jurisdicionados em razão de falta de técnica legislativa, que gerava dúvidas, para além do erro grosseiro, acerca da correta interpretação dos dispositivos referentes ao agravo de instrumento e apelação. Por consequência, os patronos dos jurisdicionados acabavam por interpor o recurso errado, ou que, pelo menos, na interpretação do magistrado julgador, não era o adequado.

O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, além de melhor técnica legislativa, preocupa-se em, no próprio texto legal, abordar possíveis controvérsias até então só abordadas pela jurisprudência, mas principalmente pela doutrina. É o caso de que tratam o artigo 354¹⁰ e o artigo 356, *caput* e §5¹¹, do referido diploma legal.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹¹ Idem.

De fato, apesar de os supracitados dispositivos estarem inseridos topologicamente na parte destinada a decisões, eles são essenciais para a correta compreensão sobre o recurso cabível. Isso porque, em razão da manutenção no novo diploma processual da lógica de definição do recurso cabível por remição, o que atualmente é feito por seu artigo 1.009, caput e §1º¹² – que assevera que das sentenças cabe apelação, bem como das questões incidentais durante a fase de conhecimento não suscetíveis de recurso de agravo de instrumento – e por seu artigo 1.015¹³ – que estabelece o rol das decisões interlocutórias de mérito das quais cabe agravo de instrumento, além das decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. Desse modo, a doutrina continua a se referir ao que configuraria uma sentença e decisões não impugnáveis por agravo de instrumento para tratar do recurso de apelação¹⁴.

No entanto, não fosse a cautela do legislador na elaboração do diploma vigente de fazer as ressalvas a que se referem seu artigo 354 – nas hipóteses dos artigos 485 e 487, II e III, ainda que se trate de sentença, quando resolve só parte do processo, o recurso cabível é de agravo de instrumento – e seu artigo 356, caput e §5º – que informa os casos de decisão parcial de mérito e ressalta que nesses casos o recurso cabível seria o agravo de instrumento –, a conclusão a que se chegaria pela simples correlação entre a decisão atacada e o recurso em tese cabível seria a de que o recurso cabível é o de apelação.

Tal conclusão afrontaria não só o restante da lógica do novo Código de Processo Civil, mas de tudo que ao que parte da doutrina já produzia e ainda produz a respeito do tema, como é o caso de Alexandre Câmara¹⁵:

Também se admite agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre o mérito do processo. É que no sistema processual inaugurado pelo CPC de 2015 existe a possibilidade de cindir-se a apreciação do mérito da causa (que o dispositivo chama de "mérito do processo"), de forma que uma parcela seja

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual*. 13. ed. reform. V.3. Salvador: Juspodium. 2016, p.161.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2015, p. 521.



apreciada em decisão interlocutória enquanto outra parcela será resolvida na sentença.

Há que se reconhecer, desse modo, a acertada técnica do legislador a fazer apontamentos específicos como os comentados, fato este ressaltado com veemência por Scarpinella Bueno¹⁶:

No conforto da perspectiva teórica, não consigo, prezado leitor, visualizar nenhum caso em que, diante de uma decisão proferida na primeira instância, haja alguma margem de dúvida sobre ela ser *sentença* ou *interlocutória* a desafiar, conseqüentemente, a *apelação* ou o *agravo de instrumento*.
(grifos no original)

Outro ponto que, inegavelmente, contribuiu quando da elaboração do referido Código para evitar confusões quando da elaboração do recurso cabível foi a listagem das hipóteses em que cabível a interposição de agravo de instrumento em seu art. 1.015, combinado com a residualidade da apelação para tratar das demais matérias. Dessa forma, as hipóteses de decisões impugnáveis não abarcadas por agravo de instrumento devem ser atacadas pela apelação, seja pelas preliminares, seja pelo objeto principal.

Não se pode negar que tal sistemática, decorrente em parte da extinção da figura do agravo retido, contribui consideravelmente para impedir confusões decorrentes de interpretações distorcidas dos dispositivos legais que tratam tanto da parte decisória, quanto da recursal. É o que ressalta Didier¹⁷, ao tratar sobre a sistemática inaugurada com o novo Código:

A parte que pretenda recorrer da decisão interlocutória não agravável terá de fazê-lo na apelação contra a sentença ou nas contrarrazões. [...] No regime do agravo retido do CPC-1973, a parte praticava dois atos:[...] Como no sistema do CPC-2015 não cabe o agravo retido, não há razão para a prática de dois atos; a parte simplesmente recorre. Este recurso será veiculado pela apelação ou pelas contrarrazões de apelação. É disto que cuida o § 1º do art. 1.009 do CPC: apelação contra decisão interlocutória não agravável.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo Saraiva, 2015 [e-book]

¹⁷ DIDIER JUNIOR, op.cit., p. 165.

Scarpinella Bueno¹⁸ assevera que só as decisões interlocutórias que admitem agravo de instrumento tem “recorribilidade imediata” e complementa que nesses casos:

não cabe nenhum recurso porque as hipóteses ventiladas estão fora das previsões do art. 1.015. Resta ao interessado suscitar a questão em razões ou contrarrazões de apelo (art. 1.009, §§ 1º e 2º) e, naquele instante – *a posteriori*, não *imediatamente*, portanto –, tentar reverter o que for reversível ou, pura e simplesmente, conformar-se com a decisão tal qual proferida anteriormente.

É certo que, como ressalta Câmara¹⁹, apesar de o rol do art. 1.015 ser taxativo, não é exaustivo, pois o inciso XII faz menção a “outros casos expressamente referidos em lei”. Contudo, por o inciso deixar claro que outras hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são restritas a expressa disposição legal, subsiste a lógica da residualidade da apelação, o que, como já exposto, ajuda a impedir distorções, já que mais bem traçados os limites de cabimento de cada recurso.

Com o sistema estabelecido pela dinâmica do novo Código de Processo Civil residualidade da apelação, temos que, como bem destaca Alexandre Câmara²⁰, que “A apelação é o recurso por excelência.” É bem verdade que tal entendimento não surgiu só com o advento da nova legislação, uma vez que a lógica procedimental dos recursos já, há muito tempo, era estudada a partir do regime do procedimento da apelação. Entretanto, não há dúvidas de que a residualidade reforça tal idéia.

Com base em toda essa ideia de divisão do cabimento dos recursos com base no cabimento por exclusão, certamente está mais claro na atual dinâmica qual é o recurso cabível. Dessa forma, com as regras mais claras, se permite um tratamento mais igual na seara processual, em virtude da ausência de múltiplas possibilidades de interpretação decorrente da maior possibilidade de seguimento dos recursos.

¹⁸ BUENO, op. cit. [e-book]

¹⁹ CÂMARA, op. cit., p. 520.

²⁰ Ibid., p. 508.



3. A ISONOMIA PROCESSUAL COMO DECORRÊNCIA DA BUSCA DE UNIFORMIZAÇÃO DO SISTEMA RECURSAL E SEUS LIMITES.

Resolvida a problemática das dúvidas antes existentes sobre o recurso cabível, passa-se a analisar se o cabimento do agravo de instrumento em vez de apelação, ou vice-versa, poderia vir a gerar tratamento isonômico. Isso em razão do tratamento diferenciado q era dado em diversos aspectos às referidas espécies recursais, na sistemática processual anterior, conforme já discutido no presente trabalho.

Antes de mais nada, há que se ressaltar que um tratamento isonômico no que tange aos recursos não significa identidade de tratamento. Até porque, se assim fosse, não haveria porque se falar em recursos distintos. Obviamente, há peculiaridades de cada recurso que devem permanecer para preservar a lógica de cada recurso.

Entre tais peculiaridades justificadas está o ônus da juntada do agravo de instrumento ao processo que continua tramitando normalmente de modo que o agravado possa exercer adequadamente seu contraditório, excetuada tal necessidade quando se trata de autos virtuais. Sobre tal tema, discorre Scarpinella Bueno²¹:

o *caput* e os §§ 2º e 3º do art. 1.018 impõem que o agravante junte cópia do agravo, da comprovação de sua interposição, e a relação de documentos segundo instrução na primeira instância, em três dias contados da interposição do agravo de instrumento. A despeito do silêncio da regra, parece-me importante entender que eventual documento *novo* apresentado pelo agravante como lhe permite o inciso III do art. 1.017, deva ser apresentado também, exigência necessária para viabilizar o exercício de pleno contraditório pelo agravado. Não se impressione, prezado leitor, com o verbo “poderá”, empregado no *caput* do art. 1.018, [...] porque a não juntada é expressamente sancionada pelo § 3º do dispositivo. A diferença é que a inadmissibilidade do agravo de instrumento por esse fundamento precisa ser arguido e provado pelo próprio agravado nos termos do próprio § 3º.

Da simples leitura do dispositivo legal correspondente, pode-se verificar que, pelo menos no que tange ao prazo para interposição de recurso, o problema não persiste no Novo Código de Processo Civil, conforme a disposição de seu artigo 1.003, §5º²². Isso porque tal dispositivo estabelece que o prazo para interposição de recursos começa a correr da data da

²¹ BUENO, op. cit. [e-book]

²² Vide nota 10.

intimação da decisão e que o prazo para interposição de qualquer recurso que não seja embargos de declaração é de quinze dias úteis.

A doutrina não deixa de observar tal modificação na lógica recursal, sendo que Câmara²³ passa a tratá-la como quase óbvia: “E isto porque, como sabido, o prazo para opor embargos de declaração é de cinco dias, enquanto o prazo para interpor qualquer outro recurso é de quinze dias”.

Didier²⁴, por sua vez, ressalta que foi com a mudança do Código de Processo Civil que veio a unificação dos prazos, aproveitando o ensejo para lembrar outra modificação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, qual seja, a contagem de prazos processuais em dias úteis:

O recurso deve ser interposto dentro do prazo fixado em lei. O CPC-2015 unificou os prazos recursais em quinze dias, ressalvado o prazo para os embargos de declaração (art. 1.003, §50, CPC). Não é demais lembrar que, nos prazos fixados em dias, se computam apenas os dias úteis (art. 219, CPC).

Sobre o prazo, não há muito a acrescentar salvo o que destaca Scarpinella Bueno²⁵ sobre o assunto, isto é que cabe: “ao agravante demonstrar a ocorrência de eventuais feriados que possam ter influenciado a fluência (e não só o vencimento) do prazo”.

No entanto, o prazo distinto entre as espécies recursais em análise não era a única diferença a afligir os operadores do Direito. Uma questão que causava grande preocupação em um advogado ao saber se seu recurso, por exemplo, sobre mérito do processo, na antiga “tutela antecipada”, seria julgado como apelação ou agravo de instrumento era a possibilidade de sustentação oral. Vale recordar que, como já tratado nesse artigo, na dinâmica do antigo diploma processual civil, somente a apelação era passível de sustentação oral.

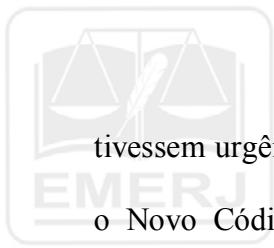
Novamente, porém, o legislador atento à realidade preferiu codificar o que já vinha sendo concedido por alguns tribunais, ou seja, que recursos que tratassem sobre o mérito e

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2015, p. 498.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual*. 13. ed. reform. v.

3. Salvador: Juspodium. 2016, p.120.

²⁵ Vide nota 16



tivessem urgência pudessem ser objeto de sustentação oral no tribunal. Isso é o que consagra o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 937²⁶, que regulamenta como se dá a sustentação oral, bem como suas hipóteses de cabimento, quais sejam, apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência, além de outras hipóteses que a lei venha a prever.

Aqui, em que pese a crítica cabível por o legislador não ter incluído no rol do artigo 937 do referido diploma legal a hipótese de sustentação oral em agravo de instrumento que verse sobre resolução de mérito de parte do processo (hipótese do artigo 354, parágrafo único), há que se reconhecer o avanço do legislador em permitir que recursos impugnado decisões sobre as tutelas de urgência e evidência pudessem ser objeto de sustentação oral.

Conforme parece demonstrar a doutrina, a razão para não admissão de uma gama maior de recursos para sustentação oral seja a possibilidade de inclusão dos recursos em sessão eletrônica, possibilitando um julgamento mais célere. Sobre o tema se manifesta, Câmara²⁷:

Nas hipóteses em que o agravo de instrumento não admitir sustentação oral (a qual só é admissível, nos termos do art. 937, VIII, se a decisão recorrida versar sobre tutela provisória), o julgamento colegiado poderá ser realizado em sessão eletrônica (art. 945).

Em complemento, cabe destacar a mensagem de veto²⁸ referente ao inciso VII do artigo 937 do Novo Código de Processo Civil:

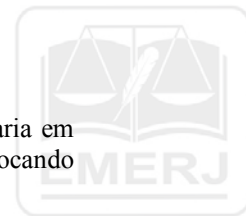
O Ministério da Justiça solicitou, ainda, veto ao dispositivo a seguir transcrito:
Inciso VII do art. 937
“VII - no agravo interno originário de recurso de apelação, de recurso ordinário, de recurso especial ou de recurso extraordinário;”
Razões do veto

²⁶Vide nota 10.

²⁷ CÂMARA, op. cit., p. 528

²⁸ BRASIL. Mensagem nº 56 de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.



A previsão de sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo Código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais.

Há que se perceber que tal ausência de previsão por parte do legislador, não passou isenta de críticas pela doutrina. Scarpinella Bueno²⁹ não só atenta para a possibilidade de os regimentos dos tribunais criarem mais hipóteses em que se admita a sustentação oral como arremata:

E no agravo de instrumento tirado contra a decisão que julga antecipadamente o mérito (art. 356, § 5º)”, perguntará o prezado leitor. Tirante expressa previsão regimental que a preveja, sua admissibilidade pressupõe interpretação ampla e *substancial* da hipótese do inciso I do art. 1.015, ao se referir à apelação. É que, não fosse por aquela técnica de julgamento, a matéria seria reexaminada pelo Tribunal em sede de apelação.
(grifos no original)

Por mais que se reconheça a importância da garantia constitucional da razoável duração do processo, pondera-se, no presente trabalho, que como qualquer princípio não deve ser aplicado de forma absoluta e sim pela clássica técnica da ponderação de princípios. Dessa forma, e notadamente por se tratarem ambos de direitos fundamentais, deve-se preservar o núcleo de ambos os princípios, permitindo que a razoável duração do processo ceda espaço para aplicação do princípio da isonomia.

Desse modo, parece adequado que o legislador deveria ter aproveitado o ensejo da inclusão da possibilidade de sustentação oral em caso de agravos de instrumento que versassem sobre parcela do mérito, de maneira a permitir maior igualdade de condições entre aqueles que tiveram as mesmas questões julgadas em sentença que extinguiu a fase de conhecimento (ao menos antes do recurso) e aqueles em que a ação prossegue com o julgamento apenas de parte matéria originalmente apresentada na demanda.

²⁹ BUENO, op. cit. [e-book]



CONCLUSÃO

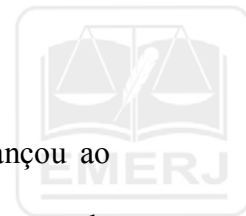
Como já ressaltado, a edição do novo Código de Processo Civil traz muitas expectativas não só à comunidade jurídica, mas à população em geral. Isso porque é essa que terá aplicada à sua realidade concreta as normas trazidas pelo novo diploma legal.

Tal realidade não poderia ser diferente, tendo em vista os anseios por uma resolução do tratamento anti-isonômico, dado pelo sistema processual civil anterior, conforme ressaltado. Aliás, se o Judiciário, popularmente chamado de “Justiça”, num sistema de *civil law*, como o brasileiro tem em sua principal fonte do Direito a lei não é de surpreender que a expectativa é de que a nova lei ingresse no sistema jurídico para garantir um tratamento mais justo.

Por todo o exposto nesse trabalho, percebe-se que o Código de Processo Civil de 2015 cumpriu em boa parte com essa legítima expectativa. Isso porque, ainda que em parte, resolveu a problemática trazida pelo tratamento recursal do diploma anterior no que tange aos recursos de apelação e de agravo de instrumento.

Isso se deve, primeiramente, porque não há como se garantir justiça quando não se conhecem as “regras do jogo”, isso é, se não se sabe qual o recurso deve ser interposto. Ressalte-se, que não se trata de incompetência do operador do Direito, mas pela falta de clareza e ambiguidade decorrente do que o legislador trazia. Quanto a isso o Código de Processo Civil de 2015 resolveu a problemática entrando em minúcias das questões que até então só eram tratadas pela doutrina e jurisprudência.

Outra medida relevante para a garantia de um tratamento mais isonômico foi a uniformização de prazo de 15 dias úteis para todos os recursos, à exceção dos embargos de declaração. Desse modo, não há mais prejuízo à parte se o recurso a ser interposto é um agravo de instrumento ou uma apelação, o advogado ou defensor da parte terá o mesmo prazo para se insurgir contra a decisão proferida.



No que tange à garantia de sustentação oral, tem-se que o legislador avançou ao garantir em lei a extensão do direito de sustentação oral para os casos de agravo de instrumento que tratem de tutela de urgência ou de evidência. No entanto, há que se fazer a crítica de que não deu à mesma garantia aos casos de agravo de instrumento que decidem parcialmente o mérito da questão.

Conclui-se, então, que apesar de eventual crítica, como a falta de garantia de sustentação oral em mais casos de agravo de instrumento, o Código de Processo Civil de 2015 avançou muito em relação ao seu antecessor na garantia da isonomia no sistema recursal de impugnação de decisões de 1º grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973z. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça [Quarta Turma]. AgRg nos EDcl no REsp 1260926 / SP. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=58887604&num_registro=201100712473&data=20160322&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 18 abr. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo Saraiva, 2015 [e-book].

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21. ed. V.1. São Paulo: Atlas. 2011.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual*. 7. ed. rev., atual. e ampl. v. 2. Salvador: Juspodium. 2012



_____. *Curso de Direito Processual*. 10. ed. rev., atual. e ampl. V.2. Salvador: Juspodium. 2015

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual*. 13. ed. reform. v. 3. Salvador: Juspodium. 2016

DOURADO, Sabrina. *Recursos no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/recursos-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 8. ed. rev. e atual. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

POLI, Arthur Augusto Paulo. *O sistema recursal no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8926/O-sistema-recursal-no-Novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em 21 mar. 2016.

SILVA, José Carlos da; FREITAS, André Vicente Leite de. Recurso de apelação e o novo Código de Processo Civil. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/39950/recurso-de-apelacao-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 21 mar. 2016

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA

Karyn Machado de Almeida Crissafe

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

Resumo: O presente trabalho busca discutir a possibilidade jurídica da interrupção da gravidez de fetos com microcefalia. Esse tema vem sendo extremamente debatido na sociedade brasileira, tendo em vista o aumento do número de casos de bebês diagnosticados com tal condição neurológica, ocasionada pela contaminação da mulher, durante a gestação, pelo zika vírus. Ocorre que o aborto é prática criminalizada no Brasil, razão pela qual é preciso analisar se a interrupção da gravidez, nesses casos, poderá ser aceita e corroborada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito Penal. Aborto. Microcefalia.

Sumário: Introdução. 1. Considerações sobre o aborto na atual sociedade brasileira. 2. Breves apontamentos sobre a microcefalia. 3. A possibilidade jurídica do aborto de feto com microcefalia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade jurídica do aborto de feto com microcefalia. Em que pese a doença ser preexistente à epidemia do zika vírus, foi a descoberta de que esse agente infeccioso poderia estar relacionado com o aumento dos casos diagnosticados de microcefalia que tornou-a conhecida pela maior parte da população brasileira.

Busca-se demonstrar a urgência de meios que amenizem essa crise de saúde pública, que gera consequências políticas, econômicas e sociais, sobretudo nas camadas mais pobres da população. Ademais, além dos portadores da doença precisarem de um tratamento que lhes assegure uma existência digna, deve-se pensar nos pais, familiares e responsáveis das crianças que estão por nascer, mas que já receberam diagnóstico positivo para a microcefalia. Isso porque a doença não tem, ainda, cura conhecida, sendo certo que seus portadores precisarão de acompanhamento médico especial e multidisciplinar pelo resto da vida.



O tema é controvertido, pois certamente pedidos de interrupção da gravidez fundados na microcefalia do feto serão levados ao Judiciário. Como o ordenamento jurídico brasileiro não permite a realização de aborto, salvo nos casos expressamente consagrados em lei, a presente questão suscitará diversas discussões, o que pode gerar decisões judiciais conflitantes.

O primeiro capítulo apresenta a concepção de aborto que permeia a sociedade brasileira e, a partir disso, se a interrupção da gravidez de fetos com microcefalia seria aceita por ela, já que o assunto, por si só, é extremamente polêmico, gerando discussões que passam pelas esferas políticas, sociais, de saúde e até religiosas.

Segue-se ao segundo capítulo, discutindo se à microcefalia poderiam ser aplicados os mesmos argumentos utilizados para a autorização do abortamento de fetos com anencefalia, tendo em vista a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto.

No terceiro capítulo será feita a análise pormenorizada do tema central, qual seja: a possibilidade jurídica do aborto de feto com microcefalia. Isso porque, apesar de a interrupção da gravidez ser proibida pela lei brasileira, salvo nos casos excepcionais previstos, a autorização do abortamento poderia significar a efetivação de outros direitos também importantes e consagrados no ordenamento jurídico pátrio, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa, e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza exploratória, uma vez que o tema central é inédito e serão usadas como fontes principais a doutrina, a legislação e a jurisprudência.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO NA ATUAL SOCIEDADE BRASILEIRA

O aborto constitui um dos temas mais polêmicos a serem discutidos na sociedade brasileira contemporânea, suscitando debates que perpassam pelas esferas ética, moral, política, religiosa, social e de saúde pública. No Brasil, a prática do aborto é considerada



crime, que vem tipificado nos artigos 124 a 128 do Código Penal¹, só sendo permitida nos casos em que há risco para a saúde da gestante ou quando a gravidez é resultante de estupro.

Dentro desse contexto, é possível dividir a sociedade brasileira em três grandes grupos distintos. No primeiro deles estão os que são contra a prática do aborto. Geralmente ligados à ideias religiosas, acreditam que há vida humana tão logo ocorra a concepção, razão pela qual a interrupção da gravidez seria o equivalente a um homicídio. Para eles, a mulher é responsável pela gestação indesejada, devendo, portanto, suportar as consequências de sua irresponsabilidade e falta de cuidado. O segundo grupo é mais atrelado a um pensamento biológico, acreditando que até a 12ª semana de gestação o sistema nervoso do feto ainda não é capaz de apresentar qualquer atividade. Dessa forma, nesse período, o aborto poderia ser realizado, “pela mesma razão que as leis permitem a retirada do coração de um doador acidentado cujo cérebro se tornou incapaz de recuperar a consciência”². O último grupo, por sua vez, defende que, se a interrupção da gravidez já ocorrerá de qualquer maneira – visto que não há lei, entidade religiosa ou autoridade capaz de impedir uma mulher de abortar quando ela assim deseja –, que esse procedimento seja realizado por médicos e profissionais capacitados³.

É possível dizer que a questão do aborto está sempre presente no âmbito da sociedade brasileira. Todavia, em determinados contextos, ela se desloca para o centro dos debates, colocando-se como um dos assuntos principais e de maior relevância. E é justamente esse fenômeno que se desenha diante da epidemia do zika vírus que assola o país.

Desde que foi divulgada a existência de uma ligação entre a contaminação de gestantes pelo zika vírus e o nascimento de bebês com microcefalia, pesquisadores, autoridades,

¹ BRASIL. Código Penal. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

² VARELLA, Dráuzio. *A questão do aborto*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-questao-do-aborto/>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

³ Ibidem.



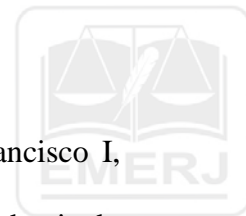
estudiosos, líderes religiosos, políticos e membros da sociedade civil divergem sobre a possibilidade de liberação da interrupção da gravidez de mulheres infectadas.

A organização não-governamental *Anis*, ligada ao movimento feminista, defende a realização do aborto inclusive antes do diagnóstico positivo para a microcefalia do feto. Para os ativistas, essa permissão representaria a efetivação do direito à saúde e da dignidade da mulher. Já para o juiz do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Álvaro Ciarline, a autorização para o abortamento não encontra respaldo nas leis vigentes no país, que só admitem a interrupção da gravidez em casos de estupro e quando há riscos para a saúde da gestante. Contrariando a última posição, Michael Mohallen, coordenador do Centro de Justiça e Sociedade da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), acredita que o ordenamento jurídico pátrio pode ser interpretado a fim de autorizar o aborto, guiando-se, sobretudo, pelo direito à autonomia e à privacidade da mulher, como já foi anteriormente realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no caso de fetos anencéfalos⁴.

Naturalmente, os grupos religiosos também se pronunciaram acerca do tema. Para a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), o aborto não deve ser realizado, uma vez que não se configura como a melhor resposta para o crescente número de casos de microcefalia. Os defensores dessa posição atestam que permitir o aborto seria um total desrespeito com o dom da vida, que precisa ser valorizado, independente da situação ou condição que se apresente⁵. Destacam, além disso, que a relação da doença com o zika vírus ainda não foi provada cientificamente, razão pela qual o estado de alerta não pode resultar em pânico, encarando-se a situação como se ela fosse invencível, apesar de ser de extrema

⁴ COUTO, Marlen. *Legalização de aborto para grávidas com vírus zika gera debate*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/legalizacao-de-aborto-para-gravidas-com-virus-zika-gera-debate-18673752>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

⁵ VERDÉLIO, Andreia. *CNBB volta a criticar aborto em caso de microcefalia*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-02/cnbb-volta-criticar-aborto-em-caso-de-microcefalia>>. Acesso em: 03 abr. 2016.



gravidade⁶. Nessa mesma linha de raciocínio, o líder da Igreja Católica, Papa Francisco I, condenou a realização do aborto, mas defendeu o uso de contraceptivos durante a epidemia do zika vírus, como forma de evitar a ocorrência de uma situação ainda mais grave na vida das mulheres⁷.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha e divulgada em 29 de fevereiro de 2016, 51% dos entrevistados se mostraram contrários à interrupção da gravidez, mesmo nos casos em que o feto foi diagnosticado como portador de microcefalia. Aqueles que defenderam o aborto somaram o total de 32% dos entrevistados, sendo certo que 10% não opinaram. Cabe dizer que, ainda segundo a pesquisa, a rejeição do aborto é maior entre as mulheres (61%, contra 46% dos homens)⁸.

Dessa forma, é possível concluir que o aborto de fetos com microcefalia não alcançará apoio irrestrito de toda a sociedade brasileira, tendo em vista que uma parcela relevante dela ainda é permeada por ideais mais conservadores, que não admitem a interrupção da gravidez. Todavia, não se pode deixar de lado que é cada vez mais numeroso o contingente de pessoas que defendem a descriminalização do aborto em qualquer situação, sobretudo por conta da intensa atuação dos grupos feministas. Para estes últimos, naturalmente, o aborto de fetos com microcefalia é mais do que aceitável; configura-se como um meio de dar efetividade aos direitos das mulheres. Assim, o abortamento nos casos de microcefalia não seria, de pronto, ofensivo ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que este pode ser interpretado de forma a proteger a saúde física e psicológica da mulher gestante e de sua família, o que garantiria a interrupção da gravidez nesses casos.

⁶ MONTEIRO, Tânia. *CNBB condena aborto em caso de microcefalia*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,conferencia-nacional-dos-bispos-condena-aborto-em-caso-de-microcefalia,10000015030>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

⁷ VIEIRA, Isabela. *Aborto em casos de microcefalia não está em debate no governo, diz Cardozo*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/aborto-em-casos-de-microcefalia-nao-esta-em-debateno-governo-diz-cardozo>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

⁸ ESTADÃO CONTEÚDO. *Maioria é contra autorizar aborto para grávidas com zika, aponta pesquisa*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/igvigilante/2016-02-29/maioria-e-contra-autorizar-aborto-para-gravidas-com-zika-aponta-pesquisa.html>>. Acesso em: 03 abr. 2016.



2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A MICROCEFALIA

A microcefalia é uma malformação congênita que faz com que o cérebro não se desenvolva de maneira adequada, ou seja, o perímetro cefálico é inferior ao cientificamente esperado para determinada idade e sexo. Pode ser classificada, quanto ao seu tempo de início, em microcefalia congênita (que já é verificada quando do nascimento da criança) ou em microcefalia pós-natal (quando ocorre uma falha do crescimento do perímetro cefálico após o nascimento da criança)⁹.

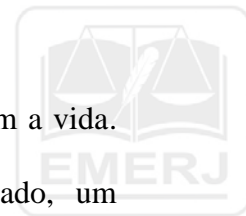
Em cerca de 90% dos casos, os portadores de microcefalia apresentam alterações motoras e cognitivas, além de comprometimento das funções sensitivas (audição e visão)¹⁰. Não raro, há episódios de epilepsia e de espasticidade (rigidez dos músculos). É certo que o aparecimento desses sintomas varia de paciente para paciente, a depender do nível da doença. Normalmente, porém, a pessoa precisará de acompanhamento médico interdisciplinar para o resto da vida, havendo especial destaque para a fisioterapia, que auxilia no desenvolvimento motor e na prevenção de complicações respiratórias, além de evitar o aparecimento de úlceras, que podem surgir por conta da pouca mobilidade do paciente, que passa muito tempo acamado ou em uma cadeira de rodas¹¹.

Com o crescimento dos casos de microcefalia registrados no país, ocorreu uma natural comparação dessa condição neurológica com a anencefalia. Contudo, é preciso destacar que as duas enfermidades guardam profundas diferenças entre si: enquanto a anencefalia é uma condição fatal, caracterizada por um erro no fechamento do tubo neural, sem que haja o desenvolvimento do cérebro, em que os recém-nascidos apresentam uma sobrevida de poucas

⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Protocolo de atenção à saúde e resposta à ocorrência de microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika*. Brasília, DF, v. 2.0, 2016, p. 10. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/public/media/ZgUINSpZiwmb3/64622069021204406934.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

¹⁰ BRASIL, op. cit., 2016, p.10.

¹¹ BELTRAME, Beatriz. *Entenda o que é microcefalia e quais são as consequências para o bebê*. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em: 23 ago. 2016.



horas após o parto¹², a microcefalia, apesar de não ter cura, não é incompatível com a vida. Em que pese seu portador possuir um desenvolvimento psicomotor prejudicado, um tratamento médico adequado é capaz de minorar os sintomas, melhorando a qualidade de vida do paciente¹³.

Por conta disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizou a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, não pode ser usada como único parâmetro para os casos de fetos com microcefalia. Naquela ocasião, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54/DF)¹⁴, oito Ministros entenderam que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria permitida, se assim fosse a vontade da gestante. Cumpre destacar que uma das balizas que fundamentou essa decisão foi justamente o fato de que, na anencefalia, há a certeza do óbito do bebê após o parto, ou seja, há a impossibilidade de vida extrauterina.

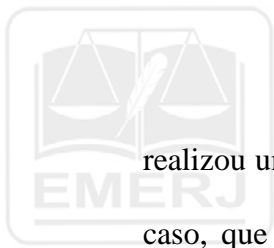
O diagnóstico da microcefalia, ao revés, não significa, por si só, que o feto não será capaz de sobreviver após o parto. Naturalmente, as complicações trazidas pela doença podem levar ao óbito tão logo a criança seja retirada do útero materno ou pouco tempo depois, mas não há a certeza da ocorrência do evento morte, como se tem na anencefalia. Dessa forma, é possível que aquele bebê venha a se desenvolver, chegando até mesmo à idade adulta.

Dentro desse contexto, é preciso destacar que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que autorizou a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos representa uma exceção à criminalização do aborto existente no ordenamento pátrio. É certo que a lei penal já traz em seu bojo as excludentes do crime de aborto, sendo certo que, no julgamento citado, a Corte

¹² CHAGAS, Ângela. *Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?*. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

¹³ GAZETA DO POVO. *Microcefalia e eugenia*. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/microcefalia-e-eugenia-8btkej19zc3b093wgfxiw0c1c>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 24 ago. 2016.



realizou uma análise do dispositivo penal à luz da Constituição Federal. Entendeu-se, naquele caso, que a não interrupção da gravidez representava afronta à saúde física e psíquica da gestante, pois não haveria possibilidade de vida do feto por ela gerado. No entanto, justamente por tal caráter excepcional, a ideia contida na manifestação dos Ministros não pode ser aplicada de forma indiscriminada para qualquer caso em que se pretenda uma autorização para a prática do aborto, independentemente da viabilidade ou não do feto, sob pena de transformar em letra morta um dispositivo legal que ainda está em vigor.

Nota-se, assim, que a discussão acerca do aborto de fetos com microcefalia é um novo tema que deverá ser debatido pelo Judiciário Brasileiro, na medida em que os casos e pedidos de autorização para a interrupção da gravidez sejam a ele encaminhados. Dentro desse contexto, em que pese a decisão acerca dos fetos anencéfalos ser emblemática, representar avanço no que diz respeito aos direitos das mulheres e girar em torno do tema “aborto”, não pode ser usada como único paradigma para a nova questão que está a surgir, uma vez que não se amolda, completamente, a ela. Dessa forma, é preciso levar em conta as peculiaridades da microcefalia e as consequências que a interrupção ou não da gravidez irão gerar na gestante, em sua família e na sociedade como um todo.

3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO DE FETOS COM MICROCEFALIA

Conforme é de notório e amplo conhecimento da maior parte da sociedade brasileira, a prática de aborto é considerada um crime pelo ordenamento jurídico, sendo tipificada nos artigos 124 a 128 do Código Penal¹⁵. As exceções para essa regra, ou seja, os casos em que a prática do abortamento não é considerada um crime, são os casos do aborto necessário (quando a vida da gestante está em risco) e do aborto sentimental (quando a gravidez é resultante de estupro). Mais recentemente, além disso, foi adicionado a essa lista o caso de

¹⁵ BRASIL. Código Penal. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.



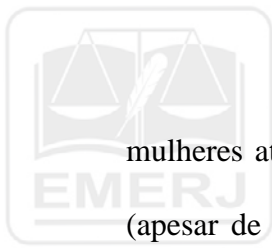
fetos portadores de anencefalia, quando a mãe poderá optar por interromper a gravidez, sem precisar de autorização judicial para tanto.

Dentro desse contexto, o aumento do número de casos de microcefalia acrescentou nova tônica à discussão acerca da possibilidade de interrupção da gravidez, tendo em vista as limitações físicas enfrentadas pelos portadores da doença. Essas pessoas precisarão de acompanhamento médico interdisciplinar por toda a vida, o que representa um problema, sobretudo para as famílias mais pobres, que terão que contar com o precário sistema público de saúde. Apesar de ter sido divulgado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome que as mães de crianças com microcefalia, cuja renda per capita familiar seja inferior a um quarto de salário mínimo, fariam jus ao recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC), no valor de um salário mínimo por mês¹⁶, a realidade das famílias é bem precária. Normalmente, as mães têm que deixar de trabalhar, dedicando-se exclusivamente ao filho com necessidades especiais; os moradores do interior se vêem obrigados a mudar para as capitais, onde terão mais acesso ao tratamento, que nem sempre é oferecido na forma e frequência recomendadas pelos médicos; e o auxílio prometido pelo governo, na maior parte dos casos, não é pago da forma devida, fazendo com que as famílias dependam de doações para sobreviver¹⁷.

Além disso, não são raros os casos de homens que abandonam suas esposas e companheiras por não aceitarem a deficiência dos filhos, culpando-as por tal condição. Na verdade, segundo Jaqueline Loureiro, psicóloga da unidade ambulatorial especializada em microcefalia do Hospital Municipal Pedro I, em Campina Grande, na Paraíba, apenas 10% das

¹⁶ MATOSO, Felipe. *Governo diz que pagará bolsa mensal a famílias de bebês com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/01/governo-diz-que-pagara-bolsa-mensal-familias-de-bebes-com-microcefalia.html>>. Acesso em: 05 out. 2016.

¹⁷ NUNES, Kleber. *Pais de bebês com microcefalia vivem abandono e recorrem à Justiça em PE*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/07/1796583-pais-de-bebes-com-microcefalia-vivem-abandono-e-recorrem-a-justica-em-pe>>. Acesso em: 05 out. 2016.



mulheres atendidas de fato recebem o apoio necessário dos maridos¹⁸. Também é crescente (apesar de ainda não dimensionado pelas autoridades) o número de crianças portadoras de microcefalia que são abandonadas por suas famílias, seja por vergonha, seja por falta de condições financeiras para arcar com os cuidados necessários¹⁹.

Por conta de toda essa problemática, parcela de estudiosos e pesquisadores acreditam que a descriminalização do aborto, nos casos em que o feto seja portador de microcefalia, é uma questão de saúde pública. Segundo Zeid Ra'ad Al Hussein, alto-comissário de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), a simples orientação para que mulheres adiem a gravidez ignora o fato de que nem sempre é possível haver tal controle²⁰. Ademais, um grupo de ativistas, advogados e acadêmicos prepara uma ação, dirigida ao Supremo Tribunal Federal (STF), que visa garantir o direito da mulher de interromper a gravidez nos casos de contaminação pelo zika vírus. De acordo com a antropóloga Débora Diniz, o projeto irá pedir também políticas sociais mais abrangentes para mães de bebês com deficiência, fomentando a inclusão social dessas crianças²¹.

Arelado a esses argumentos está o fato de que o aborto é uma realidade social no Brasil, sendo certo que nada é capaz de impedir uma mulher de interromper a gravidez quando ela assim desejar. Ocorre que aquelas que possuem melhores condições financeiras procuram clínicas amplamente conhecidas, em endereços nobres, para lá realizarem seu intento. As mulheres mais pobres, porém, são obrigadas a se submeter ao procedimento em clínicas clandestinas, sem a menor estrutura ou condição higiênica para tal. Não por outra

¹⁸ CARNEIRO, Júlia Dias. *Mães de bebês com microcefalia enfrentam dificuldades financeiras e abandono de pais na Paraíba*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/201603/160314_maes_microcefalia_abandono_m>. Acesso em: 05 out. 2016.

¹⁹ ARAUJO, Janaina; BERNARDES, Monica; COELHO, Luciano. *No Nordeste, vítimas da microcefalia enfrentam o abandono das famílias*. Disponível em: <<http://www.saude.estadao.com.br/noticias/geral,no-nordeste-vitimas-da-microcefalia-enfrentam-o-abandono-das-familias,10000018784>>. Acesso em: 05 out. 2016.

²⁰ LABOISSIÈRE, Paula. *ONU defende direito ao aborto em países atingidos pelo zika*. Disponível em: <http://m.agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/paises-com-surto-de-zika-devem-autorizar-aborto-defende-onu>>. Acesso em: 05 out. 2016.

²¹ VERDÉLIO, Andréia. *Projeto prevê aumento de pena para aborto em caso de microcefalia*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-03/nao-e-com-aborto-que-se-resolve-os-problemas-da-sociedade-diz-deputado>>. Acesso em: 05 out. 2016.



razão, a cada nove minutos uma mulher morre em decorrência de complicações provocadas por um aborto clandestino²². Dessa forma, seria benéfico aproveitar o ensejo dos casos de microcefalia para rever a criminalização do aborto no país, sendo certo que tal ato salvaria a vida de milhares de mulheres. Não se pode esquecer, nesse sentido, que a possibilidade de interromper uma gravidez indesejada representa avanço na concretização dos direitos femininos, já que as mulheres devem poder tomar suas próprias decisões quando se trata de assuntos ligados à sua vida, como é o caso da maternidade.

Entretanto, apesar do aumento significativo das discussões sobre o tema, o Poder Legislativo ainda se mostra dominado por correntes e pensamentos religiosos e arcaicos, que ignoram o direito à autodeterminação da mulher sob o argumento de uma proteção à vida do feto. Para se ter uma ideia, no bojo de toda a polêmica envolvendo a microcefalia, o Projeto de Lei 4.396/2016, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira, altera o artigo 127 do Código Penal, aumentando a pena de um terço até a metade quando o aborto for cometido em razão de microcefalia ou qualquer outra anomalia do feto²³.

Dessa forma, nota-se que a lei penal continua permeada por ideias e concepções vigentes à sociedade de épocas passadas, ignorando o avanço e a mudança inerentes ao passar do tempo. Nesse sentido, a prática do aborto permanece sendo criminalizada, salvo nas situações excepcionadas pela própria lei ou nos casos de fetos anencéfalos, hipótese permitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, entrando na discussão acerca da possibilidade do aborto de fetos com microcefalia, vê-se que essa situação não se amolda a nenhuma daquelas em que há a permissão legal ou judicial para a interrupção da gravidez. É certo que, se da gravidez de um feto portador de microcefalia resultar risco para a gestante ou se essa gravidez for proveniente de um estupro, o aborto poderá ser realizado, mas isso ocorrerá porque a situação se enquadra

²² *A cada 9 minutos morre uma mulher vítima de um aborto clandestino feito em más condições*. Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/pt/page/380safe-abortion-saves-women-s-lives>>. Acesso em: 05 out. 2016.

²³ VERDÉLIO, op. cit., p. 11.

em uma das hipóteses legais que não consideram a interrupção da gravidez como crime. Além disso, há aqueles, como o juiz goiano Jesseir Coelho de Alcântara, que defendem a possibilidade do aborto quando há comprovação médica de que o feto com microcefalia não irá nascer com vida²⁴.

Fora das hipóteses que autorizam a realização do aborto, contudo, é possível constatar que o ordenamento jurídico pátrio não comporta a interrupção da gravidez de fetos com microcefalia. É certo que a criança acometida pela doença apresentará diversas limitações e problemas em seu desenvolvimento, devendo ter um constante acompanhamento médico interdisciplinar. Entretanto, apesar de ser incurável, a microcefalia não é incompatível com a vida, existindo casos, inclusive, de portadores que chegam à idade adulta.

Por conta disso, permitir o aborto de fetos com microcefalia seria uma prática que, além de sair completamente das exceções previstas em lei, abriria portas para pedidos de aborto de fetos diagnosticados com qualquer doença ou característica, independentemente de haver ou não possibilidade de sobrevivência após o parto, como nos casos de Síndrome de Down, por exemplo. Em que pese o abalo psicológico dos genitores – já que nenhum pai ou mãe deseja que seu filho nasça com alguma deficiência física ou mental – tal prática guarda próxima relação com a chamada eugenia – que busca suprimir características consideradas prejudiciais para as próximas gerações, havendo eliminação dos seres humanos que não são considerados “perfeitos” –, o que não pode ser chancelado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A temática do aborto é questão que suscita diversas discussões dentro da sociedade brasileira, ainda bastante influenciada por dogmas e convencionalismos religiosos. Por conta disso, a interrupção da gravidez permanece sendo tipificada como crime, não obstante o fato

²⁴ SENRA, Ricardo. *Juiz defende direito a aborto em casos de microcefalia com risco comprovado de morte*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_rs>. Acesso em: 07 set. 2016.

de que, na realidade, tal ato é reiteradamente praticado por mulheres de todas as classes sociais.

Devido à dimensão e importância do tema, de tempos em tempos, ele volta ao centro das discussões, sendo certo que a hipótese mais recente se deu por conta do elevado número de crianças com diagnóstico positivo para microcefalia, em decorrência da contaminação das gestantes pelo zika vírus. Dentro desse contexto e, sobretudo, devido às limitações enfrentadas pelos portadores de microcefalia, algumas vezes começaram a despontar no cenário nacional defendendo a possibilidade de descriminalização do aborto nos casos em que o feto fosse diagnosticado com tal condição neurológica.

Entretanto, ainda que se considere que a categorização do aborto como prática criminosa é um entendimento ultrapassado, impedindo que as mulheres tenham controle sobre seu próprio corpo, não se pode simplesmente ignorar o fato de que tal conduta ainda é efetiva e legalmente criminalizada do Brasil. Além disso, o caso da microcefalia não comporta o mesmo argumento utilizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) para autorizar a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, qual seja: a incompatibilidade com a vida, já que a microcefalia não acarreta, necessariamente, a morte do bebê após o parto.

Portanto, permitir o aborto de fetos com microcefalia seria uma prática que, além de sair completamente das exceções legais, abriria portas para pedidos de autorização de interrupção da gravidez de fetos diagnosticados com qualquer doença ou que possuíssem característica diferente daquelas desejadas ou aceitas pelos genitores, independentemente de haver ou não possibilidade de vida após o nascimento, o que não pode ser permitido no atual ordenamento jurídico pátrio.



REFERÊNCIAS

A cada 9 minutos morre uma mulher vítima de um aborto clandestino feito em más condições. Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/pt/page/380safe-abortion-saves-women-s-lives>>. Acesso em: 05 out. 2016.

ARAÚJO, Janaína; BERNARDES, Mônica; COELHO, Luciano. *No Nordeste, vítimas da microcefalia enfrentam o abandono das famílias.* Disponível em: <<http://www.saude.estadao.com.br/noticias/geral,no-nordeste-vitimas-da-microcefalia-enfrentam-o-abandono-das-familias,10000018784>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BELTRAME, Beatriz. *Entenda o que é microcefalia e quais são as consequências para o bebê.* Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. Código Penal. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Ministério da Saúde. *Protocolo de atenção à saúde e resposta à ocorrência de microcefalia relacionada à infecção pelo vírus Zika.* Brasília, DF, v. 20, 2016, p. 10. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/public/media/ZgUINSpZiwmb3/64622069021204406934.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

CARNEIRO, Júlia Dias. *Mães de bebês com microcefalia enfrentam dificuldades financeiras e abandono de pais na Paraíba.* Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2016/03/160314_maes_microcefalia_abandono_rm>. Acesso em: 05 out. 2016.

CHAGAS, Ângela. *Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?.* Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-semcerebro,a5fa00beca2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

COUTO, Marlen. *Legalização de aborto para grávidas com vírus zika gera debate.* Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/legalizacao-de-aborto-para-gravidas-com-virus-zika-gera-debate-18673752>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

ESTADÃO CONTEÚDO. *Maioria é contra autorizar aborto para grávidas com zika, aponta pesquisa.* Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/igvigilante/2016-02-29/maioria-e-contra-autorizar-aborto-para-gravidas-com-zika-aponta-pesquisa.html>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

GAZETA DO POVO. *Microcefalia e eugenia.* Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/editoriais/microcefalia-e-eugenia8btkuj19zc3b093wgfxiw0c1c>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

LABOISSIÈRE, Paula. *ONU defende direito ao aborto em países atingidos pelo zika.* Disponível em: <<http://m.agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/paises-com-surto-de-zika-devem-autorizar-aborto-defende-onu>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MATOSO, Felipe. *Governo diz que pagará bolsa mensal a famílias de bebês com microcefalia*. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/01/governo-diz-que-pagara-bolsa-mensal-familias-de-bebes-com-microcefalia.html>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MONTEIRO, Tânia. *CNBB condena aborto em caso de microcefalia*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,conferencia-nacional-dos-bispos-condena-aborto-em-caso-de-microcefalia,10000015030>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

NUNES, Kléber. *Pais de bebês com microcefalia vivem abandono e recorrem à Justiça em PE*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/07/1796583-pais-de-bebes-com-microcefalia-vivem-abandono-e-recorrem-a-justica-em-pe>>. Acesso em: 05 out. 2016.

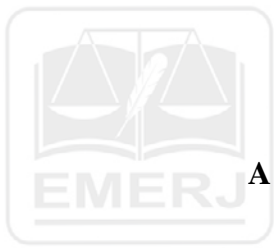
SENRA, Ricardo. *Juíz defende direito a aborto em casos de microcefalia com risco comprovado de morte*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_rs>. Acesso em: 07 set. 2016.

VARELLA, Dráuzio. *A questão do aborto*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-questao-do-aborto/>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

VERDÉLIO, Andréia. *CNBB volta a criticar aborto em caso de microcefalia*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/cnbb-volta-criticar-aborto-em-caso-de-microcefalia>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. *Projeto prevê aumento de pena para aborto em caso de microcefalia*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-03/nao-e-com-aborto-que-se-resolve-os-problemas-da-sociedade-diz-deputado>>. Acesso em: 05 out. 2016.

VIEIRA, Isabela. *Aborto em casos de microcefalia não está em debate no governo, diz Cardozo*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/aborto-em-casos-de-microcefalia-nao-esta-em-debateno-governo-diz-cardozo>>. Acesso em: 03 abr. 2016.



A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Larissa Brauns Santos

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

Resumo: as relações familiares se apresentam, a cada dia, mais complexas. O instituto da família não é mais caracterizado pelos vínculos biológicos apenas, mas também por vínculos afetivos. A doutrina civilista, nos dias de hoje, vem reconhecendo a existência de um valor jurídico para o afeto. Nesse contexto, o presente trabalho tem o escopo de realizar uma análise jurídica sobre a relação de paternidade socioafetiva, buscando expor em que situações ela está caracterizada, bem como a possibilidade de criação de efeitos jurídicos a partir desse vínculo.

Palavras-chave: Direito de Família. Direito Civil. Paternidade Socioafetiva. Posse de Estado de Filho. Princípio da Paternidade Responsável. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Igualdade Entre os Filhos. Obrigação de Prestar Alimentos.

Sumário: Introdução. 1. A Parentalidade Socioafetiva e a Posse de Estado de Filho. 2. A Primazia da Socioafetividade nas Relações de Família: Uma Evolução Jurisprudencial. 3. A Definitividade do Estabelecimento do Vínculo de Parentalidade e o Surgimento de Obrigações. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar o parentesco socioafetivo e seus efeitos no mundo jurídico, destacadamente o dever de prestar alimentos surgido a partir desta relação, com a da análise da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

A Constituição de 1988 revolucionou todo o Direito de Família. Antes, tínhamos uma família matrimonializada, ou seja, o casamento era a única forma reconhecida de constituição de família, e a finalidade única de sua formação era a reprodução. Além disso, a sociedade era patriarcal. Havia a relação de pátrio poder, no qual o homem tinha a posição de chefe da família. Fazia-se a distinção entre filhos, que poderiam ser legítimos ou ilegítimos, e apenas os legítimos teriam proteção jurídico, com direito a alimentos e herança.

Após a Constituição de 1988, surgiram novos paradigmas. Hoje, a nossa ordem constitucional foca na dignidade da pessoa humana e as relações foram despatrimonializadas.

Estabeleceu-se a igualdade entre homem e mulher, inclusive nas relações familiares, de modo que não se fala mais em pátrio poder, mas sim em poder familiar. Com relação aos filhos, a Constituição da República estabelece uma vedação a qualquer tipo de distinção.

O valor jurídico do afeto é, hoje, privilegiado. Nos moldes atuais, a família não se caracteriza somente pelos laços sanguíneos, mas, principalmente, pelo afeto entre as pessoas, pelo projeto de comunhão de vida e pelo reconhecimento dos outros membros como família.

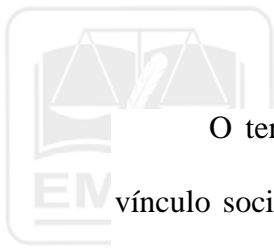
Hoje, entende-se que o legislador não deve tentar pré-conceber modelos de família. O texto legal traz um rol exemplificativo de modelos, pois é impossível prever todas as formas de relações familiares existentes na nossa sociedade.

Entre essas novas formas de relações familiares, está o parentesco socioafetivo. O ordenamento jurídico pátrio ainda não contempla expressamente uma regulamentação da filiação socioafetiva, que sequer é citada no Código Civil. Trata-se de uma construção da doutrina, que traz conceitos e requisitos para a formação dessa relação.

Tal construção doutrinária vem sendo encampada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores nos últimos anos, que vem evoluindo muito no sentido de ampliar o conceito de família e reconhecer os novos modelos, diversos da concepção tradicional.

O primeiro capítulo deste trabalho pretende apresentar a natureza jurídica da relação de paternidade socioafetiva - que é considerada pela doutrina como espécie de parentesco civil -, bem como conceituar o que se entende como “posse de estado de filho”.

O segundo capítulo traz uma breve exposição sobre questões jurisprudenciais relevantes sobre o tema, analisando a evolução dos Tribunais Superiores em relação ao reconhecimento dos modelos de família.



O terceiro capítulo aborda o surgimento de obrigações a partir do reconhecimento do vínculo socioafetivo, que será capaz de gerar todos os direitos e deveres previstos na lei para uma relação de filiação advinda de um vínculo biológico.

A metodologia da pesquisa para o desenvolvimento deste artigo será eminentemente bibliográfica, tendo em vista que haverá o uso da legislação, doutrina, jurisprudência e textos da internet.

1. A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA COMO ESPÉCIE DE PARENTESCO CIVIL E A POSSE DO ESTADO DE FILHO

O art. 1.593 do Código Civil¹, que diz que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, traz duas espécies de parentesco: o parentesco natural, que também pode ser chamado de consanguíneo, e o parentesco civil, que não é definido expressamente pela lei, que fala apenas sobre “outra origem”. Apesar da inexistência de previsão legal com relação ao parentesco civil, extrai-se que se trata de uma decorrência da manifestação de vontade, e possui três subespécies: (i) a adoção; (ii) a filiação decorrente de técnicas de reprodução assistidas, ou seja, situação em que um filho é gerado a partir do material genético de terceiro; e (iii) o vínculo socioafetivo.

De acordo com Christiano Cassetari², a parentalidade socioafetiva deve ser entendida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se fossem parentes, devido a um forte vínculo afetivo entre elas.

Maria Berenice Dias³ sustenta que pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, a função de pai, considerando a paternidade socioafetiva como uma espécie de adoção de fato. A mesma autora destaca que a “adoção à brasileira”, ou seja, o ato de registrar filho alheio como

¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 21 de novembro de 2016.

² CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. São Paulo: Atlas, 2014, 16

³ DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2015, p.406.

próprio, constitui o vínculo socioafetivo. Apesar de tal ato configurar um crime contra o estado de filiação, de acordo com o art. 242 do Código Penal⁴, isso não faz com que sejam afastados os efeitos jurídicos gerados no âmbito do direito de família, caso reste comprovado a posse do estado de filho.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.328.380 - MS⁵, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, apontou que o estabelecimento da filiação socioafetiva em um caso concreto exige a existência simultânea de duas circunstâncias: (i) a vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo, ao despender expressões de afeto à criança, de ser reconhecido, voluntária e juridicamente como tal; (ii) a configuração da denominada “posse de estado de filho”.

E o que seria a “posse de estado de filho”?

Caio Mario da Silva Pereira⁶ explica o significado de “posse de estado” a partir de uma analogia com a posse das coisas. Assim, da mesma forma que esta se traduz no comportamento da pessoa em relação à coisa, análogo ao procedimento do proprietário (visibilidade do domínio), a posse de estado significa desfrutar de uma situação equivalente à de filho.

A doutrina⁷ destaca ainda os critérios fixados para que a posse de estado de filho seja reconhecida: o *nomen*, o *tractatus* e a *fama*. Ou seja, o suposto filho deve usar o sobrenome do suposto pai (*nomen*); dele receber tratamento como filho (*tractatus*) no meio doméstico e familiar; e gozar no meio social do conceito de filho seu (*fama*).

Vale ressaltar que alguns autores dispensam a exigência do *nomen*, apesar de considerarem indispensáveis os dois outros requisitos⁸.

A posse do estado de filho servirá como prova para o reconhecimento da filiação, de modo a gerar o parentesco civil de “outra origem”, a que se refere o art. 1.593 do Código Civil⁹.

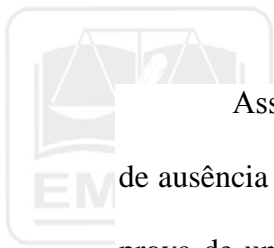
⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 4 de abril de 2016.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.328.380 – MS. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Publicado no DOU de 3 de novembro de 2014. Acesso: 4 de abril de 2016.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 307.

⁷ *Ibidem*

⁸ CASSETARI, op. cit, p. 36.



Assim, do mesmo modo que “posse do estado de casado” serve como prova nos casos de ausência do registro exigido, pode-se entender que a “posse do estado de filho” servirá como prova de um parentesco civil e dará legitimidade ao reconhecimento desta relação, de modo a estender aos filhos socioafetivos os efeitos jurídicos idênticos àqueles em relação aos filhos biológicos e adotivos, como os efeitos sucessórios, alimentícios etc.

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado nº 519, que recomenda que “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse de estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”.

Heloisa Helena Barboza¹⁰ sustenta que o reconhecimento desse vínculo, que gera efeitos para todos os fins de direito, se legitima no melhor interesse da criança e do adolescente, caso o filho seja menor, e no princípio da dignidade da pessoa humana, caso o filho seja maior.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias¹¹ sustenta que, em matéria de filiação, a verdade real é o fato de o filho gozar da posse de estado. A filiação socioafetiva é fundada na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade.

Reconhecida a existência filiação socioafetiva, por meio da prova da “posse do estado de filho”, o filho socioafetivo será juridicamente equiparado a todos os demais filhos, sejam eles decorrentes de um parentesco natural ou civil. Isso porque a Constituição da República¹² estabelece o princípio da igualdade entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminações entre os mesmos, no art. 227 § 7º, ao preconizar 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”.

⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. op. cit. Acesso em: 4 de abril de 2016.

¹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*.

Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>>. Acesso em: 4 de abril de 2016.

¹¹ DIAS, op. cit., p. 406.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 4 de abril de 2016.

2. O VÍNCULO SOCIOAFETIVO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: UMA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

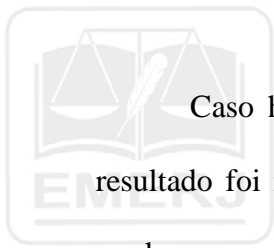
Ainda que não haja nenhuma previsão em lei acerca do fenômeno da parentalidade socioafetiva, os Tribunais Superiores, em diversas decisões recentes, vêm considerando a sua existência.

No entanto, nem sempre foi assim. Paulo Lôbo¹³ destaca que o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 301 (“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”), optou pela prevalência da paternidade biológica. O entendimento é de que, caso o investigado se negue a fazer o exame de DNA, será considerado pai.

O autor critica o entendimento do Enunciado, pois a sua aplicação em qualquer circunstância levaria a considerar o genitor como pai, ainda que houvesse um vínculo socioafetivo formado com outra pessoa. Faz-se uma confusão entre investigação de paternidade e direito de conhecimento da origem genética. Segundo o autor, não se faz uma ressalva a um eventual estado de filiação já constituído, trazendo a possibilidade de que uma história de vida seja desfeita em razão da presunção de paternidade biológica.

Desse modo, a interpretação mais correta em relação ao entendimento firmado pela citada Súmula deveria ser aquela que leva à sua aplicação tão somente aos casos em que a pessoa tem apenas o nome da mãe no seu registro de nascimento, e em que não há a constituição de uma relação socioafetiva de paternidade. Até mesmo porque se trata de uma presunção *juris tantum*, ou seja, relativa, de maneira que a recusa à realização do exame, por si só, não pode levar ao reconhecimento automático da paternidade, uma vez que deve haver a apreciação dos demais elementos probatórios.

¹³ LÔBO, PAULO. *Socioafetividade em família e a orientação do STJ*. Considerações em torno do REsp 709.608. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj>> Acesso em: 6 set. 2016.



Caso haja um vínculo de socioafetividade com aquele que fez o exame de DNA e o resultado foi negativo, a investigação de paternidade deve ser julgada procedente. Do mesmo modo, caso seja reconhecida a posse de estado de filho em uma ação negatória de paternidade, ela será julgada improcedente, independentemente do resultado do exame de DNA. Isso porque essas ações se referem à paternidade, que pode ser natural ou civil, e não se confundem com uma ação de conhecimento da ascendência genética.

O direito ao conhecimento da origem genética é um direito personalíssimo, cuja ação é imprescritível, e busca tão somente saber quem é o genitor, ou seja, aquele que possui vínculos biológicos, ainda que não se queira estabelecer vínculo jurídico algum.

Nos últimos anos, a jurisprudência, de uma forma geral, passou a dar menos importância para a origem genética. No Recurso Especial n. 1.059.214¹⁴, julgado em 2012, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela existência de uma relação de filiação em um caso em que o exame de DNA realizado pelo recorrente teve o resultado negativo. O Ministro Relator Luís Felipe Salomão sustentou, como fundamento de sua decisão, que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética.

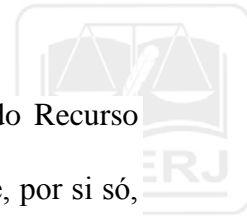
Vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

[...]

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.059.214 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj/inteiro-teor-21399241> > Acesso em 6 set. 2016.



No mesmo sentido, o Ministro João Otávio de Noronha¹⁵, no julgamento do Recurso Especial nº 709.608-MS, afirmou que “a ausência de vínculo biológico não é fato que, por si só, revela a falsidade da declaração da vontade consubstanciada no ato de reconhecimento”.

Desse modo, não haveria como modificar um registro de nascimento que contenha o nome do pai socioafetivo alegando falsidade ideológica. Lembrando sempre que, ainda que não haja a possibilidade de desconstituição do registro, é possível que qualquer pessoa busque judicialmente as origens biológicas, ou seja, a identificação das origens genéticas, uma vez que se trata de um direito fundamental.

Hoje, depois de inúmeras decisões judiciais apontando para a importância da socioafetividade, muitos autores arriscam dizer que há a primazia da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica.

Seguindo tal entendimento, Maria Berenice Dias¹⁶ afirma que a necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. Segundo a autora, “a constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva”.

Por outro lado, Christiano Chaves e Nelson Rosenthal¹⁷, entendem que o critério afetivo não poderia suplantado, cegamente, o critério biológico, sustentando que somente no caso concreto, consideradas as mais diferentes circunstâncias e elementos de prova é que seria possível definir um critério para estabelecer o vínculo paterno-filial.

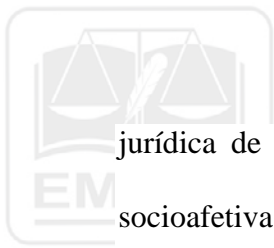
Mais recentemente, no RE 898.060¹⁸, de repercussão geral, julgado em setembro de 2016, da relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 709.608. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5719419/recurso-especial-resp-709608-ms-2004-0174616-7/inteiro-teor-11879948>> Acesso em: 24 de agosto de 2016.

¹⁶ DIAS, op. cit., p. 406.

¹⁷ FARIAS; ROSENVALD, op cit, p. 616.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060 – SP. Relator: Luiz Fux. Publicado no DOU de 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em 21 de novembro de 2016.



jurídica de pluriparentalidade. Pela maioria dos votos, fixou-se a tese de que a paternidade socioafetiva, independentemente de estar declarada em registro público, não impede o reconhecimento concomitante do vínculo de paternidade biológica.

De acordo com o Ministro Luiz Fux,

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos.

Assim, os Tribunais, cada vez mais, vêm admitindo novos modelos de família, de modo a se adequar à realidade atual da sociedade.

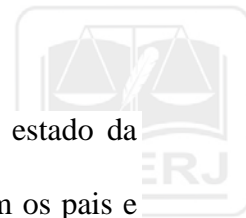
3. A DEFINITIVIDADE DO ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO DE PARENTALIDADE E O SURGIMENTO DE OBRIGAÇÕES

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁹, uma vez estabelecida a filiação pela posse do estado de filho – e, conseqüentemente, caracterizada a paternidade ou maternidade socioafetiva – não é possível a retratação ou revogação deste vínculo pela vontade das partes. Assim, após o reconhecimento da posse do estado de filho, se, por algum motivo, a convivência e a afetividade se interrompem posteriormente, jamais haverá a cessação do vínculo de filiação, uma vez que a proteção adequada da pessoa humana pelo ordenamento jurídico não pode depender de instabilidades emocionais das partes envolvidas.

De acordo com o Ministro Luis Felipe Salomão²⁰, a impugnação da paternidade não pode ter como fundamento apenas a origem genética quando esta estiver em conflito com a paternidade socioafetiva. Ou seja, para que a paternidade seja desconstituída, deve-se demonstrar não apenas a inexistência de origem biológica, mas também que não houve a construção do estado de filiação, marcado pela afetividade e convivência familiar.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 571.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.352.529-SP. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181121079/recurso-especial-resp-1352529-sp-2012-0211809-9/relatorio-e-voto-181121094>>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.



Rolf Madaleno²¹ faz uma comparação entre o caso de reconhecimento do estado da posse de filho e o caso de adoção, em que há o rompimento de qualquer vínculo com os pais e parentes biológicos (salvo no que concerne aos impedimentos matrimoniais), não sendo possível retomar a filiação biológica depois da morte dos pais adotivos. O autor sustenta que o mesmo princípio deve valer para a filiação oriunda da “adoção à brasileira”, uma vez que o aspecto biológico cedeu espaço ao comportamento social e afetivo. De fato, em ambos os casos, reconhece-se como seu o filho de outrem.

Sendo assim, o reconhecimento da posse do estado de filho produz um vínculo definitivo, fazendo com que todos os efeitos jurídicos decorrentes de um vínculo de filiação se estendam à paternidade socioafetiva. Nesse sentido, o artigo 229 da Constituição da República²² merece destaque. O dispositivo determina 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”. Extraem-se daqui direitos e deveres recíprocos, ou seja, o reconhecimento do vínculo não gera obrigações apenas para os pais, mas também para os filhos.

Entre esses direitos/deveres, está o de prestar alimentos. Segundo Yussef Said Cahali²³, os alimentos têm a finalidade de assegurar ao necessitado aquilo que é preciso para a sua manutenção, propiciando-lhe os meios de subsistência, se o mesmo não tem de onde tirá-los ou se encontra impossibilitado de produzi-los.

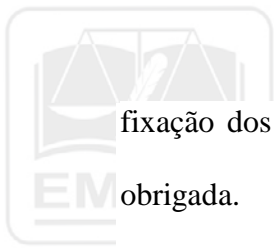
O direito aos alimentos decorre do poder familiar e está previsto no Código Civil²⁴, a partir do art. 1.694, que prevê que os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. O § 1º do dispositivo traz o que a doutrina e a jurisprudência denominam binômio necessidade-possibilidade, que estabelece que a

²¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 539.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acesso em: 21 de novembro de 2016.

²³ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

²⁴ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. op. cit. Acesso em: 21 de novembro de 2016.



fixação dos alimentos deve observar as necessidades do alimentando e os recursos da pessoa obrigada.

Quando o filho é menor de idade, a necessidade é presumida, devido à impossibilidade natural de obter recursos para a própria subsistência.

Por ser uma decorrência do poder familiar, não há dúvidas de que o filho afetivo deve ter reconhecido o seu direito à prestação de alimentos. Andrea Salgado de Azevedo²⁵ sustenta que, reconhecida a paternidade ou maternidade socioafetiva, são aplicáveis os efeitos jurídicos previstos nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, previstos para a adoção: a declaração do estado de filho afetivo, a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos, as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos, a irrevogabilidade da paternidade ou maternidade sociológica, o poder familiar, o sustento do filho ou pagamento de alimentos, o direito de visitas etc.

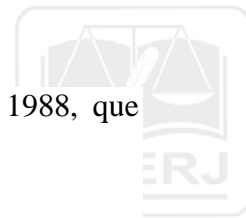
CONCLUSÃO

Neste artigo, buscou-se demonstrar a importância das relações não biológicas nas relações jurídicas contemporâneas.

Viu-se que, ainda que não haja nada previsto na lei com relação à paternidade socioafetiva, a doutrina civilista moderna reconhece a sua existência e vem identificando-a como uma das modalidades de parentesco, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, viu-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, evoluiu consideravelmente nos últimos anos, no sentido de reconhecer novas formas de relação familiar, de modo a conferir direitos aos filhos socioafetivos. Tal evolução deve-se ao surgimento do

²⁵ AZEVEDO, Andréa Salgado. *A paternidade sócio-afetiva e a obrigação alimentar*. 2007. p. 49. Disponível em: <<http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/rdire/article/view/2093/1992>>. Acesso em 24 de agosto de 2016.



princípio constitucional da igualdade entre os filhos, trazido pela Constituição de 1988, que vedou qualquer forma de discriminação entre os filhos e sua origem.

Desse modo, diante do complexo conceito de família que temos atualmente, o vínculo sanguíneo passa a assumir um papel secundário em grande parte dos casos que chegam ao Poder Judiciário, de modo que o magistrado deve ter o cuidado de analisar a realidade dos fatos e relações sociais. A valorização dos vínculos sanguíneos é uma ideia ultrapassada, cedendo espaço à ideia de que “pai é quem cria”.

Por fim, a elaboração deste artigo pretendeu ressaltar a importância e urgência da criação de uma normatização sobre a relação de paternidade socioafetiva, seja dentro do próprio Código Civil ou em uma lei esparsa. Entende-se que a existência de uma previsão expressa pelo legislador seria capaz de conferir maior segurança a todos aqueles que se encontram nesta situação, e dependem dos efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento de uma relação de filiação.

REFERÊNCIAS

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 709.608. Relator: Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5719419/recurso-especial-resp-709608-ms-2004-0174616-7/inteiro-teor-11879948>> Acesso em: 6 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.059.214 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj/inteiro-teor-21399241>> Acesso em: 6 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.328.380 – MS. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0/relatorio-e-voto-153483526>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.352.529-SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181121079/recurso-especial-resp-1352529-sp-2012-0211809-9/relatorio-e-voto-181121094>> Acesso em: 6 set. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 4 abr. 2016.



BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.

AZEVEDO, Andréa Salgado. *A paternidade sócio-afetiva e a obrigação alimentar*. 2007. Disponível em: <<http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/rdire/article/view/2093/1992>>. Acesso em 24 de agosto de 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/7284/6376>>. Acesso em: 4 de abril de 2016.

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: 4 abr. 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LÔBO, PAULO. *Socioafetividade em família e a orientação do STJ*. Considerações em torno do REsp 709.608. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25365/socioafetividade-em-familia-e-a-orientacao-do-stj>> Acesso em: 6 set. 2016.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

INQUISITORIALIDADE X PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: OS IMPACTOS DA LEI 13.245/16 NO INQUÉRITO POLICIAL

Larissa de Siqueira Direito

Graduada pela UFF – Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - o inquérito policial é uma fase pré-processual de extrema importância para o Direito Processual Penal brasileiro. Por essa razão, os advogados sempre lutaram por uma maior participação nos procedimentos investigatórios, tendo obtido este ano, 2016, uma importante ampliação de suas prerrogativas na referida fase, com o advento da Lei 13.245/16, que alterou o estatuto da OAB. Diante de tal ampliação, uma série de questionamentos começou a surgir: Passou a existir contraditório e ampla defesa nas fases investigativas? O inquérito policial deixou de ser inquisitório? A essência do presente trabalho é abordar essas questões, bem como analisar se a referida alteração foi benéfica para a sociedade.

Palavras-chave - Direito Processual Penal. Inquérito Policial. Sistema Inquisitorial. Princípio do Contraditório. Lei 13.245/16.

Sumário - Introdução. 1. O Sistema inquisitorial e o Inquérito Policial. 2. As mudanças Provocadas pela Lei 13.245/16 no Procedimento do Inquérito Policial e seu impacto na prática das investigações. 3. A possibilidade, ou não, da introdução do Contraditório no Inquérito Policial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A alteração trazida ao Estatuto da OAB pela Lei 13.245/16 aumentou a participação do advogado na fase pré-processual investigativa dos processos e, conseqüentemente, deu início a uma série de discussões acerca desse procedimento.

Há tempos, a interpretação majoritária da antiga redação do artigo 7º do Estatuto da OAB, que trata da participação do advogado na fase preliminar de investigação criminal, vinha sendo alvo de críticas, principalmente por parte dos advogados.

Isso porque o referido artigo era interpretado de forma restritiva, em conjunto com a Súmula Vinculante n. 14, no sentido de que os advogados deveriam ter uma participação especialmente reduzida na fase de investigação, tendo em vista o seu caráter inquisitivo e



sigiloso, até então, indiscutível, para que não existisse o risco de o indiciado atrapalhar a investigação. Nessa trilha, a ampla defesa e o contraditório seriam ampla e plenamente assegurados na fase judicial, se fosse o caso desta existir.

Ocorre que em 12 de janeiro de 2016, foi publicada a Lei n. 13.245/16, que alterou o artigo 7º do Estatuto da OAB e, conseqüentemente, afetou diretamente a fase preliminar de investigação criminal.

A mencionada alteração deu ao artigo 7º do Estatuto da OAB uma redação ampliativa em relação à anterior, visto que ampliou significativamente as prerrogativas do advogado no inquérito policial, ou seja, deu um destaque maior à participação da defesa na fase de investigação, possibilitando, inclusive, a apresentação de razões e quesitos durante a apuração de infrações.

A partir da referida mudança, surgiram diversas indagações acerca da possível inserção do princípio do contraditório no inquérito policial, e da possível descaracterização do seu sistema inquisitorial. Indagações essas que devem ser analisadas cuidadosamente.

Este trabalho trata de um tema relevante para a sociedade em geral, tendo em vista que seu objeto de análise, o inquérito policial, tem ligação direta com um dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, qual seja, o direito a liberdade.

Ademais, vale destacar que o assunto em questão cuida de uma inovação legislativa ainda pouco discutida e, portanto, sem jurisprudências e entendimentos consolidados, pelo que é evidente a necessidade de pesquisas e estudos acerca das modificações acarretadas nesse procedimento tão importante, que é o inquérito policial.

O presente trabalho está organizado em três capítulos, com o objetivo principal de analisar se a Lei n. 13.245/16 é capaz de descaracterizar a inquisitorialidade do inquérito policial, bem como discutir de que forma as mudanças trazidas por essa Lei podem afetar a prática das investigações.



O primeiro capítulo visa a trazer uma visão geral do inquérito policial e demonstrar a importância de se manter o caráter inquisitivo do inquérito policial para o correto e legítimo exercício do poder-dever de punir do Estado.

O segundo capítulo, por sua vez, destina-se a analisar em que medida a ampliação das prerrogativas do advogado no inquérito policial podem, de fato, ajudar ou atrapalhar as investigações, do ponto de vista prático, sob o prisma do interesse coletivo.

Por fim, o terceiro capítulo é destinado a demonstrar que, talvez seja possível uma maior participação do advogado no curso do inquérito policial sem que o sistema inquisitivo das investigações seja ferido ou descaracterizado.

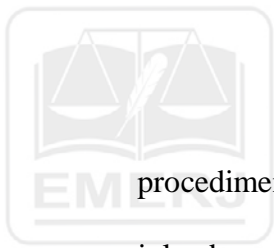
A pesquisa realizada tem natureza qualitativa, em moldes de metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória, aprofundando-se, principalmente, em doutrina e artigos científicos.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O INQUÉRITO POLICIAL

Atualmente, é pacífico o entendimento de que o sistema processual penal brasileiro contemporâneo é misto, visto que na fase pré-processual predomina o sistema inquisitório, e na fase processual predomina o sistema acusatório.

Nesse contexto, importante esclarecer as principais características de cada um deles. De acordo com Aury Lopes Jr.¹, o sistema acusatório possui como principais características: a distinção clara entre as atividades de acusar e julgar, que devem ser exercidas por sujeitos diferentes (Ministério Público e Juiz, respectivamente); a iniciativa probatória pertencente às partes; o julgamento realizado por juiz imparcial e alheio à investigação; a publicidade do

¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.



procedimento; a observância ao pleno contraditório e à ampla defesa; a existência de coisa julgada; e a possibilidade de impugnar as decisões com direito a duplo grau de jurisdição.

O sistema inquisitório, por sua vez, possui características opostas²: as funções de acusar e julgar se concentram em um mesmo sujeito; a iniciativa probatória pertence ao julgador, e não às partes; não há necessidade de um julgador imparcial, já que, nesse caso, as figuras do acusador e do julgador se confundem; o procedimento é secreto; não existe o contraditório pleno; não existe coisa julgada; e há restrições ao duplo grau de jurisdição.

No presente trabalho, o modelo inquisitório é o que merece destaque e atenção especial, tendo em vista que ele é o sistema observado no curso do procedimento do inquérito policial, objeto deste estudo.

O inquérito policial é o procedimento administrativo pré-processual, realizado pela polícia judiciária -civil ou federal- a partir de uma notícia-crime, com a finalidade de averiguar as circunstâncias e a autoria de um fato aparentemente delituoso, para justificar o início, ou o não início, de um processo judicial. Ou seja, o inquérito policial é o sistema de investigação preliminar adotado pelo Brasil.

Como toda investigação preliminar, o inquérito policial não objetiva a satisfação de uma pretensão acusatória e nem a aplicação de uma pena (esse é o objetivo buscado por meio do processo penal). O seu objetivo principal é evitar acusações infundadas, buscando uma probabilidade de existência da hipótese delitiva e indícios de sua autoria, o que, atualmente, é chamado de “justa causa” para o exercício da ação penal.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

O inquérito policial busca apenas a verossimilhança do crime, a mera fumaça (*fumus commissi delicti*), não havendo possibilidade de plena discussão das teses, pois a cognição plenária fica reservada para a fase processual. O inquérito policial não é obrigatório e poderá ser dispensado sempre que a notícia-crime dirigida ao MP disponha de suficientes elementos para a imediata propositura da ação penal.³

² Ibid., p. 122.

³ Ibid., p. 287.

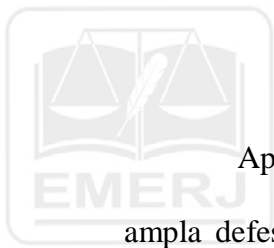


Dessa forma, tendo em vista o principal objetivo do inquérito policial, fica fácil entender a necessidade de se adotar em seu procedimento as características do modelo inquisitório. Isso porque, se no inquérito policial a finalidade é investigar um possível fato delitivo que, em regra, é oculto, e os indícios de sua autoria, não faria sentido, por exemplo, que o próprio investigado requeresse provas, ou tivesse total conhecimento das ações planejadas pela polícia para averiguar a ocorrência do fato, sob pena de total fracasso da investigação. Ademais, vale lembrar que, diferentemente da ação penal, que busca a condenação de alguém ou a aplicação de alguma pena, o inquérito policial busca apenas elementos mínimos para o início de um processo penal, ou seja, busca “filtrar” a notícia-crime, para evitar acusações infundadas.

Por outro lado, considerando esses mesmos objetivos, há que se destacar, também, a influência prática do inquérito policial na vida do investigado, uma que vez que o referido procedimento não possui um fim em si mesmo, mas sim, funciona como um instrumento a serviço do processo, o qual, este, sim, é o meio pelo qual o Estado exerce a sua pretensão punitiva.

Nesse sentido, pode-se dizer que o inquérito policial serve como base para o início, ou não, de um processo penal em face de alguém. Assim, fica evidente o interesse do investigado em ter informações sobre esse procedimento que corre em face dele e é capaz de torna-lo parte de uma ação penal.

Nessa trilha, vale ressaltar que, mesmo que o indiciado se torne réu de um processo e nele venha a ser absolvido, o processo penal, por si só, já causa descrédito, sofrimento, humilhação, estigmatização social e jurídica, entre outros possíveis prejuízos ao acusado. Dessa forma, é inegável o interesse do investigado em participar, acompanhar, e até mesmo exercer o direito de defesa e contraditório no inquérito policial, do qual ele é objeto de investigação.



Apesar de estar assentada, inclusive na jurisprudência, a regra de que não se aplica a ampla defesa e o contraditório na fase pré-processual, é crescente o número de pesquisas acadêmicas no sentido de que a observância dos mencionados princípios seria uma exigência constitucional.

Em relação a esse assunto, merece destaque o posicionamento de Eugênio Pacelli:

De se ver que o contraditório na fase de investigação, em tese, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação. O risco, evidente e concreto, é a perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem examinadas as coisas no cotidiano de nosso Judiciário.⁴

Antes da publicação da Lei 13.245/16, era lugar comum na doutrina a afirmação de que não existia direito de defesa e contraditório no inquérito policial, pelo que os advogados criticavam severamente a estrutura inquisitória desse procedimento.

Ocorre que a mencionada Lei ampliou a participação do advogado no curso da investigação e, em razão disso, surgiu um grande questionamento acerca da possibilidade de tal lei ter implantado um contraditório nessa fase, e até mesmo acerca da possibilidade de a referida mudança descaracterizar o sistema inquisitório e transformar o inquérito policial em um verdadeiro processo. São essas mudanças e questionamentos que serão analisados nos próximos capítulos.

⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.55-56.



2. A AMPLIAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

A Lei n. 13.245/16 alterou o artigo 7º do Estatuto da OAB, ampliando de forma significativa as prerrogativas do advogado no curso de procedimentos de investigação. Nessa trilha, antes de qualquer coisa, é importante esclarecer quais foram as principais mudanças geradas pela referida alteração.

O artigo 7º, do Estatuto da OAB traz um rol de direitos conferidos aos advogados. A Lei 13.245/16 modificou o inciso XIV, e acrescentou o inciso XXI ao mencionado artigo.

Antes da alteração, o artigo 7º, XIV, do referido Estatuto, dispunha que:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;⁵

Conforme se verá adiante, essa antiga redação gerava algumas controvérsias e problemas práticos, em relação, principalmente, à possibilidade do exame de advogado nos autos que não estavam previstos expressamente nesse artigo, bem como sua participação em atos praticados em outras instituições de investigação, que não fossem as repartições policiais.

Após a alteração, o mesmo inciso passou a prever que:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV – examinar em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças, tomar apontamentos, em meio físico ou digital;⁶

⁵BRASIL. Lei 8906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶Ibid.

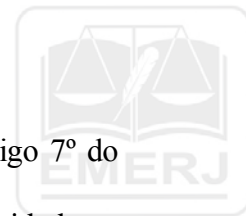


Em comparação aos dois textos, é possível observar três mudanças. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que, de acordo com o texto anterior, era direito do advogado examinar apenas autos de flagrante e de inquérito, e somente em repartição policial. A nova redação, por sua vez, deixa expressamente claro que os advogados possuem direito de examinar os autos de procedimento de investigação, não apenas na Polícia, mas em qualquer instituição que realize investigações de infrações como, por exemplo, o Ministério Público, e as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), entre outras.

Em segundo lugar, cumpre salientar que, com a mudança, o advogado passa a ter direito de acesso à investigações de qualquer natureza, e não somente aos autos de flagrante e inquéritos. Dessa forma, agora não mais importa o nome que se dá ao procedimento da investigação, podendo o causídico ter acesso, por exemplo, ao inquérito policial; ao termo circunstanciado; ao boletim de ocorrência circunstanciado; e até ao procedimento de investigação criminal, que tramita no Ministério Público, já que o exame dos autos não se limita aos procedimentos que ocorrem na repartição policial. Nesse sentido, como bem destaca Eduardo Luiz Santos Cabette⁷, cumpre, ainda, ressaltar que, agora, os advogados tem direito de examinar, inclusive, autos de investigações que não sejam criminais, como por exemplo, Processos Administrativos; Sindicâncias; Inquérito Civil Público; ou qualquer apuração administrativa, uma vez que o artigo não faz qualquer ressalva.

Por fim, o inciso em análise passou a prever a possibilidade de o advogado tirar cópias dos autos e realizar apontamentos, tanto por meio físico, como, também, por meio digital, o que não constava na redação anterior, ou seja, atualmente é possível que o advogado tire fotos dos autos da investigação que lhe interessa, por exemplo.

⁷CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal*. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092/primeiros-comentarios-a-lei-13245-16-que-altera-o-estatuto-da-oab-e-regras-da-investigacao-criminal>>. Acesso em: 15 set. 2016.



No que tange ao inciso XXI, e sua alínea “a”, que foi acrescentado ao artigo 7º do Estatuto⁸, esse conferiu mais direitos aos advogados. Com o advento de tal novidade, o advogado passa a ter, expressa e claramente, o direito de estar presente no interrogatório e nos depoimentos que forem colhidos durante a apuração da determinada infração, com o objetivo de auxiliar seu cliente que esteja sendo investigado e, de acordo com sua alínea “a”, além de estar presente nos atos de apuração, o advogado tem o direito, também, de apresentar razões, ou seja, argumentar ou defender um ponto de vista; e, ainda, apresentar quesitos, seja durante o interrogatório/depoimento, ou por escrito, durante o curso do procedimento.

Importante destacar que antes da promulgação da Lei n. 13.245/16⁹, os advogados, por vezes, tinham esse direito negado, sob o argumento de que não havia previsão legal, o que evidentemente não pode mais ocorrer, visto que o inciso em análise, além de prever expressamente tal direito, dispõe que, no caso de o advogado ter ele descumprido, tanto o interrogatório/depoimento, quanto os elementos investigatórios e probatórios decorrentes ou derivados dele, estão sujeitos à nulidade absoluta. Além disso, a autoridade responsável por negar tal direito, pode responder por abuso de autoridade.

Tendo em vista as mudanças expostas acima, não há dúvidas de que houve, na prática, um significativo aumento da participação dos advogados na fase investigativa, e de que, conseqüentemente, foi conferida ao investigado uma maior segurança no curso dessa fase.

Cumprе ressaltar que as alterações em análise, apesar de assegurarem uma maior observância às garantias do investigado, não trazem qualquer prejuízo à sociedade, uma vez que em nada atrapalham o prosseguimento da investigação. Nesse sentido, importante esclarecer que, nos casos em que existam elementos de provas relacionados a diligências em andamento, não documentadas nos autos, de acordo com o §11, do artigo 7º, do Estatuto da

⁸ BRASIL, vide nota 5.

⁹BRASIL. Lei n. 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: 16 set. 2016.

OAB¹⁰, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado, quando houver risco de comprometimento da eficiência ou da finalidade das diligências, sem que isso configure desobediência ao inciso XIV, do mesmo artigo.

Conforme bem explica Márcio André Lopes Cavalcante¹¹, antes mesmo da inclusão do inciso XXI, a doutrina e a jurisprudência já afirmavam que são garantidos ao investigado determinados direitos fundamentais, como por exemplo, o direito ao silêncio; o direito à integridade física; e o direito à assistência de advogado, sendo este último o que o novo inciso buscou garantir com maior eficiência.

Feitas tais considerações, é possível verificar que as alterações trazidas pela Lei n. 13.245/16 foram muito importantes, principalmente no que tange à efetivação das garantias constitucionais nos procedimentos de investigação, e ao reforço da importância do advogado na administração da justiça, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu artigo 133.

Em relação aos efeitos práticos da mencionada Lei, Aury Lopes¹² afirma que “ela contribui para a ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual [...]”.

Diante disso, não restam dúvidas de que a Lei n. 13.245/2016¹³, ainda que timidamente, aumentou a participação da defesa do investigado no curso da investigação, e gerou diversas discussões. As principais delas giram em torno de três questões: da obrigatoriedade da presença de advogado nos interrogatórios/depoimentos dos investigados; da implantação, ou não, do contraditório e da ampla defesa na fase da investigação preliminar;

¹⁰ BRASIL, vide nota 8.

¹¹CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>>. Acesso em: 17 set. 2016.

¹²LOPES Jr., Aury. *Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 17 set. 2016.

¹³BRASIL, vide nota 9.

e do fim, ou não, do caráter inquisitório das investigações. Questões essas que serão abordadas no próximo capítulo.

3. A MANUTENÇÃO DO SISTEMA INQUISITORIAL NO INQUÉRITO POLICIAL

A análise de alguns pontos específicos, relacionados às mudanças mencionadas no capítulo anterior, é necessária para que se conclua pela manutenção, ou não, da aplicação do sistema inquisitório no inquérito policial.

Inicialmente, cumpre destacar que, apesar de o novo inciso, XXI, do artigo 7º, do Estatuto da OAB¹⁴, prever a presença do advogado nos interrogatórios/depoimentos de seus clientes investigados, tal presença não é obrigatória.

Tendo em vista que o STJ¹⁵ já pacificou entendimento no sentido da não obrigatoriedade da presença de advogado durante o interrogatório nos procedimentos de investigação pré-processual, a melhor interpretação deve ser a de que a inovação, em análise, garante o direito ao advogado de participar do interrogatório/depoimento do investigado, e não que cria um dever.

Dessa forma, importante compreender que o referido dispositivo acrescentou um novo direito ao advogado, e não que criou um dever a ser obrigatoriamente observado nas investigações.

Certo é que a positivação desse direito acarreta benefícios ao investigado. Contudo, cumpre esclarecer que ele não institui a ampla defesa automática e obrigatória nas investigações criminais, mas apenas reforça e garante legalmente que os advogados possam exercer melhor as suas funções.

¹⁴BRASIL. Lei 8906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 1 out 2016.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 139412. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9208740/habeas-corporus-hc-139412>>. Acesso em: 2 out. 2016.



Logo, após tal inovação, caso um advogado postule, à autoridade investigante, acompanhar e assistir o seu cliente, investigado, durante a apuração de infrações, e tenha seu pleito negado, o interrogatório/testemunho e os atos subsequentes devem ser nulos. Entretanto, caso não haja tal pedido de participação, por mais que não esteja presente um advogado ou defensor, não há qualquer irregularidade capaz de gerar nulidade do interrogatório, ou seja, a nulidade decorre da prerrogativa do advogado, e não da falta de defesa técnica por si só.

De fato, a nova Lei, ao garantir o melhor exercício da profissão do advogado, consequentemente, aumenta a garantia de observância dos direitos do próprio investigado, ao evitar, por exemplo, que ele acabe produzindo provas ou elementos em seu desfavor, em sede de interrogatório ou depoimento, ao garantir que o advogado não seja impedido de participar de tais atos.

Nessa trilha, é relevante salientar que a Lei 13.245/16¹⁶, apesar de ter ampliado as prerrogativas do advogado no curso dos procedimentos de investigação criminal, conforme exposto no capítulo anterior, a referida lei não implantou, nesses procedimentos, o contraditório e a ampla defesa propriamente dita, nem de forma plena. Os referidos princípios continuam mitigados nessa fase pré-processual.

Nesse sentido, combatendo a doutrina que defende a inserção do contraditório no inquérito policial, Afrânio Silva Jardim¹⁷ afirma:

[...]entendo que a nova regra não tenha trazido o contraditório para o inquérito policial, o que o transformaria em uma primeira fase do processo: juizado de instrução sem juiz! O que a nova lei assegura é a assistência jurídica do advogado ao seu cliente, quando convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tendo tomado conhecimento do que já foi realizado[...].

¹⁶ BRASIL, Vide nota 14.

¹⁷JARDIM, Afrânio Silva. *Consequência de eventual nulidade de algum ato probatório constante de procedimentos investigatórios de condutas delituosas*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/afraniojardim/posts/557328701083093>>. Acesso em: 2 out 2016.

Nesse diapasão, considerando que a Lei 13. 245/16 não tornou obrigatória a presença do advogado durante a instrução criminal, bem como tendo em vista que ela não implantou a ampla defesa e o contraditório pleno na investigação criminal, já é possível perceber que, mesmo com as alterações promovidas, as investigações continuam inquisitivas.

Além dos motivos já expostos, cumpre destacar que, mesmo após as mudanças comentadas, ainda incumbe à autoridade condutora da investigação: presidir o procedimento; praticar atos de investigação; tomar decisões, nos limites impostos pela lei; e direcionar a produção das “provas”. Ou seja, ainda há o acúmulo de papéis em uma só autoridade, ao contrário do que ocorre no sistema acusatório (conforme explicado no primeiro capítulo).

Nesse sentido, Aury Lopes Jr.¹⁸ expõe que:

O fato de “ampliarmos” (timidamente) a presença do advogado, fortalecendo a defesa e o contraditório (precário, pois manifestado apenas no seu primeiro momento, segundo a concepção de Fazzalari, que é o da informação) não retira o caráter inquisitório do inquérito.

Por mais que a nova Lei, de fato, garanta uma maior participação do advogado em sede de investigações criminais, e fortaleça o contraditório e a ampla defesa nessa fase, deve ficar claro que tais mudanças não são capazes de, por si só, retirarem o caráter inquisitório das investigações.

A observância do caráter inquisitório nas investigações é necessária para a manutenção do sistema processual penal brasileiro à luz da Constituição Federal. Nessa trilha, Afrânio Silva Jardim¹⁹ explica que:

O nosso sistema processual penal restaria totalmente descaracterizado e esta primeira fase do processo seria instaurada sem qualquer lastro probatório mínimo. O delegado de polícia iria desempenhar a dupla função, substituindo o Ministério Público e o juiz, ao presidir verdadeiras audiências instrutórias. Patente inconstitucionalidade. O sistema acusatório exige que o processo seja instaurado por

¹⁸ LOPES Jr., Aury. *Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 2 out 2016.

¹⁹ Vide nota 17.



ação da parte e esta acusação tem de encontrar arrimo em prova mínima colhida unilateralmente pelo Estado.

Dito isso, é possível observar que as alterações trazidas pela Lei 13.245/16 ressaltaram a importância da garantia da presença do advogado na persecução penal, inclusive na fase regida pelo sistema inquisitorial, como forma, até mesmo, de aumentar a credibilidade do procedimento investigativo.

A nova lei, claramente, reforça a participação e a efetividade da defesa do investigado, conforme prevê a Constituição Federal, mas sem prejudicar o verdadeiro andamento e objetivo da investigação, uma vez que não altera os pilares fundamentais do sistema inquisitório.

De acordo com Aury Lopes Jr.²⁰:

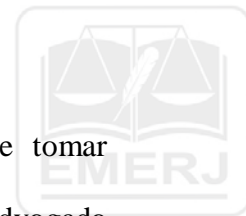
[...]a nova lei não é a revolução copérnica da investigação, tampouco acaba com seu caráter inquisitório ou estabelece o pleno contraditório. Ela contribui para a ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual [...].

Assim, diante de todo o exposto, fica evidente que as alterações trazidas pela nova Lei foram positivas no que tange ao aumento das garantias constitucionais, tanto em relação ao advogado, quanto em relação ao investigado, sem prejudicar o interesse público. Isso porque reforçou a importância do advogado para a justiça, e aumentou a segurança do investigado em relação às suas garantias, sem descaracterizar o sistema inquisitório, essencial para que se alcance a verdadeira finalidade das investigações criminais.

CONCLUSÃO

A alteração trazida pela Lei 13.245/16 ao Estatuto da OAB, de fato, ampliou a participação do advogado nas fases pré-processuais de investigação. Passou a prever a

²⁰Vide nota 18.



possibilidade de o advogado examinar os autos da investigação, tirar cópias e tomar apontamentos, inclusive por meio digital; e passou a prever, também, o direito de o advogado estar presente no interrogatório ou depoimento de seu cliente investigado, e até apresentar razões, se necessário.

Como foi possível observar, em razão de a mudança ser recente, ainda há uma série de indagações acerca da implantação, ou não, do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação, bem como em relação à possível mudança do sistema inquisitório para o sistema acusatório nessa fase.

Ocorre que, conforme analisado no presente trabalho, o intuito da mudança foi garantir ao advogado o direito de melhor exercer a sua profissão, em auxílio ao seu cliente, porém, sem prejudicar o objetivo principal da investigação.

Nesse sentido, importante ressaltar que o contraditório e a ampla defesa não foram implantados de forma plena, e muito menos o sistema inquisitorial deixou de ser observado nas investigações, após a mudança do Estatuto da OAB.

Cumprido esclarecer que, apesar das diversas opiniões formadas acerca da mudança em questão, o melhor entendimento se mostra no sentido de que é possível, sim, que a ampliação da participação do advogado nas investigações seja positiva para o próprio advogado, para o investigado, e para toda a sociedade, sem que haja nenhum prejuízo ao procedimento investigativo.

Conforme ficou claro ao final de toda a análise, a Lei 13.245/16 veio em favor do advogado, mas, também, em favor de toda a sociedade, uma vez que assegura tanto ao advogado quanto ao acusado, garantias previstas constitucionalmente, e o respeito à Constituição Federal é interesse de todos os brasileiros.



REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas*. Revista Consultor Jurídico. Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policial-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em: 19 de março de 2016.

BRASIL. Lei 8906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 17 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 139412. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9208740/habeas-corpus-hc-139412>>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092/primeiros-comentarios-a-lei-13245-16-que-altera-o-estatuto-da-oab-e-regras-da-investigacao-criminal>>. Acesso em: 15 set. 2016.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Inquérito policial é indispensável na persecução penal*. Revista Consultor Jurídico, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-policial-indispensavel-persecucao-penal>>. Acesso em: 19 de março de 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>>. Acesso em: 17 set. 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. Consequência de eventual nulidade de algum ato probatório constante de procedimentos investigatórios de condutas delituosas. Disponível em: <<https://www.facebook.com/afraniojardim/posts/557328701083093>>. Acesso em: 2 out 2016.

LOPES JR., Aury, *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES Jr., Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 17 set. 2016.

SUMARIVA, Paulo Henrique. *Inquérito Policial deixa de ser inquisitivo: lei 13.245/16 altera as regras da investigação criminal*. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20 de março de 2016.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Bahia: JusPodium, 2011.

O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE NAS ASSOCIAÇÕES DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AO CONDENADO.

Leonardo de S C Porto L de Mello

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.
Advogado.

Resumo: A busca de um sistema prisional que obtenha sucesso na ressocialização do criminoso é uma preocupação de alcance mundial. Nesse contexto, o Brasil enfrenta uma crise no sistema carcerário que se prolonga há décadas sem solução. O surgimento das Associações de Proteção e Assistência ao Condenado trouxe alguma esperança para o tema, mas sofre críticas em razão do caráter religioso que seu método possui. A essência do trabalho é discutir a possibilidade do Estado financiar as APACS em consonância com o princípio da laicidade, previsto na Constituição Federal. O método utilizado para a recuperação do condenado traz resultados superiores ao sistema comum, mas não recebe ainda a atenção que merece.

Palavras-chave: APAC. Princípio da laicidade. Recuperando. Liberdade religiosa. Ressocialização. Religião. Condenado. Método. Prisão. Estado Laico.

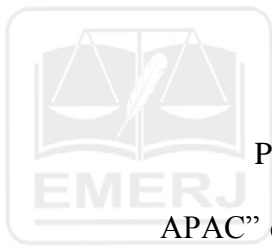
Sumário: Introdução. 1. A crise do sistema penitenciário brasileiro. 2. A alternativa trazida pelo método APAC. 3. As APACs e o princípio da laicidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da implementação do método APAC no cumprimento de penas privativas de liberdade no Brasil. Procura-se demonstrar que o sistema carcerário está falido, principalmente no aspecto preventivo da reincidência, e de que maneira o método APAC, que utiliza a religião cristã para a recuperação dos condenados pode ser compatibilizada com o princípio da laicidade. Por fim, até que ponto esse método deve ser implementado, diante das críticas sobre a violação ao princípio da laicidade.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da laicidade seria amplo e irrestrito a ponto de justificar não prestação do método APAC pelo Estado.

O tema é controvertido na doutrina e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Estado na liberdade religiosa dos acusados.



Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a definição do “Método APAC” e compreender como esse método foi implementado pelo Estado brasileiro ao longo dos anos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a situação do sistema carcerário brasileiro e sua repercussão negativa no Brasil e no exterior.

Segue o segundo capítulo apresentando o método APAC como uma possível alternativa à crise atual do sistema carcerário, mas com resistência pelo princípio da laicidade do Estado.

O terceiro capítulo compatibiliza o método APAC com o princípio da laicidade do Estado. Procura-se explicitar como é possível aplicar o método, tendo em vista o resultado muito positivo que ele proporciona e porque o princípio da laicidade não deve ser uma barreira à sua implementação. Para tanto, foi necessário refletir como o princípio da laicidade não deve impedir o exercício religioso assegurado na Constituição e na Lei de Execuções Penais, bem como se o Estado laico deve financiar um método baseado na religião para o cumprimento de pena privativa de liberdade.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos.

1. A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A pena privativa de liberdade importa no cerceamento da liberdade do indivíduo por meio de recolhimento em um estabelecimento prisional. Essa restrição da liberdade tem basicamente duas finalidades, a retribuição e a prevenção.

A retribuição é uma espécie de pagamento ou resposta dada pelo Estado pelo cometimento de uma infração penal¹, baseia-se na ideia tradicional de um castigo ao infrator. A prevenção é direcionada à população, como um freio à conduta criminosa das pessoas ao verem seus pares sendo condenados, e também ao próprio condenado, que evitaria delinquir novamente após sofrer as consequências do cumprimento de pena prisional.

Consoante à realidade do sistema prisional brasileiro é possível afirmar que as finalidades aqui elencadas tornaram-se verdadeiras falácias, uma vez que nem a retribuição e nem a prevenção são razoavelmente atingidas. Tal constatação não é nenhuma novidade. A retribuição é feita de forma desmedida, diante das precárias condições das cadeias públicas, que padecem de mazelas, como a superlotação, a falta de higiene, a violência, entre outras.

Segundo nota do Conselho Nacional de Justiça²:

Dentro dos presídios tornou-se rotineiro encontrar condições precárias e sub-humanas. Falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal treinados e corrupção são constantes no sistema prisional brasileiro. A violência é, sobretudo, um dos grandes desafios dos gestores do setor. Os relatórios dos mutirões carcerários do CNJ são provas das condições indignas de sobrevivência nesses ambientes.

É difícil observar de forma positiva algum efeito preventivo da pena privativa de liberdade e é notoriamente conhecido que o índice de reincidência em nosso país gira em torno de 70%. Em pesquisa recente sobre reincidência criminal no Brasil, realizada pelo IPEA, constatou-se que a cada quatro apenados um é reincidente³.

Não se deve atribuir unicamente ao sistema carcerário a responsabilidade pelos altos índices de reincidência, que advém também de outros fatores, como do sistema penal em geral e das condições sociais do país. Em um sistema prisional precário e que viola a dignidade do indivíduo há uma barreira para a ressocialização e, dessa forma, agrava-se o problema da reincidência.

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.489.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cidadania nos presídios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em 04 abr. 16.

³ BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. *Reincidência Criminal no Brasil*. Ipea. Rio de Janeiro, 2015. p. 111.



Diante de tamanha crise, foi levada ao Supremo Tribunal Federal a discussão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário poder obrigar o Executivo a realizar reformas em cadeias públicas. No caso em análise (RE 592581/RS) entendeu-se da seguinte forma⁴:

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

A recente decisão é fruto do chamado Ativismo Judicial, quando o poder judiciário, diante de uma situação de *déficit* prestacional, se imiscui na seara de outro poder para concretizar direitos fundamentais. É, de fato, uma vantagem contra a crise penitenciária que o país vem sofrendo, mas está longe de resolver a situação, uma vez que o problema é de nível nacional e não apenas pontual.

Constatada a presente crise há anos no Brasil, não se pode deixar que o problema se perpetue. Para parte da sociedade essas violações são invisíveis, não há preocupação social com o condenado. No entanto, essa mesma parcela da sociedade esquece que o mesmo indivíduo que sofre graves violações diariamente na prisão um dia retornará para o convívio comum, ou seja, é muito provável que volte a delinquir.

Dessa forma, toda e qualquer contribuição para a melhora do sistema penitenciário deve receber atenção e ser estudada. Nesse sentido o Departamento Penitenciário Nacional, em seu Levantamento Nacional de Informações – Junho de 2014 salientou⁵:

Nesse contexto, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) propõe uma política nacional de melhoria dos serviços penais, abrangendo quatro eixos bastante amplos: alternativas penais e gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento; apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário; humanização das condições carcerárias e integração social; e modernização do sistema penitenciário nacional.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 592581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado no DOU de 1 de abril de 2016. Acesso em 21 nov.16

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em 04 abr. 16

Portanto, diante da clara necessidade da manutenção da pena privativa de liberdade, devemos compatibilizá-la com o valor da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal, para que assim seja possível atender às duas finalidades básicas da pena, a saber, a retribuição e a prevenção, e proporcionar uma sociedade mais justa e solidária.

2. A ALTERNATIVA TRAZIDA PELO MÉTODO APAC

Como modelo alternativo de encarceramento, surge em 1972, na cidade de São José dos Campos, em São Paulo, as chamadas “Associações de Proteção e Assistência Aos Condenados”, conhecidas hoje como APACs. Idealizadas pelo advogado Mário Ottoboni, este visava proporcionar, com métodos próprios, condições para que o condenado se recuperasse. Nesse sentido, utiliza como orientação a seguinte expressão: matar o criminoso e salvar o homem⁶.

O referido método busca valorizar o ser humano e se refere ao indivíduo, dentro de suas unidades, como “recuperando” e não como “condenado”. Dessa forma, se busca dignificar o homem e evitar estigmatizá-lo.

O cumprimento da pena em uma APAC se baseia em doze etapas, todas obrigatórias, são elas: a participação da comunidade; recuperando ajudando o recuperando; o trabalho; a religião; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana; a família; o voluntário e sua formação; o centro de reintegração social – CRS; o mérito; a jornada de libertação com Cristo⁷.

Verifica-se, entre as etapas adotadas, o estímulo da participação da comunidade e de sua família no período de pena do recuperando. A comunidade pode participar de diversas formas, como o atendimento médico, psicológico, com mão de obra para serviços e assessoria

⁶ FUZATTO, Antônio Carlos. *Socialização no sistema prisional convencional e alternativo em minas gerais: estudo com encarcerados*. 2008. 46 f. Dissertação (Mestrado em Educação e Sociedade) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2008.

⁷ SOARES, Evânia França. Uma Reflexão sobre as APACs. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, n.2, V.XVII, p. 76, 2011.



jurídica, por exemplo. O contato desses voluntários com o recuperando é estimulado, eles são previamente preparados e devem acreditar na recuperação do condenado. Assim, são capazes de proporcionar um atendimento melhor que na prisão comum.

Além da qualidade de acesso a alguns serviços, a convivência com seus familiares de forma mais constante do que seria possível em um regime prisional comum é mais benéfica ao recuperando e influi na sua reintegração social, além de reduzir o sofrimento da pena. Deve-se atentar que a família é a base fundamental para o ser humano porque reflete segurança, equilíbrio, amor e, sobretudo esperança para aqueles que se encontram em qualquer estado de abandono. Logo, sua efetiva participação na vida do recuperando é de extrema importância.

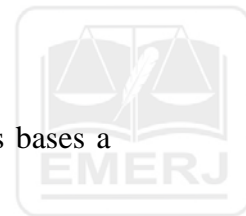
O aspecto religioso é relevante para o bom funcionamento do método APAC, sendo uma de suas etapas a Jornada de Libertação com Cristo, veja-se⁸:

A Jornada se divide em duas etapas: a primeira preocupa-se em revelar Jesus Cristo aos jornadairos. A parábola do filho pródigo é o fio condutor da Jornada, culminado com o retorno ao seio da família, num encontro emocionante do jornadairo com seus parentes. A segunda etapa ajuda o recuperando a rever o filme da própria vida, para conhecer-se melhor. Nesta etapa o recuperando se encontra consigo mesmo, com Deus e com o semelhante.

Apesar da etapa da Jornada de Libertação com Cristo ser obrigatória não há a imposição da fé Cristã. O que se busca é o autoconhecimento e uma profunda reflexão de suas próprias ações com a experiência espiritual. Para isso, é necessário que o indivíduo esteja disposto à essa experiência, razão pela qual é necessária a concordância do condenado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, em ser direcionado à uma instituição com o método apaqueano.

Muitos presos em penitenciárias comuns ficam encarcerados por mais tempo do que deveriam ou não estão cumprindo pena no regime adequado em razão da falta de assistência

⁸ GUIMARÃES, Geraldo Francisco Júnior. Associação de proteção e assistência aos condenados. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7651>>. Acesso em: 24 ago. 2016.



jurídica. Tais problemas são minimizados nas APACs, que tem como uma de suas bases a assistência jurídica ao recuperando.

Outro aspecto positivo das APACs é a assistência à saúde, suas instalações têm boas condições de higiene, ausência de superlotação e atendimento preventivo aos condenados, sendo possível proporcionar condições bem superiores à outros estabelecimentos prisionais.

Assim, diante dos resultados positivos que o método apaqueano tem proporcionado, maior individualização e atenção a cada condenado, com a taxa de reincidência⁹ abaixo de 10%, muito aquém de qualquer outra penitenciária no Brasil, o método é um modelo de sucesso que deve ser implementado sempre que possível.

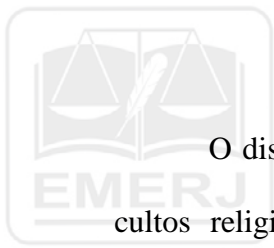
3. AS APACS E O PRINCÍPIO DA LAICIDADE

A partir da proposta do modelo apaqueano aqui apresentado, deve-se atentar para o modo como o aspecto religioso será tratado na vida do condenado. Uma pessoa que se considera ateu, ou de qualquer outra religião, ao chegar à etapa da Jornada de Libertação com Cristo, considerada a fase mais importante de todo o método, receberá influência da doutrina cristã.

A Constituição Federal de 1988 adota o princípio da laicidade, mas não tem um dispositivo específico que dispõe sobre ele. Tal princípio advém da interação entre o princípio democrático, o direito à liberdade, o qual está incluído a liberdade religiosa, e outros princípios e regras constitucionais que permitem extrair o referido princípio, como por exemplo:

Ar. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

⁹ FUZATTO, op. cit., p. 53.



O dispositivo citado logo acima, impõe um mandamento de abstenção do Estado nos cultos religiosos, ou seja, o Estado não deve fazer nada que impeça ou atrapalhe o funcionamento de qualquer culto, de modo a respeitar também o pluralismo religioso.

A laicidade, segundo Fábio Portela Lopes de Almeida¹⁰, “é uma garantia de que deveres jurídicos não serão impostos aos cidadãos com base em premissas aceitáveis apenas aos membros de uma religião específica”. Dessa forma, o Estado não pode interferir na esfera de escolha religiosa do cidadão, não deve influenciar o cidadão com alguma doutrina religiosa de sua preferência.

Nesse contexto, para garantir o direito à liberdade religiosa a própria Constituição Federal prevê, pelo outro lado, uma atuação positiva do Estado em seu Art. 5º VII que estabelece que é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva¹¹.

Portanto, o princípio da laicidade envolve prestações positivas e negativas do Estado em relação à religião e abrange o direito à liberdade religiosa e de pensamento, de forma que o próprio Estado deve garantir condições para que os cidadãos exerçam esses direitos.

É importante ressaltar que, segundo o artigo 24 parágrafo segundo da Lei de Execuções Penais¹², nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa. Portanto, o condenado tem a opção de, se quiser, participar da atividade religiosa de seu interesse ou simplesmente não participar de atividade nenhuma.

Segundo Roberto Blancarte¹³, sociólogo dedicado a estudos em religião, laicidade e democracia:

¹⁰ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. *Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia: a questão do ensino religioso nas escolas públicas*. 2006. 316f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

¹¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 de outubro de 2016.

¹² BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹³ BLANCARTE apud ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 fl. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p. 47.

O critério de separação entre os assuntos do Estado e os das Igrejas é confundido com o da laicidade, porque, na prática os Estados laicos adotaram medidas de separação. (...) Podem existir países formalmente laicos mas que no entanto ainda estejam condicionados pelo apoio político proveniente de uma ou mais igrejas majoritárias do país. E, de forma contrária, existem países que não são formalmente laicos, mas que na prática por razões relacionada sobre um histórico controle estatal sobre as Igrejas, não dependem da legitimidade proveniente das instituições religiosas.

Não se deve negar que, no Brasil, a religião católica está presente na esfera pública, a título de exemplo, há o reconhecimento de alguns feriados religiosos, efeitos civis do casamento religioso e em diversos casos há a presença de crucifixos em repartições públicas.

Ao analisar a presença da religião na seara pública Joana Zylbersztajn¹⁴ afirma, a partir do reconhecimento da proteção constitucional à laicidade, que o Brasil ainda está em evolução para o que se considera um Estado laico.

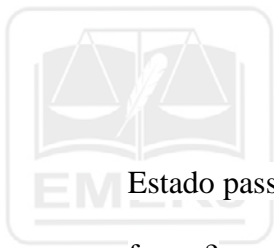
Nesse contexto, dentro da administração do sistema penitenciário comum a religião cristã tem maior aceitação que algumas religiões, como as afro-brasileiras, por exemplo. Isso ocorre porque, religiões como as afro-brasileiras não tem o mesmo prestígio social que a religião cristã e muitas vezes estão associadas a uma imagem ruim, de causar um mal ao outro. Veja-se:

Isso porque se as religiões cristãs – católica e evangélica – gozam de prestígio social no que se refere à sua capacidade moralizadora, o mesmo não ocorre com outras religiões, em especial as afro-brasileiras (umbanda e candomblé): Essas não foram encontradas nas unidades pesquisadas e, de fato, há uma forte resistência por parte das diretorias das unidades prisionais em permitir tais atividades, em função do preconceito que marca essas religiões, associadas ao demônio, ao mal e, portanto, relacionadas ao mundo do crime e dos criminosos, desprovidas que são de certos valores cristãos como obediência, conformismo e passividade constitutivos de uma certa imagem do “bem”.¹⁵

A partir dessa verificação somada às considerações acerca do princípio da laicidade e do método apaqueano de recuperação de condenados, a discussão central que se impõe refere-se à compatibilidade entre Estado brasileiro laico e as APACs, uma vez que, nesse método, o

¹⁴ ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 fl. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p. 47.

¹⁵ DIAS, Camila Caldeira Nunes. A sujeição pela disciplina: religião e castigo na prisão. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 16; n. 73, p. 273, ago. 2008.



Estado passa a financiar a propagação da fé cristã aos condenados. Cabe ao Estado atuar desta forma?

Existe entendimento contrário à idéia do Estado financiar as APACs. Segundo Evânia França Soares¹⁶, “o Estado, se realmente laico, não pode gastar dinheiro público com associações de caráter religioso, já que os benefícios que elas oferecem servem apenas a alguns e não a todos ou favorecem a algum credo”. Nesse sentido, a referida autora traz ainda o argumento de que o Estado está determinando a consciência que se espera do condenado.

Ainda de forma contrária ao financiamento da APAC pelo Estado, pode-se considerar que uma pessoa que não é cristã e concorda em se submeter ao método apaqueano, o faz apenas para fugir das mazelas impostas pelo sistema comum. Consequentemente, ao aceitar o método sem estar aberto à sua proposta religiosa o condenado teria maior resistência ao objetivo apaqueano.

O sucesso do método está justamente no aspecto religioso e isso não pode ser ignorado, veja-se:

O que foi notado nas entrevistas gravadas é que, na opinião da maioria dos recuperandos, a importância da religião no processo de recuperação é nítida e essencial: “A religião pra mim é importante porque toca na lucidez da gente [...] Eu creio que o Espírito Santo vem e manifesta na gente e tira os pensamento negativo, vai tudo embora [...] Sem religião, pra mim, não existiria APAC” (*PB/APACI*). “Eu acho que a APAC sem religião virava um sistema comum de novo” (*ERV/APACI*). “Não tem como levar o recuperando no caminho certo sem a religião dele” (*HBI/APACI*).¹⁷

Dessa forma, o método apaqueano deve ser financiado pelo Estado sempre que possível. O princípio da liberdade religiosa, na verdade, é prestigiado na APAC, pois é uma forma do condenado exercer esse direito, conforme previsto na Constituição Federal e na Lei de Execuções Penais.

¹⁶ SOARES, op. cit., p. 79

¹⁷ LIRA, José do Nascimento Júnior. *Matar o criminoso e salvar o homem – o papel da religião na recuperação do penitenciário* (um estudo de caso da APAC- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – em Itaúna – MG). 2009.113f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p.97.

A crítica de que o sistema não funciona para quem não é cristão não deve ser utilizada para inibir o funcionamento do método. A Jornada de libertação com Cristo, etapa mais importante do método é focado na experiência espiritual. Apesar de ser obrigatória, não é exigido do recuperando que se converta ou que concorde com a fé cristã. Funciona de forma que, por meio dessa experiência, que trabalha conceitos como o de bondade, justiça e igualdade, sejam proporcionados momentos de reflexão e autoconhecimento.

Dessa forma, ainda que o condenado não seja cristão, o método trabalhará na mente do condenado valores que o possibilitarão viver em sociedade e entender a gravidade do ato que o fez ser condenado. Logo, a religião no método apaqueano é um meio para a ressocialização do condenado e não tem a finalidade de convertê-lo.

Por fim, a APAC oferece uma estrutura de cumprimento de pena superior aos seus condenados, se comparado ao sistema prisional comum. Como o sistema comum é falido e piora a condição da pessoa que nele ingressa, o Estado deve privilegiar as opções que trazem benefícios aos seus condenados, ainda que não seja possível, a princípio, atingir a todos.

O Brasil, diante da carência de recursos para gerar condições de recuperar o condenado, somado ao fato de que há a remanescente presença da religião católica em alguns casos na esfera pública como demonstrado nesse trabalho, deve, por meio da religião, servir-se desse recurso para promover a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O principal problema existente no sistema carcerário brasileiro são as condições impostas aos condenados. Entregues ao abandono, à violência, insalubridade, superlotação, rebeliões e muitos outros aspectos negativos violadores de direitos básicos do ser humano, não faltam dados sobre como o sistema é comprovadamente falido.



O Estado não tem condições de assegurar os direitos previstos na legislação e a sociedade fecha os olhos para os condenados. O descaso e o abandono não vêm apenas da falta de recursos financeiros, mas de toda a sociedade.

Tendo em vista o surgimento das Associações de Proteção e Assistência ao Condenado, há pouco mais de 40 anos, foram criados estabelecimentos prisionais chamados de Centro de Reintegração Social. Nesses locais, os condenados recebem assistência médica, jurídica, psicológica e é estimulada a convivência com a sua família. A religião cristã funciona como um vetor para a recuperação do condenado, que passa por diversas etapas até o fim do cumprimento de sua pena, uma verdadeira experiência espiritual e de autoconhecimento.

A partir da interpretação de alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988, extrai-se o princípio da laicidade, segundo o qual, em síntese, o Estado não confessa nenhuma religião específica e garante a liberdade para que cada cidadão escolha a religião que quiser.

Portanto, a dificuldade está em lidar com o respeito ao princípio da laicidade na manutenção das APACS pelo Estado. Por um lado, o Estado brasileiro laico deveria se abster de interferir na liberdade de escolha do cidadão e separar a religião da esfera pública. Pelo outro lado, o Estado não encontra outra forma de garantir os direitos conferidos aos seus condenados e vislumbra-se no país a presença da religião em diversos setores da esfera pública.

Afinal, além de toda estrutura proporcionada pelo sistema apaqueano, os índices de reincidência são muito inferiores ao do sistema prisional comum. Durante todos esses anos, o método apresenta resultados benéficos, com a constatação de que muitos condenados preferem ir para a APAC. Diante da crise instaurada no sistema penitenciário, na ponderação entre o princípio da laicidade e o da dignidade da pessoa humana, o segundo deve prevalecer.

Apesar de atender ainda uma pequena parcela de condenados, o método apaqueano é uma esperança que se busca para melhorar o sistema penitenciário brasileiro. A discussão sobre a laicidade e a religiosidade empregada no método serve também de estímulo para que então se aperfeiçoe o método ou que se desenvolva outro.

O que se deve reconhecer é a grande contribuição que a religião tem durante o cumprimento de pena do condenado, no sistema comum ou na APAC, sendo uma verdadeira fonte de esperança e consolo para o ser humano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. *Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia: a questão do ensino religioso nas escolas públicas*. 2006. 316f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

BLANCARTE apud ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 fl. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. A sujeição pela disciplina: religião e castigo na prisão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16; n. 73, p. 268-298, ago. 2008.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Cidadania nos presídios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em 04.04.16.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 7 de março de. 2016.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>. Acesso em 04 abr. 16

_____. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. *Reincidência Criminal no Brasil*. Ipea. Rio de Janeiro, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. RE 592581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado no DOU de 1 de abril de 2016.



FUZATTO, Antônio Carlos. *Socialização no sistema prisional convencional e alternativo em minas gerais: estudo com encarcerados*. 2008. 78 f. Dissertação (Mestrado em Educação e Sociedade) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2008.

GUIMARÃES, Geraldo Francisco Júnior. *Associação de proteção e assistência aos condenados*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7651>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LIRA, José do Nascimento Júnior. *Matar o criminoso e salvar o homem – o papel da religião na recuperação do penitenciário (um estudo de caso da APAC- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – em Itaúna – MG)*. 2009. 113f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

SOARES, Evânia França. *Uma reflexão sobre as APACs*. Revista da CAAP. Belo Horizonte. n.2. V.XVII. p.73 a p.93. 2011.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 fl. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

REVISÃO CONTRATUAL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS DA FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Leonardo Barreto da Silva

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: A constitucionalização do direito civil põe o aplicador do direito diante de uma difícil tarefa, qual seja, a da realização dos preceitos fundamentais da Constituição em relações tipicamente patrimoniais. Diante de tais desafios surge a necessidade de que as intervenções estatais nas relações contratuais sejam equilibradas e dentro de parâmetros objetivos que visem à realização dos pressupostos sociais sem perder de vista o fundamento econômico que compõe a estrutura contratual. O presente trabalho se propõe a analisar, em síntese, a evolução teórica da revisão contratual e sua aplicação no Brasil, bem como a funcionalização do contrato.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Constitucional. Legalidade Constitucional. Revisão Contratual. Função Social dos Contratos.

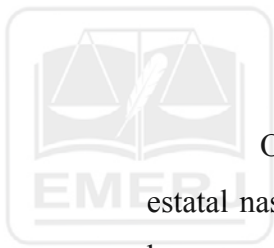
Sumário: Introdução. 1. Reflexos dos princípios constitucionais no direito civil: de um direito patrimonialista para um direito funcionalizado. 2. As diversas teorias da revisão contratual e sua aplicação no código civil brasileiro e na jurisprudência: da aplicação da teoria da quebra da base objetiva para o retorno à teoria da imprevisão. 3. A função social do contrato como uma porta de entrada dos princípios constitucionais no direito civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a ser uma relevante síntese dos fundamentos teóricos das teorias de revisão contratual e da influência do direito constitucional no ordenamento civil. Dá-se relevo à questão de como o operador do direito deve se portar diante de um ordenamento que visa a resguardar relações de conteúdo patrimonial em consonância com normas de conteúdo ético-moral.

O contexto histórico-social contemporâneo tem apresentado um cenário desafiador à estabilidade das relações sociais, uma vez que estas são afetadas, por um lado, pela atual palidez das referências éticas e morais e, por outro lado, pelas crises políticas e financeiras que alteram, de súbito, o ambiente que propiciou seu surgimento.

Sendo outrora o centro de irradiação dos direitos individuais, o Direito Civil no Brasil, por tradição apegada aos postulados da modernidade, sempre outorgou maior relevância aos direitos de primeira geração, e seus institutos (muitos ainda previstos no Código Civil em vigor) buscavam cercar a propriedade com o máximo de proteção jurídica contra interferências estatais e conferir estabilidade ao uso, gozo e fruição desta.



O desenvolvimento histórico-social, porém, revelou a necessidade de intervenção estatal nas relações entre particulares com a finalidade da promoção da dignidade da pessoa humana e, como fruto dessa reflexão no Brasil, a CRFB/88 trouxe em seu bojo diversos artigos que asseguram o direito de propriedade de um lado, e, por outro, estabelecem princípios de ordem pública cuja finalidade é valorizar o ser humano através da funcionalização dos contratos.

Tendo em vista esse estado de coisas, é objeto da presente pesquisa demonstrar a necessidade da adoção de novos fundamentos que assegurem e padronizem os critérios de revisão contratual, bem como a viabilidade de os contratos atenderem a sua função social, tal como se entende hoje, sem perder de vista a segurança jurídica que deve também nortear as normas que regulamentam a circulação de riquezas.

O capítulo um apresenta um resumo da evolução histórica da revisão contratual com a finalidade de situar em que momento histórico se inicia as investigações as quais se propõem abordar no presente trabalho, bem como apresenta o fenômeno da constitucionalização do direito civil, pondo em destaque a supremacia da Constituição sobre as demais normas infraconstitucionais, bem como a aplicabilidade direta das normas constitucionais às relações entre particulares.

O capítulo dois tem como objetivo apresentar as teorias revisionais com fundamento na cláusula geral da *rebus sic standibus*, a aplicação destas em nosso ordenamento jurídico, destacando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes.

Por fim, o capítulo três analisa a aplicabilidade da cláusula geral da função social do contrato, assentando a necessidade de observância de padrões dotados de objetividade, segundo os quais seja possível trazer as relações contratuais o conteúdo ético e despatrimonializado das relações civis sem deixar de preservar a liberdade de contratar e a *pacta sunt servanda*.

A pesquisa apresentada segue essencialmente a metodologia de pesquisa bibliográfica e natureza descritiva.

1. REFLEXOS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO CIVIL: DE UM DIREITO PATRIMONIALISTA PARA UM DIREITO FUNCIONALIZADO

Desde sua origem as bases e fundamentos da relação contratual se modificaram a fim de absorver novas ideias e modelos.

Na antiguidade o contrato era intrinsecamente ligado à religião, como tudo mais no tocante as leis, de tal forma que a obrigatoriedade dos contratos era tida como algo sagrado, e descumpri-lo era o mesmo que impiedade¹. No direito romano, contudo, se nota uma diferença, pois a principal característica do contrato passou a ser seu caráter personalíssimo e o apego a formalidades e ritos².

No século XVIII ocorreram as revoluções industrial e francesa, que impuseram a teoria do contrato alterações que atendiam aos interesses da classe burguesa vitoriosa. De acordo com os ideais burgueses, os cidadãos eram livres e iguais, e as relações entre eles deviam ser reguladas pela autonomia da vontade, excluindo o intervencionismo estatal ante a desconfiança que se devotava a esse³.

O Estado, entre o final do século XIX e início do século XX, passou a ser o garantidor da autonomia e dignidade da pessoa humana, mesmo nas relações dos particulares entre si, e, assim, mais preocupado com a justiça material, o direito passou a prever instrumentos de limitação à autonomia privada e ao princípio do *pacta sunt servanda*, conferindo aos contratos feições mais humanas, voltadas a finalidades sociais e à satisfação da personalidade humana⁴.

Segundo Perlingieri⁵, nesse novo contexto de legalidade civil-constitucional se pressupõe que a Constituição, além de indicar os fundamentos e as justificações da normatividade, aponte quais são os parâmetros de avaliação dos atos, das atividades e comportamentos nos relacionamentos intersubjetivos.

Nesse ponto, cabe destacar o entendimento de Barroso⁶, segundo o qual o estudo do Direito Constitucional deve pressupor sempre que as normas constitucionais possuem força normativa, reconhecendo o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

Assim sendo, o controle constitucional sobre os atos realizados não deve se restringir ao cumprimento dos pressupostos formais previstos no ordenamento infraconstitucional, mas o seu conteúdo deve, também, obediência aos seus princípios e valores⁷.

¹COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 208-209.

²Ibid., p. 211.

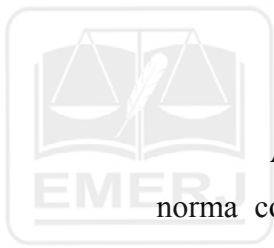
³EFING, Antonio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 366

⁴BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 394.

⁵TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

⁶NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209.

⁷TEPEDINO, op. cit., p. 3.



As consequências de tudo isso seriam as seguintes: a dignidade humana, presente na norma constitucional, passa a integrar o plano do direito positivo na medida em que a Constituição passa a ser reconhecidamente de caráter normativo.

Nesse diapasão, é possível dizer que existe uma primazia dos valores de dignidade da pessoa humana, como consequência de sua previsão na norma Constitucional, sobre as concepções puramente patrimoniais, fazendo surgir uma perspectiva tendente a despatrimonializar o direito. No Brasil, ponto de partida foi a preocupação de revitalizar o Direito Civil e adequá-lo aos valores consagrados na CRFB/88 e, conforme leciona Barroso⁸:

a partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas de supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

A elevação dos fundamentos do Direito Civil ao status de norma constitucional foi escolha axiológica da sociedade indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade. Os fundamentos constitucionais da organização social e econômica são os fundamentos jurídicos das relações privadas e de seus protagonistas principais: a personalidade, a família, o contrato, a propriedade, o dano⁹.

Dessa forma, as normas constitucionais passam a ser aplicadas a qualquer relação privada, possuindo, portanto, eficácia horizontal. Logo, quando não houver solução prevista na norma infraconstitucional o juiz utilizará do texto constitucional o conteúdo necessário para a solução do conflito, e quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada conforme as normas constitucionais aplicáveis¹⁰.

Em resumo, a Constituição justifica todo o ordenamento jurídico, atua com força normativa e incide sobre as relações jurídicas privadas a fim de promover valores sociais, e uma consequência destas mudanças paradigmáticas é a possibilidade de revisão contratual, representada pela restrição aos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

Assim, se conclui que o atual modelo de contrato deve ser pautado no princípio da solidariedade (art. 3º, I), abandonando o enfoque voluntarista e voltando-se para um conceito

⁸NETO, op. cit., p. 226.

⁹TEPEDINO, op. cit., p. 20.

¹⁰BARROSO, op. cit., p. 398.



de equilíbrio entre as partes, através, inclusive, do balanceamento das prestações, e sendo vedada a excessiva onerosidade.

2. AS DIVERSAS TEORIAS DA REVISÃO CONTRATUAL E SUA APLICAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA: DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA QUEBRA DA BASE OBJETIVA PARA O RETORNO À TEORIA DA IMPREVISÃO

A cláusula *rebus sic standibus* é aquela segundo a qual a relação contratual de trato sucessivo deve permanecer tal e qual como no momento de sua celebração. Dela se originaram diversas teorias revisionais, das quais se destaca as que mais influenciaram o direito brasileiro, que são aquelas que surgiram no seio da família romano-germânica.¹¹

Não se deve confundir a aplicação da cláusula *rebus sic standibus* com a Teoria da Imprevisão, pois essa é elemento interpretativo, que afasta da cláusula aqueles riscos que devem ser suportados pelas partes por pertencerem à álea normal do negócio, como se verá adiante.

A princípio se pode dizer que a Teoria da Imprevisão é resultado da fusão entre a cláusula *rebus sic standibus* e o elemento interpretativo “imprevisão”, no qual esse se torna seu elemento central. Tal afirmação, contudo, deve ser tomada como provisória, merecendo maiores considerações posteriores.

A Teoria da Imprevisão funciona como uma regra de justiça ao manter o equilíbrio dentro das relações contratuais, ou seja, é mecanismo de manutenção da comutatividade contratual. Por motivos ligados à ética e a moral¹², sempre se pensou que em uma relação normal contratual deve haver uma proporção entre a vantagem auferida e o sacrifício equivalente¹³.

Segundo a Teoria da Imprevisão¹⁴ há, de forma implícita, nos contratos classificados como comutativos e de execução diferida, uma cláusula que determina que o contrato apenas tenha força obrigatória enquanto existirem os suportes fáticos que lhe deram fundamento.

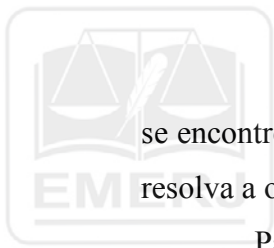
Consequentemente, se ocorrerem mudanças excepcionais no quadro fático que gerem desproporção entre a vantagem e sacrifícios percebidos por uma das partes, pode aquele que

¹¹EFING, op. cit., p. 380.

¹²SILVA FILHO, Artur Marques da et al. *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: RT, 1993, p. 148.

¹³BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: RT, 1993, p. 42.

¹⁴PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. rev. e atual. [Atualização e revisão Regis Fichtner]. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 165.



se encontre em exagerada desvantagem requerer que o Estado-juiz restabeleça o equilíbrio ou resolva a obrigação¹⁵.

Para tanto, é necessário que tal alteração fática ocorra durante o transcurso do contrato, tendo em vista que não se opera revisão por mudanças que ocorram após se findar a relação contratual. A isto a doutrina acrescenta que a onerosidade deve se abater sobre o devedor, e o acontecimento deve estar fora da álea normal dos contratos daquela espécie¹⁶.

A Teoria da Imprevisão não é a única a dar fundamento à revisão contratual, mas coexiste com diversas outras teorias, dentre as quais se destaca a teoria da quebra da base objetiva do contrato.

De origem inglesa¹⁷, mas amplamente aceita no direito alemão, a teoria da quebra da base objetiva é aquela segundo a qual basta o rompimento da equivalência entre as prestações ou a frustração da finalidade do contrato para admitir sua revisão, não sendo necessário cogitar-se de imprevisibilidade do fato.

De acordo com Barletta¹⁸:

[...] ao tratar da quebra da base objetiva do negócio jurídico, Larenz propõe que o contrato só deverá subsistir se as circunstâncias objetivas, ou seja, aquelas necessárias para que o propósito das partes seja atingido, também subsistam como regulamentação dotada de sentido. Esta desaparecerá em sua base objetiva quando a relação de equivalência entre a prestação e contraprestação pressuposta no contrato destrua-se em tal medida que não se possa mais falar em “contraprestação”. A base objetiva do negócio também estará quebrada quando a finalidade comum e objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, resulte definitivamente inalcançável.

É teoria muito diferente da Teoria da Imprevisão, pois, conforme o texto destacado acima se pode notar que o contrato possui uma base objetiva, que é conjunto de circunstâncias cuja existência sustenta o contrato e que seriam necessárias para que as partes venham a alcançar seu objetivo. Para a Teoria da Quebra da Base Objetiva, se estas se perdem, o contrato perde sua razão de existir¹⁹.

Em Portugal, no que concerne a revisão contratual, se adotou cláusula aberta, o que teria a finalidade de permitir à jurisprudência encontrar as soluções justas nos contratos cujo

¹⁵Ibid., p. 166.

¹⁶REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. 48 ed. São Paulo: RT, 2003, p.149.

¹⁷Tal teoria surgiu dos chamados *doctrine of frustration of purpose*, para maiores detalhes sobre a origem do instituto, ver caso KRELL V. HENRY (1903). Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/8867>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

¹⁸BARLETTA apud EFING, Antonio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 182-183.

¹⁹PEREIRA, op. cit., p. 165.

equilíbrio sofreu alterações iníquas pela alteração das circunstâncias em que foram celebrados. O art. 252º, nº 2 do Código Civil Português²⁰ assim dispõe:

art. 252º (Erro sobre motivo): nº 2. Se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído.

Segundo Costa²¹, o art. 252º, nº 2, estabelece regime específico para o erro referente aos motivos que configuram a base do negócio jurídico, cuja ideia central é de um erro bilateral sobre as condições patentemente fundamentais do negócio jurídico.

O autor diz que o artigo destacado, combinado com o art. 437º do mesmo diploma, consagrou a aplicação da teoria da base objetiva no direito português, apenas pontuando a aplicação do princípio da boa-fé²².

Diferente do que ocorre no direito português, o atual Código Civil consagrou no ordenamento jurídico pátrio a Teoria da Imprevisão. Deve-se considerar, porém, que a análise de julgados de nossos Tribunais revela que nem sempre foi assim.

Na jurisprudência pátria, a doutrina da quebra da base objetiva do contrato era aplicada mesmo antes de sua previsão no CDC. A teoria era largamente aplicada, por exemplo, aos contratos imobiliários celebrados quando a moeda de curso forçado era o “Cruzado I”, em um contexto no qual o sistema financeiro no Brasil era caracterizado pela instabilidade da moeda e pela forte intervenção estatal na tentativa de conter a inflação²³.

Em repetidos julgados ficou assentada a tese de que a inflação existente em momento posterior ao surgimento do plano “Cruzado I”, por ser fato totalmente imprevisível e que fugia da álea normal dos negócios jurídicos, sendo capaz de alterar a base objetiva dos negócios celebrados.

Nesse período, o STJ entendeu que a correção monetária dos valores contratados, no que concerne a contratos imobiliários de adimplemento diferido, era solução justa a correção monetária das parcelas pactuadas, visto que necessárias para manter a comutatividade do contrato²⁴.

²⁰PORTUGAL. Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

²¹COSTA, Mauro Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1979, p. 246-247.

²²Ibid., p. 247.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 135.151. Relator: Ministro Ruy Rosado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700393275&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

²⁴Vide nota 23.



Interessante notar que, em primeiro lugar, a teoria da quebra da base objetiva, no direito brasileiro, fora reconhecida em desfavor do consumidor, fenômeno que se inverteu com o surgimento do CDC.

Com o CDC, a teoria passou a estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro²⁵, tendo em vista a previsão inscrita no seu art. 6º, inc. V, ao tratar da revisão de cláusulas que contemplem obrigações que em razão de fatos supervenientes se tornaram excessivamente onerosas.

É cediço que o CDC inaugura um microsistema de proteção do consumidor, que está em posição de vulnerabilidade em relação ao fornecedor, mas seria possível aplicar o art. 6º, inc. V, do CDC, em relações paritárias, como são as submetidas ao Código Civil?

O tema fora objeto de controvérsia no STJ, quando da análise do REsp. 1.321.614, publicado em março do ano de 2015, em que se procurou estabelecer os limites de aplicação da teoria acima mencionada. Naquela ocasião o Min. Paulo de Tarso Sansseverino pontuou que²⁶:

a possibilidade de revisão judicial dos contratos de longa duração, com fundamento na teoria da base objetiva, buscando a preservação do vínculo contratual (princípio da estabilidade dos pactos) e o restabelecimento do equilíbrio entre as prestações, afetado por fatos supervenientes que geram uma onerosidade excessiva para um dos contratantes, tem sido aceita, em situações excepcionais, pela jurisprudência desta Corte.

Na mesma decisão o Min. Sansseverino diz que quando a base objetiva que fundamenta o negócio jurídico se rompe por força de fatos extraordinários supervenientes, em especial, quando se trata de contrato de execução diferida, se permite a revisão pela ocorrência de fato extraordinário, mas não necessariamente imprevisível.

Isto é previsto no art. 6º, V, do CDC, mas não era no Código Civil então em vigor, visto que este adotava a Teoria da Imprevisão²⁷. Haveria, portanto, óbice à aplicação da teoria da quebra da base objetiva nos contratos regidos pelo CC?

A resposta que o Min. Sansseverino²⁸ dá a esta questão é não, mas como conciliar duas teorias que exigem pressupostos de aplicabilidade tão diferentes? Para o Ministro, a aplicação da Teoria da Quebra da Base Objetiva do contrato deve ser aplicada como

²⁵PEREIRA, op. cit., p. 165.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.321.614. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sansseverino. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41500648&num_registro=201200888764&data=20150303&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 15 abr. 2017.

²⁷Vide nota 26.

²⁸Vide nota 26.



pressuposto de distribuição equitativa dos ônus oriundos de fatos supervenientes e imprevisíveis, de tal forma que mantenham a comutatividade do contrato.

O entendimento que prevaleceu, contudo, foi no sentido contrário, proferido pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva²⁹. Segundo o Ministro Villas Bôas, em relações paritárias deve prevalecer o princípio da *pacta sunt servanda* e o princípio da autonomia da vontade, valores que não poderiam ser derogados pelas partes.

Para o Ministro a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da Teoria da Imprevisão, exige que fique demonstrada a alteração superveniente das condições fáticas iniciais, oriundas de evento imprevisível que comprometam a comutatividade dos contratos, demandando tutela jurisdicional específica, tendo em vista, em especial, o disposto no Código Civil.

Segundo o Ministro³⁰, a teoria em comento, ao dispensar o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida no ordenamento pátrio apenas nas relações de consumo, que demandam especial proteção. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microsistema do direito do consumidor.

De outro modo, a Teoria da Quebra da Base Objetiva poderia ser invocada para revisão ou resolução de qualquer contrato no qual haja modificação das circunstâncias iniciais, ainda que previsíveis, comprometendo em especial o princípio *pacta sunt servanda* e, por conseguinte, a segurança jurídica³¹.

Para o Ministro³², no tocante às relações contratuais regidas pelo Código Civil e marcadamente paritárias, a adoção dessa teoria, a fim de determinar a revisão de contratos, poderia, em decorrência da atuação jurisdicional, impor indesejáveis prejuízos reversos àquele que teria, em tese, algum benefício com a superveniência de fatos que atinjam a base do negócio.

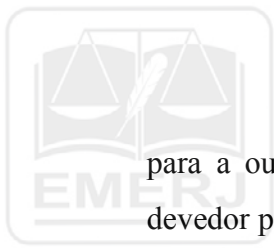
Em momento posterior, já no ano de 2003, com a entrada em vigor do atual Código Civil, que mais uma vez adotou a Teoria da Imprevisão em seu art. 478, se assentou em nosso ordenamento jurídico que nos contratos de execução continuada ou diferida, quando a prestação de um dos contratantes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.321.614. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sansseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43122908&num_registro=201200888764&data=20150303&tipo=41&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2017.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.321.614. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sansseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42214346&num_registro=201200888764&data=20150303&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2017.

³¹Vide nota 30.

³²Ibid.



para a outra, em decorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Do mencionado acima, vê-se que para o Código Civil, a princípio, seriam três os requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão: primeiro, a existência de contrato comutativo, de execução continuada ou diferida; segundo, a ocorrência de fato imprevisível superveniente que implique em alteração substancial nas circunstâncias de fato que serviram de base ao negócio jurídico; terceiro, que desse fato superveniente se origine excessiva onerosidade para uma das partes³³.

O Código Civil, contudo, em seu texto há o acréscimo de mais um requisito, qual seja, que da onerosidade advenha “extrema vantagem econômica para a outra parte”.

É necessário observar que o Enunciado 175, da III Jornada de Direito Civil do CJF propõe a seguinte interpretação desta norma:

enunciado 175 – Art. 478: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.

Importante destacar, ainda, os enunciados 365 e 366 da IV Jornada de Direito Civil do CJF, que tratam do mesmo artigo em comento:

enunciado 365 – Art. 478. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

enunciado 366 – Art. 478. O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Em resumo, esses enunciados cristalizam a ideia de que a legitimação da revisão contratual, na verdade, é produto da imprevisibilidade do evento, tendo em vista que no momento da contratação, no qual se exerce a autonomia da vontade, as partes assumem todos os riscos de onerosidade inerentes a atividade contratual³⁴.

Outra diferença entre a Teoria da Imprevisão conforme o plano doutrinário e a forma como foi prevista no atual Código Civil é que, ao observar o texto vê-se que a previsão legal, apresenta apenas uma solução para o devedor, que é pleitear a resolução do contrato.

³³Se a onerosidade já estava presente no início do contrato é possível falar em caso de lesão.

³⁴EFING, op. cit., p. 180-181.

De fato, o art. 479, CC, apenas concede ao réu a faculdade de manter o contrato em caso de pleito revisional, desde que esse concorde em modificar equitativamente as cláusulas contratuais.

Conforme leciona Efig³⁵, em observância ao princípio da conservação dos contratos, o pedido de revisão encontra fundamento. Aliás, não é outro o entendimento descrito nos Enunciado 176 e 367, da III e IV Jornada de Direito Civil respectivamente:

enunciado 176 – Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

Enunciado 367 – Art. 479. Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório.

Do exposto, pode-se concluir que, ao menos no que concerne à previsão legal, a revisão contratual no Código Civil de 2002 se daria apenas em casos nos quais se está diante de contratos paritários, nos quais ocorram mudanças imprevisíveis nas circunstâncias de fato e que gerem desproporção entre a prestação e contraprestação nos contratos comutativos.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO UMA PORTA DE ENTRADA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO CIVIL

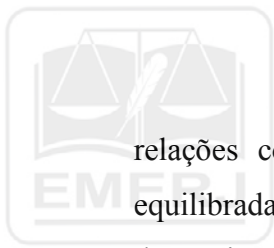
As teorias acima, embora tenham o mérito de permitir o restabelecimento do equilíbrio contratual, não conseguem alcançar alguns casos em que, não obstante os fatos que deram causa ao contrato permaneçam os mesmos, por motivo de imperativos éticos e morais seja necessário ao Estado interferir no contrato mantendo, rescindindo ou até determinando a realização do mesmo.

Assim, adquire relevância a cláusula geral da função social dos contratos, previsto no art. 421 do Código Civil, segundo o qual a liberdade das partes contratarem tem como limite a função social do contrato. As partes possuem liberdade de contratar, mas esta não pode ser exercida de forma absoluta³⁶.

O art. 421 do CC dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, limitação essa que tem como finalidade dar equilíbrio às

³⁵Ibid., p. 182.

³⁶NERY, Rosa Maria Andrade; FIGUEIREDO, Fernando Vieira de; GAGO, Viviane Ribeiro. *Advocacia Corporativa: Desafio e Reflexões*. São Paulo: RT, 2010, p. 74.



relações contratuais. Se busca alcançar, assim, contraprestações que sejam não apenas equilibradas, mas também justas e socialmente estipuladas, sendo instrumento de realização dos princípios da solidariedade, dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade. Conforme leciona Sávio de Aguiar Soares³⁷:

[...] a funcionalização dos direitos encontrada no texto constitucional irradia profusamente no campo jurídico-contratual, ressaltando a função social como cláusula geral que expressa um princípio informador o qual embora amplamente assentado ainda ocasione muitas contendas doutrinárias acerca de sua natureza.

Isso não significa, contudo, que a liberdade contratual se encontra superada, pois a autonomia privada dos indivíduos só pode ser exercida, hodiernamente, dentro dos limites dos valores fundamentais previstos na Constituição da República, e assim, ao particular é dado agir observando os critérios de respeito, lealdade, eticidade, socialidade, bem como conforme o bem comum e os interesses econômico-sociais. Nesse mesmo sentido se destaca a decisão haurida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa transcreve-se abaixo:

processo n. 0038342-87.2014.8.19.0001 – APELAÇÃO. Des(a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Julgamento: 10/02/2017 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. (...) 4. Há a necessidade de interpretar-se a situação existente privilegiando os princípios da função social e da boa-fé objetiva, da qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de colaboração, fidedignidade, respeito, honestidade e transparência, que devem estar presentes nas relações contratuais como a que ora se examina, com o intuito de reequilibrar-se a relação jurídica entre os ora litigantes; trata-se de buscar o equilíbrio (equivalência) e a justiça contratual [...]³⁸.

Em outro momento, de observar ainda a cláusula geral da função social do contrato sendo utilizado como fundamento para a obrigação de realização de parcelamento de débitos. Note-se que, no caso concreto, se tratava de prestação de serviços essenciais em regime de concessão, e o parcelamento tinha a finalidade de assegurar a prestação do mesmo. Apresenta-se a seguinte ementa:

processo n. 0114446-72.2004.8.19.0001 – APELAÇÃO. Des(a). MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO - Julgamento: 31/08/2016 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. (...) PARCELAMENTO DE DÍVIDA. POSSIBILIDADE. (...) Parcelamento do débito que atende ao interesse de ambas as

³⁷REVISTA JURÍDICA. Sapucaia do Sul – RS: Nota Dez, mar. 2008, p. 61.

³⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0038342-87.2014.8.19.0001. Relator: Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3286252&PageSeq=0>. Acesso em: 17 abr. 2017.



partes, pois permitirá o adimplemento e a continuidade da prestação do serviço essencial cuja falta afronta a dignidade da pessoa humana. Princípio da função social do contrato que reduz o alcance do *pacta sunt servanda*. Lei Estadual nº 4.339/04 que tratou expressamente acerca da possibilidade do parcelamento, a qual não é elidida pelo fato de o autor não preencher os requisitos nela previstos, tendo em vista a fundamentação supra. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.³⁹

Assim, o quadro atual revela que a hermenêutica contratual deve convergir com a Constitucional, sendo consequência dessa convergência a aplicação concreta da vontade constitucional nos contratos particulares, em especial no que concerne aos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, do trabalho e da livre iniciativa, da solidariedade.

Dessa forma, a função social deve alcançar todo ordenamento vigente, de modo que os direitos subjetivos das partes contratantes sejam restringidos pelos ditames de ordem pública e à eficácia social dos contratos no que tange a sua utilidade, quer dizer, a consagração do fim econômico do contrato de forma justa e equânime⁴⁰.

Mas como aplicar essa cláusula que autoriza a intervenção do Estado nas relações contratuais com a segurança jurídica que se espera de um contrato é um problema que deve apresentar resposta adequada.

Como dito acima, a função social prevista no Código Civil não representa o fim da *pacta sunt servanda*, ou seja, da força obrigatória dos contratos e da liberdade de contratar, mas apenas que no direito civil atual, em completo acordo com a norma constitucional, não pode conceder guarida a qualquer forma de contratos⁴¹. É necessária a observância de pressupostos éticos que norteiam o sistema jurídico brasileiro.

Por certo, a interpretação da cláusula da função social não deve ser de tal forma ampla que venha a ignorar a liberdade de contratar e o *pacta sunt servanda*, e nem tão restrita que seja esvaziado de seu conteúdo.

A função social do contrato se liga à liberdade de contratar, tendo em vista que esta será balizada pela cláusula geral e também pela boa-fé objetiva, e justamente aqui se encontra o que a função social dos contratos impõe que são a união das partes para o bom funcionamento da relação contratual, de tal forma que não sejam eliminados os interesses

³⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0038342-87.2014.8.19.0001. Relator: Desembargador Maria Luíza de Freitas Carvalho. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3225501&PageSeq=0>. Acesso em: 17 abr. 2017.

⁴⁰NETO, op. cit., p. 227.

⁴¹NERY, op. cit., p. 75.



individuais de um lado, mas de outro lado não seja dado espaço para deslealdades e atitudes contrárias à lógica econômico-social que presidiu a própria contratação⁴².

CONCLUSÃO

A realidade atual do nosso ordenamento jurídico impõe que se considere que a Constituição é o centro de onde irradia a validade das leis e atos normativos, tanto no que concerne a forma quanto ao conteúdo desses, e ainda que suas cláusulas sejam dotadas de força normativa, podendo o Estado-Juiz buscar diretamente nelas a solução para casos não previstos em nossas normas infraconstitucionais.

A ascensão da Constituição como centro do sistema jurídico impõe que as demais normas infraconstitucionais busquem nela a sua validade material e formal, visto que essa se torna o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito.

Assim, o direito civil deve ser lido de acordo com as normas constitucionais, o que resulta no fato de que na resolução dos conflitos civis não se deve considerar questões meramente patrimonial, mas também existenciais, valorizando os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e da função social da propriedade.

Daí se impõe o controle dos atos que expressam a liberdade individual de contratar, não apenas no que concerne a sua forma, mas ao seu conteúdo, impondo assim que as relações jurídicas entre particulares observem pressupostos éticos, e não apenas os meramente econômicos.

A Constituição de 1988 e o advento do Código de Defesa do Consumidor representaram uma grande mudança no que concerne a intervenção do Estado nas relações contratuais entre particulares, com a finalidade de se resguardar o equilíbrio nas relações contratuais.

O Código Civil adotou teoria muito semelhante ao já esposado pelo Código de 1916, com o acréscimo inovador da previsão da cláusula geral da função social dos contratos, limitadora da liberdade de contratar.

Tal cláusula, contudo, por ser de difícil definição pode gerar muitas dificuldades práticas no momento de sua aplicação. É certo que o atual sistema jurídico não aboliu a liberdade de contratar, bem como o *pacta sunt servanda*, contudo, também não permite a proteção de toda e qualquer relação contratual, mas apenas as relações justas e equilibradas.

⁴²FONSECA, op. cit., p. 246.

Logo, o desafio que representa a revisão contratual atualmente, no que concerne à aplicabilidade da função social do contrato é justamente que se mantenha o equilíbrio: se faz necessário que se considere os pressupostos éticos trazidos pelo atual ordenamento jurídico sem perder de vista a manutenção do caráter essencial dos contratos, dentre outros a sua estabilidade e obrigatoriedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: RT, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.321.614. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sansseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41500648&num_registro=201200888764&data=20150303&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.321.614. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sansseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42214346&num_registro=201200888764&data=20150303&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.321.614. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sansseverino. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43122908&num_registro=201200888764&data=20150303&tipo=41&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 135.151. Relator: Ministro Ruy Rosado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700393275&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0038342-87.2014.8.19.0001. Relator: Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3286252&PageSeq=0>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0038342-87.2014.8.19.0001. Relator: Desembargador Maria Luiza de Freitas Carvalho. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3225501&PageSeq=0>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Caso KRELL V. HENRY (1903). Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/8867>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

COSTA, Mauro Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1979.



COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

EFING, Antonio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY, Rosa Maria Andrade; FIGUEIREDO, Fernando Vieira de; GAGO, Viviane Ribeiro. *Advocacia Corporativa: Desafio e Reflexões*. São Paulo: RT, 2010.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. rev. e atual. [Atualização e revisão Regis Fichtner]. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PORTUGAL. Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 15 abr. 2017.

REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. 48. ed. São Paulo: RT, 2003.

REVISTA JURÍDICA. Sapucaia do Sul – RS: Nota Dez, mar. 2008.

SILVA FILHO, Artur Marques da et al. *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.



A SUPERPROTEÇÃO DO CONSUMIDOR, A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E O DIREITO DE INFORMAÇÃO

Lien Martins Bastos Soares

Graduada pela Faculdade de Direito de Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. Advogada. Pós-graduanda na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: atualmente há uma crise no sistema judiciário em que toda e qualquer demanda fundada em uma relação de consumo pressupõe a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, bastando a mera alegação de sua qualidade para que haja a inversão do ônus da prova de forma genérica e sem critério. Fato é que não é em toda demanda que se faz necessária a inversão, pois o consumidor em parte delas detém conhecimento suficiente e adequado para a produção de provas em sua defesa, seja por meio das informações prestadas pelo próprio fornecedor do serviço/produto ou por ser uma questão de fácil compreensão, sem maiores especificidades e contornos.

Palavra-chave: Direito do consumidor. Inversão do ônus da prova. Direito à informação.

Sumário: Introdução. 1. A regra da inversão do ônus da prova. 2. A inversão do ônus da prova no caso de notoriedade. 3. A função da boa-fé na distribuição do ônus da prova. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute acerca da existência da superproteção do consumidor em detrimento ao fornecedor/produtor por meio da inversão do ônus da prova. Busca-se demonstrar a real necessidade da inversão do ônus probatório quando de hipóteses específicas em que o consumidor detém todas as informações sobre a prestação do serviço ou do bem adquirido. O Código de Defesa do Consumidor superprotege o consumidor a ponto de retirar toda a responsabilidade do consumidor e transferi-la para o fornecedor, restando a esse o ônus probatório duplo para comprovação de sua “inocência”.

Nesse contexto, surgiu um mecanismo para frear e desestimular as condutas abusivas por parte dos fornecedores em detrimento dos consumidores, por meio da inversão do ônus da prova.



O primeiro capítulo questiona a necessidade da inversão do ônus probatório mesmo quando o consumidor detém capacidade de fabricar provas que sustentem seu pleito e se contraponham ao do fabricante/fornecedor. Dessa forma se o consumidor detém capacidade para proteger o seu direito, cabe a ele o ônus probatório.

O segundo capítulo busca analisar a necessidade da inversão do ônus da prova quando a informação é notória e de fácil acesso. Questiona-se a necessidade de proteção ao consumidor com a inversão do ônus probatório por meio de fatos comuns ao cotidiano e de costume corriqueiro.

O terceiro capítulo visa a averiguar a responsabilidade do fabricante/fornecedor nas relações de consumo e a possível inversão do ônus da prova mesmo no caso fabricante/fornecedor ter exposto todas as informações necessárias para a realização do contrato.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa, uma vez que busca analisar fatos, interpreta-los e identificar suas causas e serão usadas como fontes principais a doutrina, a legislação e a jurisprudência.

1. A REGRA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inicialmente é preciso explicar o método adotado pelo sistema brasileiro quanto a inversão do ônus da prova. O artigo 333 do CPC/73¹, atual artigo 373 do CPC15², estabelece que a parte autora se incumbe da comprovação do fato constitutivo de seu direito enquanto ao réu cumpre a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo; Contudo quando se trata

¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

de relação consumerista a regra é a da “distribuição dinâmica do ônus da prova”³ em que tais ônus seriam distribuídos conforme a possibilidade e facilidade na fabricação da prova e não mais a regra de que “quem alega tem o dever de provar”.

Já a inversão do ônus da prova se justifica pela existência de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor⁴, bem como a existência de verossimilhança das alegações (art. 6º, VIII do CDC⁵), ou seja, a inversão somente incidiria quando o consumidor não detém meios técnicos ou conhecimentos específicos para defender seu direito postulado, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro veda a prova diabólica⁶.

É necessário abordar os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência⁷ para tecer melhores comentários acerca do tema ora proposto. Certo é que há grande divergência com relação a definição de tais institutos, já que parte dos doutrinadores os considera como sinônimos. Todavia, por meio de aprofundamento do tempo será percebido que, embora haja correlação entre os termos, tratam-se, na verdade, de institutos distintos.

A vulnerabilidade está prevista no artigo 4º, inciso I do CDC⁸ e pode ser conceituada como o fato de que o “consumidor não só não tem acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento (não tem informações técnicas), nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos”⁹. Isso significa que a vulnerabilidade seria instituída com o objetivo de reequilibrar a relação em prol do menos

³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p.390.

⁴ ALMEIDA, João Batista. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

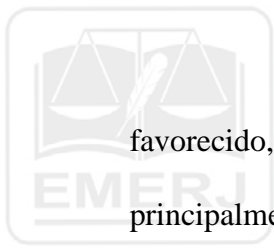
⁵ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 de abr. 2015.

⁶ GOMES, Rede de ensino Luiz Flávio; O que é prova diabólica?. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/61485/o-que-e-a-prova-diabolica>>. Acesso em 3 abr. 2016. “É a chamada prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, como a prova de fato negativo. A prova diabólica existe muito na prática e fez a doutrina do ônus da prova ser repensada”.

⁷ MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova*: notas para uma diferenciação. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,vulnerabilidade-hipossuficiencia-conceito-de-consumidor-e-inversao-do-onus-da-prova-notas-para-uma-diferenciacao,43983.html#_ftn24>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=cdc&oq=cdc&aqs=chrome..69i57j1158j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acessado em: 5 out. 2016.

⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato . *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.



favorecido, sobre o qual incide a presunção de ser o consumidor, pessoa física, principalmente.

Já a hipossuficiência, segundo Flávio Tartuce¹⁰ :

[...] o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões pobre ou sem recursos, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento [...]

Sendo assim, evitando maiores discussões acerca dos conceitos mencionados, extrai-se que a vulnerabilidade consiste basicamente na qualificação do indivíduo como consumidor, aplicando-se as regras pertinentes ao CDC, enquanto a hipossuficiência atrai conceitos com viés mais processuais, tais quais a aplicação da gratuidade de justiça estabelecida pela Lei 1.060/50 em seu artigo 4^o¹¹, bem como a inversão do ônus da prova.

Todavia, não são todos os casos em que o consumidor se apresenta nas qualidades acima expostas, posto que nem toda demanda requer maior técnica e sabedoria. Dessa forma, não deveria ocorrer o benefício da inversão do ônus da prova quando a própria parte detém a capacidade de fabricar provas que sustentem seu pleito.

Supondo se tratar de uma relação de compra e venda entre consumidor e fornecedor em que o consumidor alegue algum vício no produto, cumpre a ele demonstrar a existência do dano e não requerer a inversão do ônus probatório. Note que a produção de provas, nesse caso, seria simples, uma vez que bastaria demonstrar a ineficácia do bem/serviço com sua destinação legal. Nesse sentido, o consumidor deveria juntar a prova de que adquiriu o bem no estabelecimento do fornecedor e demonstrar o vício que nele se apresenta. Em outras

¹⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2014, p. 34.

¹¹BRASIL.Lei de Gratuidade de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acessado em: 5 de out. 2016.



palavras, não seria ônus do fornecedor provar que o produto, no momento da sua aquisição, estava em plena condições de uso atingindo sua finalidade.

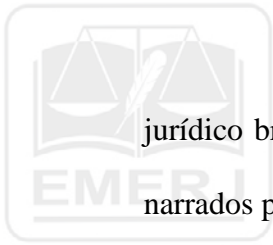
No momento da aquisição de algum produto/serviço pelo fornecedor é realizada uma análise prévia e a constatação de vícios neles contidos, sendo que esses são desconsiderados e, conseqüentemente, não são expostos a consumação pelos indivíduos.

Ademais, quando do momento da venda física do produto e não os realizados em meios virtuais, os vícios aparentes podem ser constatados imediatamente e reivindicados instantaneamente, então qual seria a necessidade de ajuizar demanda e requerer a inversão do ônus probatório nessa hipótese? O consumidor, nesse caso, possui meios de, antes mesmo de requerer a demanda judicial, exigir novo bem/serviço administrativamente e de comprovar a inutilidade deles. Sendo assim, não recairia sobre o fornecedor a responsabilidade de comprovar que o produto/serviço fora entregue em perfeitas condições de uso.

Trata-se de provas de fácil acesso e de simples contestação de forma que não requer qualquer conhecimento técnico ou específico. Nesses casos, a facilidade da comprovação da alegação voltaria para a regra geral a qual estabelece que cumpre ao autor demonstrar o fato constitutivo de sua demanda, resguardando o instituto em questão para as verdadeiras hipóteses em que não o consumidor realmente não consegue produzir a prova por ser qualificado como “vulnerável e hipossuficiente”.

2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CASO DE NOTORIEDADE

No caso de informações notórias é necessário realizar a mesma ponderação já exposta no capítulo anterior, qual seja: a inversão do ônus da prova deve ser utilizada somente nos casos em que realmente se fizer presente sua necessidade, pois a regra no ordenamento



jurídico brasileiro é a da não inversão, uma vez que cumpre a quem alegou, provar os fatos narrados por ele narrados, conforme artigo 333 do CPC/73, atual artigo 373 do CPC15¹².

Há quem sustente como Alline Jéssica Ribeiro Cruz Campos Vieira¹³ que mesmo nos casos de notoriedade, o magistrado estaria vinculado a inversão do ônus da prova, de ofício, nos casos em que estejam presentes os requisitos de “vulnerabilidade e hipossuficiência” em decorrência dos princípios da ordem pública e do interesse social, todavia, conforme já foi observado tais elementos para a concessão do benefício são amplamente subjetivos e, atualmente, banalizados.

Ademais, o magistrado ao considerar *ex officio* a inversão do ônus da prova atuaria como legislador positivo, de forma que violaria o Sistema Federativo e sua consequente separação de poderes, posto que ao criar ao criar uma nova regra, o judiciário estaria intervindo no legislativo da esfera da União, Estados, DF e Municípios, uma vez que o art. 24 da CRFB/88¹⁴ determina ser competência concorrente para legislar sobre responsabilidade ao consumidor. Dessa forma, a inversão deveria ocorrer quando efetivamente há um consumidor hipossuficiente e vulnerável, isto é, mesmo que a inversão seja legalmente expressa ou que a parte a requeira, seria necessária uma análise do caso para averiguar a real necessidade do benefício, já que se trata de uma exceção.

Com essa nova Era implementada pela internet juntamente com a ascensão de programas sociais ampliativos e distributivos de informações, a figura do consumidor deixou de ser “hipossuficiente e vulnerável” em determinadas situações, pois no mundo contemporâneo é possível buscar informações por outros meios além do contrato firmado entre as partes.

¹² BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acessado em: 5 de out. 2016.

¹³ VIEIRA, Alline Jéssica Ribeiro Cruz Campos. *O direito do consumidor e a inversão do ônus da prova:*

Estudo acerca da obrigação do Magistrado de analisar *ex officio* os requisitos para a inversão do ônus da prova. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3930>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

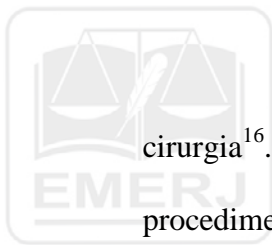
O consumidor detém o ônus de buscar no mercado o melhor serviço/produto que possua maior qualidade e mais precisão no momento da descrição do produto/serviço para evitar futuros questionamentos acerca da execução/implementação ou entrega deles, caso contrário, a responsabilidade sobre a escolha será de quem efetivamente a realizou¹⁵.

É importante que o consumidor adote uma postura pró ativa ao examinar as ofertas realizadas no mercado para posteriormente deter provas suficientes para pleitear o seu direito, ou seja, não basta que o consumidor simplesmente adquira o produto/serviço com determinada expectativa sem que ao menos tenha verificado se sua real intenção coincide com a descrição contida no produto/serviço. Para melhor elucidar, imagine o caso de um consumidor que alega a não requisição de internet em seu plano de telefonia, mas que consta na fatura o débito referente ao serviço não requerido. Nesse caso, a prova produzida pelo consumidor seria de fácil constatação, já que primeiramente alegaria o não requerimento do serviço e posteriormente juntaria eventuais protocolos de insatisfação com a cobrança e até mesmo a impossibilidade de acesso a internet. Sendo assim, não precisaria ser invertido o ônus da prova, pois se trata de uma situação em que o consumidor detém todos os meios de se defender de forma igualitária e isonômica, de forma que a regra, nesse caso, deveria prevalecer.

O que se demonstra no presente artigo não é a extinção da inversão do ônus da prova, mas tão somente uma melhor análise sobre sua aplicação, já que houve uma banalização na inversão do ônus da prova, assim como nos conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade.

Dessa forma, o que se requer é a análise casuística, de modo a evitar a inversão simplesmente pelo fato de ser considerado consumidor. Agora imagine a situação de uma

¹⁵ SÃO PAULO. Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania. *Guia de Defesa do Consumidor*. São Paulo; 2014.



cirurgia¹⁶. É evidente que mesmo que o paciente realize buscas e estude todos os procedimentos que deveriam ser adotados na cirurgia, ainda assim, vai depender de eventuais conhecimentos técnicos dos quais não são a ele pertinentes. A execução de uma cirurgia envolve muito mais conhecimentos técnicos e específicos, pois muitas vezes, os que constam dos livros não coincidem com a realidade e com a experiência dos médicos. Sendo assim, nessa situação a inversão do ônus da prova seria adequada as suas funções de proteger o “vulnerável e hipossuficiente”.

As informações notórias e de fácil constatação não devem ser abarcadas pela inversão do ônus da prova, pois incumbe a parte provar o fato de suas alegações. As partes têm o dever de provar aquilo que alegam ainda mais se for uma prova notória ou de fácil constatação. A inversão não seria necessária e, caso fosse realizada, haveria uma subversão da regra e exceção¹⁷.

3. A FUNÇÃO DA BOA-FÉ NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Esse capítulo busca tratar de um assunto mais específico sobre o tema, abstraindo já as críticas realizadas nos capítulos anteriores referentes à banalização dos conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade¹⁸.

Dessa forma, o foco será no debate dos consectários legais do processo, pois a inversão do ônus da prova se torna mais difícil de acontecer quando o fornecedor de

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI n. 70063449201. Relator: Ministro Eugênio Facchini Neto. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185404069/agravo-de-instrumento-ai-70063449201-rs>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp n. 1523453. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190242133/recurso-especial-resp-1523453-pe-2015-0068233-4>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁸ MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova*: notas para uma diferenciação. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 7 set. 2016.

produtos/serviços explana todas as informações necessárias e úteis para a formação da vontade do consumidor.

No caso em que o fabricante/fornecedor expõe todas as informações necessárias para a realização do contrato, o consumidor até então tido como hipossuficiente e vulnerável deixa de sê-lo, uma vez que não será mais considerado parte fragilizada da relação, pois detém acesso ao sistema produtivo, ao funcionamento, informações técnicas, e informações sobre o resultado do produto ou serviço prestado¹⁹.

Sendo assim, a presunção absoluta da vulnerabilidade por considerar a matéria de ordem pública e interesse social, não faz mais sentido, já que a parte, agora informada, possui conhecimento integral do produto/serviço contratado.

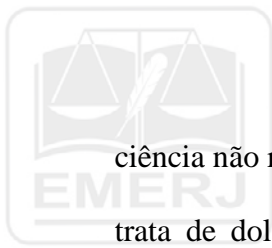
Com o advento da CRFB/88, os princípios foram elevados a categoria das regras, isto é, não há mais diferença hierárquica entre princípio e norma, pois a CRFB/88, os equiparou. Sendo assim, os princípios da informação, boa-fé, liberdade, dimensão coletiva entre outros possuem a mesma força coercitiva e mesmo poder sancionatório que uma regra estipulada nos Códigos²⁰.

Esses princípios geralmente são mais utilizados para ratificar ou invalidar os defeitos do negócio jurídico tais quais o erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, fraude contra credores e simulação, os quais são facilmente encontrados nas relações de consumo.

Nesse sentido, o fabricante/fornecedor que propositalmente omite uma informação essencial sobre o produto/serviço incorre na responsabilidade de reparar o dano a depender da manutenção da vontade do consumidor em permanecer ou não com o negócio celebrado. Por exemplo, se o vendedor omitir informação essencial sobre a qual se o consumidor tivesse

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL 5679 RJ 1998.001.05679. Relator: Adilson Vieira Macabu. Disponível em: < <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2462402/apelacao-apl-5679-rj-199800105679#> >. Acesso em: 25 ago. 2016.

²⁰ VILELA GUGLINSKI, Vitor. Princípios norteadores do direito do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12232>. Acesso em: 25 ago. 2016.



ciência não realizaria o negócio, este poderá ser anulado e desfeito com efeito ex nunc, pois se trata de dolo direto²¹. Em contrapartida se o vendedor omite propositalmente informação essencial sobre o produto, mas o erro não altera o consentimento do consumidor, não há que se falar em anulação, pois se trata de dolo indireto, gerando, apenas, perdas e danos.

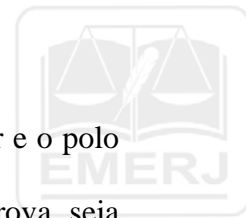
É necessário perceber que toda a atuação, de ambas as partes no negócio, deve ser dirigida à finalidade do bem comum, no sentido de que deve buscar ao máximo a concretização dos princípios acima mencionados, atuando em conformidade com os ditames legais. Logo, se o fabricante/fornecedor explana todas as informações necessárias sobre o produto ou serviço, não há razoabilidade na inversão do ônus da prova, já que a parte detém meios de se defender de maneira suficiente e de forma eficaz.

O princípio da boa-fé é o mais utilizado quando questões consumeristas são debatidas, pois trata dessa postura leal e prova que as partes devem ter entre si, atuando de forma clara, precisa e transparente. Ao adotar essa postura, a inversão do ônus da prova será melhor aproveitada, tendo em vista que somente haverá esse benefício em casos extraordinários, retornando ao status de exceção como bem deseja o ordenamento jurídico posto.

CONCLUSÃO

O atual cenário jurídico brasileiro estabelece uma percepção das normas diferente do que realmente se instala no mundo fático, pois o ordenamento cria regras de aplicação imediata pela simples natureza jurídica da relação, como se demonstra com a inversão do ônus da causa e sua incidência quando da configurada a relação de consumo.

²¹ É assim, porque o dolo é um vício de consentimento, e, como tal, necessita ser fator determinante do ato voluntário de quem foi a sua vítima. Nesse sentido, vide: AQUINO, Leonardo Gomes de. Defeitos do negócio jurídico. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3504, 3 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23603>>. Acesso em: 25 ago. 2016.



Atualmente, basta que no polo passivo esteja qualificado como consumidor e o polo ativo como fornecedor/fabricante para que a regra da inversão do ônus da prova seja realizada, pois teoricamente o consumidor seria o polo mais fraco da relação, merecendo maior proteção. Fato é, que a existência de uma relação de consumo deve ser verificada juntamente com os requisitos da “vulnerabilidade e hipossuficiência”.

Com relação aos requisitos, é de fácil constatação sua generalidade e subjetividade, de modo a permitir diversas interpretações e meios de aplicação ao caso concreto, ocasionando a “vulnerabilidade da relação de consumo”, já que para qualquer caso o magistrado acaba por inverter o ônus para facilitar a produção de provas e reequilibrar a relação que antes favorecia exclusivamente ao fornecedor/fabricante.

Com o intuito de evitar a banalização da inversão do ônus da prova é preciso realizar um estudo casuístico para analisar quais relações merecem ser beneficiadas pela inversão, uma vez que se trata de meio de prova excepcional.

Em alguns casos não seria necessária a inversão do ônus da prova como na hipótese do próprio consumidor deter ciência das informações necessárias para a realização do negócio; no caso do fornecedor/fabricante disponibilizar todos os esclarecimentos necessários e quando houver notoriedade das informações.

Em todos os casos acima descritos há semelhança quanto a ciência do consumidor de todas as informações a que devem a ele serem prestadas, isto é, não há como a relação ser considerada desequilibrada, já que ambas as partes detêm conhecimento acerca dos principais elementos para a realização do negócio. Dessa forma seria prescindível a inversão do ônus da prova, de forma que tal instituto voltaria a utilizado como exceção e não como a regra, como está sendo implementado atualmente.

REFERÊNCIAS



ALMEIDA, João Batista. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Defeitos do negócio jurídico*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3504, 3 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23603>>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. *Lei n. 1.060, de 5 de Fevereiro de 1950*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acessado em: 5 de out. 2016.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acessado em: 5 de out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação*. *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 17 jun, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 29 set. 2016.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Leonardo Vieira. *Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2008.

Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. *Guia de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.sumare.sp.gov.br/procon/guiadedefesa.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2014.

VIEIRA, Alline Jéssica Ribeiro Cruz Campos. *O direito do consumidor e a inversão do ônus da prova: Estudo acerca da obrigação do Magistrado de analisar ex officio os requisitos para a inversão do ônus da prova*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3930>. Acesso em: 29 set. 2016.

VILELA GUGLINSKI, Vitor. Princípios norteadores do direito do consumidor. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12232&revista_caderno=10>. Acesso em set 2016.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA DOS DIREITOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL

Lis Brilhante de Almeida

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Advogada.

Resumo: o atual sistema investigativo brasileiro não encontra respaldo constitucional, já que é dirigido por autoridades pretensamente imparciais, distanciando-se cada vez mais dos anseios defensivos na persecução penal. Isso porque, as provas colhidas em sede de inquérito voltam-se somente às pretensões acusatórias, deixando de lado os objetivos defensivos. Assim, são restringidos diversos direitos constitucionais do acusado, como a ampla defesa. Desse modo, surge a necessidade de uma investigação que indispensavelmente assegure a paridade de armas entre acusação e defesa, ampliando o campo de entendimento do Magistrado e evitando acusações sem fundamento. A essência do trabalho é apresentar e abordar a investigação criminal defensiva como um modelo investigativo por meio do qual a defesa colhe provas aptas a sustentar a sua própria tese, garantindo ao acusado todos os direitos a ele assegurados pela Constituição.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Investigação criminal. Investigação defensiva.

Sumário: Introdução. 1. O inquérito policial como violador de direitos e garantias constitucionais. 2. A investigação criminal defensiva como proteção de direitos e garantias constitucionais. 3. Os limites da investigação criminal defensiva como garantia de sua eficácia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende discutir os atuais defeitos do procedimento do inquérito policial brasileiro, trazendo a investigação defensiva como um modelo de investigação criminal que garante ao imputadoos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, permitindo ainda a plena eficiência da investigação criminal.

O inquérito policial é o modo mais usual de investigação criminal usado no direito brasileiro para apurar eventuais violações à norma penal. Durante o feito, são realizadas as diligências que a autoridade reputar necessárias à elucidação dos fatos. Entretanto, a atual prática criminal revela a impossibilidade de aplicação de diversos direitos e garantias na fase do inquérito.



O requerimento de diligências condicionado a deferimento sem qualquer fundamentação, o sigilo das investigações e a realização livre de atos investigativos sem a necessidade de ciência do acusado, são exemplos de violação prática da ampla defesa na fase investigatória.

Também não é admitido o contraditório no inquérito policial, ficando esse restrito às provas chamadas não repetíveis, ou seja, aquelas que não poderão ser novamente produzidas em juízo, necessitando, portanto, serem contraditadas com urgência, sob pena de nulidade.

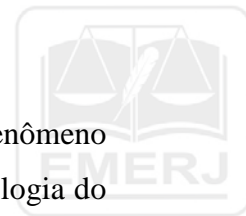
Portanto, o atual modelo investigatório brasileiro apresenta evidentes violações constitucionais, sendo necessária a adoção um procedimento legalmente definido que garanta tanto à acusação quanto à defesa os mesmos direitos e garantias, a fim de que sejam observados os princípios constitucionalmente previstos.

Para isso, o presente trabalho busca realçar a importância da investigação criminal defensiva como um procedimento que assegura a paridade de armas entre a defesa e a acusação durante o inquérito policial.

O primeiro capítulo do presente artigo destina-se a evidenciar os defeitos do atual modelo de inquérito policial brasileiro, com o objetivo de comprovar que durante esse procedimento não são assegurados ao acusado a ampla defesa, o contraditório e o direito à prova.

O segundo capítulo, por sua vez, apresentará a investigação defensiva como um modelo investigativo que viabiliza a paridade de armas entre acusação e defesa. Assim, o objetivo desse capítulo é realçar a necessidade da aplicação legal da investigação defensiva no direito brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo analisa-se os limites práticos e jurídicos da investigação criminal defensiva, a fim de demonstrar que a adoção desse procedimento não inviabiliza a eficiência da investigação policial.



A presente pesquisa trata de assunto pouco discutido e pretende interpretar fenômeno jurídico que influencia instituto relevante do Direito. Assim, o trabalho usará metodologia do tipo qualitativa, parcialmente exploratória e bibliográfica, tendo em vista que serão usadas como fontes principais a legislação, livros e artigos doutrinários.

1. O INQUÉRITO POLICIAL COMO VIOLADOR DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988¹, que se baseou nas liberdades individuais, implantou um novo panorama jurídico no Brasil. A nova Carta Magna, com o objetivo de assegurar essas liberdades, elevou à condição de cláusulas pétreas um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Diante disso e somando-se à carga principiológica prevista constitucionalmente, a Constituição Cidadã passou a vincular todos os três poderes do Estado. Portanto, até mesmo o Direito Processual Penal deve curvar-se a supremacia da Constituição e asseverar, durante todo o seu procedimento, as prerrogativas previstas no texto constitucional.

Dentre o rol dos direitos e garantias a serem assegurados pelo sistema processual penal encontram-se a ampla defesa, o contraditório e a igualdade.

No processo penal, o corolário da igualdade garante o tratamento paritário àqueles que se encontram na mesma posição jurídica, ao passo que concede iguais oportunidades para que as partes comprovem seus argumentos. Esse princípio está intimamente ligado ao contraditório, na medida em que “coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contendores o contraditório também se

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 18 jul. 2016.



assegura tratamento igualitário”². Assim porque, é até mesmo possível que coexistam contraditório e desigualdade em um mesmo procedimento.

A ampla defesa, por sua vez, é a garantia do acusado à tutela jurídica da sua liberdade. Divide-se em defesa técnica e autodefesa. A primeira refere-se à assistência do imputado por defensor com conhecimento jurídico e de sua confiança, enquanto a segunda é a resistência que o próprio acusado oferece acusação.

O contraditório, por outro lado, é o direito de cada parte de ser informado e participar dos atos processuais. Assim, tal postulado abrange tanto a necessidade de comunicação prévia das partes sobre a realização de um ato processual, bem como a possibilidade de participação ativa no processo, a fim de influenciar o julgador.

Da soma entre o contraditório e a ampla defesa surge o direito à prova. Tal prerrogativa é sinônimo da possibilidade das partes de comprovar seus argumentos, com o intuito de convencer o juiz.

Entretanto, em que pese a previsão Constitucional, o atual modelo processual penal brasileiro insiste em violar os direitos e garantias constitucionais, sobretudo durante a fase pré- processual, na figura do inquérito policial.

O inquérito policial pode ser conceituado como a “atuação investigatória da Polícia Judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração penal cometida e respectiva autoria”³. Em síntese, o inquérito policial é um procedimento administrativo, inquisitório e sigiloso, destinado à investigação de fato criminoso, onde desencadeiam-se diversos atos de investigação, sem uma sequência formal legalmente definida, visando a elucidação dos fatos para que o órgão acusador seja instruído sobre a ocorrência de fato delituoso.

²COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001, p.15.

³TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43.

Aprofundando-se no assunto do atual inquérito policial e a preservação dos direitos e garantias constitucionais, encontra-se de imediato certos infortúnios, como é o caso da violação ao princípio da igualdade e ao direito de prova.

O art. 14 do Código de Processo Penal⁴ preceitua que o ofendido poderá requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade. A problemática do referido dispositivo legal encontra-se no vocábulo juízo. O juízo que a autoridade deve fazer não seria de valor, arbitrário, como se verifica na prática, mas sim o de legalidade, a fim de averiguar se o meio probatório que está sendo requerido está de acordo com a lei. Portanto, o requerimento de alguma diligência somente deveria ser indeferido em caso de violação da lei, seja porque os meios pelos quais se produziria a prova afrontem a legislação, seja até mesmo porque o requerimento tem como objetivo protelar a conclusão do procedimento. Ocorre que, atualmente, tal avaliação com cunho estreitamente legal não é o que se verifica na prática.

Além disso, a previsão do art. 14 do Código de Processo Penal⁵ revela um sistema desigual entre acusador e acusado. O Ministério Público, órgão acusador, além de poder presidir e dirigir a própria investigação, pode requisitar inúmeras investigações e produções de prova à autoridade policial. A defesa, por sua vez, poderá requerer a realização de diligência que ficará condicionada a aprovação da autoridade competente. Além disso, de um lado, há grupos especializados que atuam junto às autoridades públicas, enquanto do outro lado, há o investigado que carece de infraestrutura e que apenas sugere a realização de diligências à autoridade, as quais passarão pelo juízo da autoridade e podem ser realizadas ou não. Assim, o acusado e seu defensor enfrentam uma desigualdade sem tamanho durante as investigações no inquérito.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ Ibid.



Outrossim, a autoridade, conforme art. 20 do Código de Processo Penal⁶, pode decretar o sigilo das investigações, de modo que o acusado terá restrito seu acesso aos autos.

No mais, a autoridade policial poderá realizar livremente atos de investigação sem a necessidade de ciência do investigado. Logo, há evidente violação da ampla defesa e do contraditório constitucionalmente assegurados ao acusado, tendo em vista que este sem o conhecimento dos atos desenvolvidos no inquérito, não poderá exercer sua defesa em relação aos dados colhidos durante o procedimento.

Ainda no que tange ao contraditório, esse fica restrito às provas chamadas não repetíveis, ou seja, aquelas que não poderão ser novamente produzidas em juízo, necessitando, portanto, serem contraditadas com urgência, sob pena de nulidade.

Portanto, essa intervenção restrita não pode sequer equivaler ao contraditório, pois não é assegurada ao acusado a ampla possibilidade de participação e de reação, com a capacidade de influenciar o julgamento do caso.

Pertinente o que sustenta Luigi Ferrajoli⁷ ao dizer que:

[...] para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações.

Na investigação deve haver contraditório e ampla defesa pelo fato de ser o inquérito um processo administrativo preparatório ao exercício da ação penal, no qual existe conflito de interesses e, portanto, litígios e litigantes.

Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci⁸ afirma que a contraditoriedade da investigação criminal consiste em um direito fundamental do imputado que deve ser observado junto a

⁶ BRASIL. Vide nota 4.

⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 490.



efetiva assistência do defensor técnico constituído, porque consiste em elemento decisivo para o julgamento do fato.

Portanto, é notório que o atual procedimento de inquérito policial adotado no Brasil fere diretamente direitos e garantias previstos na Constituição, de modo que permite que o investigado encontre-se em situação de evidente desvantagem diante do órgão acusador.

2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO PROTEÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

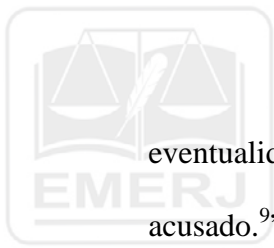
Diante das violações constitucionais que o atual modelo investigatório brasileiro apresenta, é necessária a adoção de um procedimento legalmente definido que garanta tanto a acusação quanto à defesa os mesmos direitos e garantias, a fim de que sejam observados os princípios constitucionalmente previstos. Na verdade, para que a investigação se desenvolva com paridade de armas entre as partes, é necessário que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes que detém a acusação.

Note-se que a necessidade de um outro modelo investigativo é patente, uma vez que o procedimento investigatório é dirigido no sentido da acusação, sem considerar as necessidades e teses defensivas do acusado.

Nesse paradigma, surge a figura da investigação criminal defensiva. Esse procedimento revela-se com um modo mais eficiente do acusado promover suas próprias diligências, reunindo os elementos e subsídios necessários para basear sua defesa.

Segundo André Machado, a investigação defensiva é um “instrumento a serviço do defensor do imputado, que lhe permite, desde o início da persecução prévia, ou mesmo na

⁸TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 389.



eventualidade de sua instauração, recolher dados materiais úteis à defesa dos interesses do acusado.⁹”

Assim, a investigação criminal que, hodiernamente, é exercida com exclusividade pelo Estado, seria realizada também pela defesa do acusado, em qualquer fase persecução penal, incluindo a fase do inquérito, ou até mesmo antes dele ser iniciado. Isso porque a colheita de prova cabal defensiva pode impedir o início de um inquérito viciado ou de uma ação penal sem justa causa.

Por meio dessa investigação, o acusado pode comprovar seu alibi ou razões de sua inocência. Assim, com os poderes investigativos concedidos a defesa, pode-se provar, por exemplo, a ação exclusiva de terceiros e excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, fatos estes que não são objeto principal de uma investigação comandada pelo Ministério Público ou pela autoridade policial.

A investigação criminal defensiva concede a defesa do acusado poderes equivalentes aos dos órgãos públicos. Assim, deve ser permitida ao defensor a prática de quaisquer atividades investigatórias, sejam elas típicas ou atípicas.

Os dados colhidos e atividades realizadas na investigação devem ser registradas na forma escrita e, “no momento considerado oportuno e se julgar conveniente, de acordo com sua estratégia processual, o defensor pode revelar o resultado da investigação defensiva à Autoridade Judiciária”¹⁰.

Vale destacar que o procedimento defensivo pode ser mantido sob sigilo até o fim da instrução criminal pública, sendo possível o acesso aos autos pelas partes e acusação para o exercício do contraditório.

André Machado ressalta os requisitos essenciais da investigação criminal defensiva:

⁹MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.132.

¹⁰Ibid., p.136.



[...] (I) prática de atos de investigação (e não de prova); (II) pelo defensor do imputado, com ou sem apoio de auxiliares técnicos; (III) em qualquer momento da persecução penal; (IV) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; (V) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.

Não se pode equiparar o modelo de investigação defensiva com o atual modelo investigativo brasileiro. Nem mesmo a previsão de requerimento de diligências previsto no art. 14 do Código de Processo Penal¹¹ pode equivaler ao referido procedimento de defesa.

Durante o inquérito policial, a autoridade pública preside o procedimento com o objetivo de juntar elementos de prova que elucidem a materialidade e a autoria do fato. No procedimento de investigação defensiva, por outro lado, é o defensor que, de forma autônoma, reúne os elementos que entender necessários para instruir a defesa do acusado, refutando os elementos contidos na investigação pública.

Outrossim, a investigação defensiva não se confunde com o requerimento de diligências previsto no art. 14 do Código de Processo Penal¹². De acordo com tal norma, a autoridade pública responsável pelo inquérito detém um juízo de discricionariedade acerca do atendimento, ou não, de um pedido de diligência realizado pela defesa. Já na investigação criminal defensiva, como é o próprio defensor que dirige o procedimento, qualquer diligência lícita que for entendida como necessária poderá ser realizada, assim, a defesa não poderá ser prejudicada por decisão discricionária da autoridade pública.

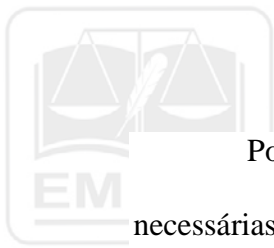
Conforme ressalta Aury Lopes¹³:

[...]apesar de ambas as formas serem concretização do direito de defesa e, mais particularmente, dos direitos à prova e à investigação, elas não se equivalem. Ao participar da investigação pública, o defensor está circunscrito aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público e sua intervenção restringe-se à proteção dos interesses mais relevantes do imputado, principalmente seus direitos fundamentais.

¹¹ BRASIL. Vide nota 4.

¹² Ibid.

¹³ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 96.



Portanto, as vantagens trazidas ao defensor pela investigação criminal defensiva são necessárias e indispensáveis ao procedimento investigatório brasileiro porque segundo Rascovski¹⁴ permitem:

[...] à defesa preparar-se adequadamente, amparando sua própria tese e também porque provoca um alargamento das provas, que serão trazidas pela defesa, ampliando o campo de convencimento judicial, pautado pela reconstrução dos fatos mais próximo da verdade. Enfim, haverá maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado, descondicionando o rumo ordinário das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório.

Assim, diante das violações constitucionais que existem no atual modelo investigativo brasileiro, a investigação defensiva surge como uma maneira de serem fielmente exercidos os direitos e garantias assegurados ao acusado pela Constituição Federal.

3. OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO GARANTIA DE SUA EFICÁCIA

Investigação criminal defensiva é um meio investigativo pelo qual é facultado à defesa do acusado promover diretamente diligências investigativas, a fim de reunir informações favoráveis a sua defesa. Além disso, como ressalta Rascovski¹⁵:

O trabalho paralelo da defesa não se subordina nem guarda grau de hierarquia inferior à investigação oficial, até mesmo porque a ideia de seguir outras linhas de raciocínio e coletar elementos que não estão sendo pensados no rumo da investigação originária.

Conforme já destacado, na investigação defensiva, deve ser permitido ao defensor a prática de qualquer atividade investigatória típica ou atípica. Entretanto, tais atividades não podem ensejar a mácula de diretrizes constitucionais e legais.

¹⁴RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz. *Temas Relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. [e-book]

¹⁵ Ibid. [e-book]

André Augusto Mendes Machado¹⁶ destaca que:

na investigação defensiva, que se desenvolve totalmente independente da investigação pública, cabe ao defensor traçar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos acerca de sua licitude e do seu valor.

Portanto, tal como ocorre na investigação pública, a investigação criminal deve obedecer a certos limites, para que sejam protegidos direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, na medida em que o defensor do acusado possui poderes investigativos semelhantes aos dos órgãos públicos, também devem ser semelhantes as restrições às quais devem se submeter.

Por outro lado, convém ressaltar que na investigação defensiva o defensor não dispõe dos poderes coercitivos e de polícia, já que esses são privativos do poder público. Desse modo, a investigação realizada pela defesa do acusado depende do consentimento do titular do direito para obtenção de determinadas provas. Assim, quando a investigação corre por conta do acusado e de sua defesa, deve-se contar com a colaboração de terceiros para a obtenção de prova, já que inexistente o poder de polícia.

Contudo, destaca-se que, em havendo óbice para a apuração de algum fato ou dado, deve a defesa recorrer à autoridade judiciária, a fim de coletar elementos a seu favor.

Como limitação à investigação defensiva, ressalta-se que é proibida a produção de provas falsas ou ilícitas, conforme determina o art. 5º, LVI¹⁷ da Constituição Federal. Cabe destacar que além de afrontar previsão constitucional, a descoberta de uma ilicitude probatória pode contaminar a totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita, viciando toda a investigação que, por sua vez, deverá ser descartada pela autoridade judiciária.

¹⁶MACHADO, op. cit., p.32.

¹⁷BRASIL. Vide nota 1.



Assim, deve a defesa atentar para a legalidade e licitude das provas colhidas, a fim de respeitar a Constituição e de não correr o risco de ter todo o procedimento investigativo rejeitado pela autoridade judiciária.

Outrossim, a atividade probatória da defesa não deve prejudicar a investigação pública. Conforme ressalta André Augusto Mendes Machado¹⁸:

[...] a atividade probatória defensiva não pode obstruir a investigação pública nem danificar fontes de prova, sob pena de configurar ilícito penal. Assim, se houver colidência entre as atividades investigatórias realizadas pelo defensor e pelos órgãos públicos, prevalecem, em regra, estas últimas.

Cabe comentar que essa prevalência da investigação criminal citada pelo autor deve-se à presunção de veracidade e legalidade dos atos públicos, conforme se deduz da previsão do art. 37 da Constituição Federal¹⁹.

Por outro lado, bem comona investigação pública, qualquer medida que restrinja direitos fundamentais deve ser precedida da devida autorização judicial, como é o caso de acesso a dados sigilosos.

Portanto, ao passo que a investigação criminal defensiva confere ao acusado a possibilidade de elaborar um conjunto probatório defensivo mais eficaz, tal investigação deve observar certos limites, a fim de respeitar direitos e garantias de terceiros e para que não seja tal procedimento eivado de vícios, sob pena de poder ser desconsiderado pela autoridade judiciária.

Nesse sentido, diante dos amplos poderes investigatórios cedidos a defesa do acusado, devem ser estipuladas responsabilidades e obrigações semelhantes aos da autoridade pública, a fim de coibir eventuais abusos na atuação do defensor.

¹⁸ MACHADO, op. cit., p.137-138.

¹⁹ BRASIL. Vide nota 1.

CONCLUSÃO

O inquérito é um meio investigativo preliminar ao processo judicial criminal que tem como objetivo juntas elementos de prova que elucidem a materialidade e autoria de uma conduta criminosa.

Ocorre que o acervo probatório colhido em sede de inquérito volta-se somente às pretensões acusatórias, deixando de lado os objetivos defensivos. As autoridades responsáveis pela investigação nem sempre se mostram imparciais. Na maioria das vezes, buscam tão somente a comprovação do crime, rejeitando a constatação de uma tese benéfica ao acusado. Além disso, são inexistentes as possibilidades participativas e de reação da defesa do acusado na investigação preliminar.

Nesse sentido, quando o referido procedimento é submetido ao crivo do julgador, somente os elementos acumulados pela autoridade pública são levados em consideração para o pronunciamento das decisões, de modo que a defesa do acusado encontra-se em manifesta desvantagem.

Assim, o atual modelo investigativo brasileiro restringe diversos direitos constitucionais do acusado, como a ampla defesa e o direito à prova. Desse modo, surge a necessidade de uma investigação que indispensavelmente assegure a paridade de armas entre acusação e defesa, ampliando o campo de entendimento do Magistrado e evitando acusações infundadas.

A investigação criminal defensiva é um procedimento investigatório que sobrevém a fim de eliminar as violações sofridas pelo acusado, concretizando seus direitos. Tal atividade é realizada pela defesa, separadamente dos autos da investigação pública. Desse modo, incumbe a defesa do acusado planejar sua investigação, sem qualquer interferência ou submissão à autoridade pública. Ressalta-se, porém, que essa investigação deve observar os limites de colheita de prova, de acordo com as previsões legais e constitucionais.



Nesse sentido, a referida investigação visa à obtenção de elementos comprobatórios da tese defensiva que servirão como fundamento para eventual decisão judicial, sendo capaz de reduzir decisões infundadas e ações penais desnecessárias.

Portanto, a investigação criminal defensiva apresenta-se como um procedimento capaz de dar eficácia a tutela do acusado, efetivando também a paridade de armas entre defesa e acusação. Restringir o processo judiciário penal aos elementos colhidos em sede de investigação puramente pública é desrespeitar o direito de defesa do imputado, violando princípios e prerrogativas constitucionalmente assegurados a qualquer cidadão.

REFERÊNCIAS

BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*. 2009. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

RASCOVSKI, Luiz. *Temas Relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. [e-book]

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.



A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO : UMA ANÁLISE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

Lívia André de Souza Oliveira

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

Resumo – as políticas públicas, dentre as quais incluem-se os serviços públicos, são de atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo e revelam-se meios para a concretização dos diversos direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse contexto, o presente trabalho tem o escopo de verificar a possibilidade de o Judiciário brasileiro, com apoio no princípio da universalização dos serviços públicos e nas demais normas constitucionais e legais, compelir o Estado a fornecer o serviço público de saneamento básico a parcelas da população que ainda não o possuem ou possuem acesso precário a esse serviço.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Serviços Públicos. Saneamento Básico. Princípio da Universalização. Políticas Públicas. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Separação dos Poderes. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Controle pelo Poder Judiciário.

Sumário – Introdução. 1. O Princípio da Universalização dos Serviços Públicos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Alcance de sua Incidência. 2. O saneamento básico como realização dos direitos fundamentais e os meios judiciais para a sua efetivação. 3. O Papel do Poder Judiciário: dificuldades, limites possibilidades. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica debruça-se sobre a atuação do Poder Judiciário na universalização do serviço público de saneamento básico no Brasil. Não obstante toda a controvérsia doutrinária acerca do conceito e natureza jurídica dos serviços públicos, é patente sua finalidade de coesão social e realização de direitos fundamentais. Nesse esteio, a Lei n. 8.987/95, em seu art. 6º, §1º, enumera os chamados “princípios dos serviços públicos”, cujo fim é garantir a prestação adequada dos serviços públicos delegados. Todavia, nesta enumeração, não consta expressamente o Princípio da Universalidade ou Universalização, a que parte da doutrina tem feito alusão e segundo o qual o Estado é obrigado a implementar políticas públicas a fim de universalizar a fruição dos serviços públicos a todos.

Dentre os serviços públicos concedidos passíveis da incidência desse princípio, destaca-se o serviço de saneamento básico, que, malgrado a sua essencialidade e as determinações da Lei n. 11.445/07, não se encontra disponível à toda população. Em virtude, portanto, da omissão

estatal, o Poder Judiciário tem sido invocado, tanto por meio de ações individuais quanto por meio de ações coletivas, a determinar a sua implementação.

O primeiro capítulo do presente trabalho tem por objetivo comprovar a existência, em nosso ordenamento, do princípio da universalização dos serviços públicos concedidos com base nas orientações doutrinárias e ditames legais, bem como delimitar o seu âmbito de incidência.

O segundo capítulo tem como premissas: (i) a estreita relação entre o serviço de saneamento básico e os direitos fundamentais e à Dignidade da Pessoa Humana; (ii) a omissão do Poder Público (Poder Executivo) no fornecimento deste serviço. Neste capítulo, portanto, pretende-se analisar a possibilidade de se exigir na via judicial a implementação do serviço de saneamento básico e estabelecer quais os instrumentos judiciais cabíveis para tanto: ações individuais, coletivas (ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público) ou ambas.

Por fim, no terceiro capítulo, pretende-se defender a possibilidade de uma atuação ativa pelo Poder Judiciário quanto à efetivação do direito ao serviço de saneamento básico. Neste derradeiro capítulo, sustenta-se a tese de que o Poder Judiciário, uma vez invocado, pode determinar que o Poder Executivo implemente as políticas públicas necessárias à prestação adequada de saneamento básico nas regiões carentes desse serviço.

A metodologia da pesquisa para o desenvolvimento do presente trabalho será qualitativa, parcialmente exploratória, no que tange ao princípio da universalização dos serviços públicos, objeto do primeiro capítulo; descritiva e explicativa, uma vez que pretende mapear os principais posicionamentos acerca do tema em análise e, ao final, defender uma tese e; bibliográfica, pois fará uso do texto constitucional, legislação, doutrina, artigos jurídicos, dados estatísticos e jurisprudência como fontes de pesquisa.

1. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O ALCANCE DE SUA INCIDÊNCIA

O escopo do presente capítulo é confirmar a existência do princípio da universalização dos Serviços Públicos no ordenamento jurídico brasileiro como direito dos usuários desses serviços. Cabe anotar que, para os fins específicos do presente trabalho, adota-se o conceito de serviço público formulado por Alexandre Santos de Aragão, em sua obra “Direito dos Serviços Públicos”. Assim, o conceito de serviços públicos que ora se adota é o seguinte:

atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de

titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.¹

Cabe esclarecer, ainda, que o presente estudo se atém aos serviços públicos concedidos, como costuma ser o caso do serviço de saneamento básico, de modo que não vem ao caso tecer maiores considerações quanto à controvérsia envolvendo a delimitação do conceito de serviços públicos, que é objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial.²

Para além da controvérsia que gira em torno de seu conceito e delimitação, é evidente a finalidade de coesão social e realização de direitos fundamentais dos serviços públicos, cujo objetivo é, justamente, atender as necessidades coletivas. Os serviços públicos, em última análise, são instrumentos para a garantia da própria Dignidade da Pessoa Humana e realização dos mais diversos direitos fundamentais.

Nesse esteio, a Lei n. 8.987/95³, a Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, em seu art. 6º, §1º, enumera os chamados “princípios dos serviços públicos” ou “requisitos do serviço público adequado”, que visam justamente garantir à coletividade a prestação adequada dos serviços públicos delegados, o que se revela como direito dos usuários, conforme o art. 7º, I do mesmo diploma.⁴ Tais são os princípios expressos na referida lei: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária.⁵ Nesse esteio, seria possível aludir a um nono princípio, o da Universalização, segundo o qual é direito dos usuários e obrigação do Poder Público a implementação de políticas públicas a fim de universalizar a fruição dos serviços públicos a todos os indivíduos.

Não se trata de um princípio ou direito previsto expressamente na Lei n. 8.987/95, de forma que não é objeto de análise específica pela doutrina de Direito Administrativo em geral⁶,

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos* 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013. p. 151.

² Os autores, antes de apresentarem seu próprio conceito de serviço público, alertam o leitor para o fato de o conceito de serviço público não ser uniforme na doutrina. Para maiores esclarecimentos quanto ao conceito de serviços públicos, sua origem, evolução, peculiaridades, e diversos sentidos, conferir: *Ibidem*, p. 73/181.

³ BRASIL. Lei n. 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

⁴ BRASIL. Lei n. 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016. Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado.

⁵ Para uma análise detalhada de cada um dos princípios norteadores dos serviços públicos concedidos, conferir OLIVEIRA, Livia André de Souza. *A proteção jurídica dos usuários de serviços públicos concedidos no direito administrativo brasileiro*. 2013. 102 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 41-58.

⁶ Foram objeto de pesquisa sobre a referência ao princípio da universalização as seguintes obras doutrinárias de Direito Administrativo: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. Malheiros Editores : São Paulo, 2013. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2014. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-*

que apenas destaca o caráter universal dos serviços públicos no bojo do princípio da generalidade ou do princípio da igualdade. De fato, os princípios da universalidade e da generalidade se assemelham; ambos decorrem do valor maior da igualdade. Verifica-se na doutrina, portanto, uma intercambialidade entre estes conceitos.⁷

Segundo o princípio da igualdade, não deve haver discriminação de caráter pessoal na prestação do serviço. Para Marçal Justen Filho, “a igualdade envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários”.⁸ Esta é também a noção usual do Princípio da Generalidade, que impõe a não discriminação na prestação do serviço público, a ser prestado a toda coletividade sem privilégios e sem distinções entre os usuários, desde que satisfeitos os requisitos legais e observada a igualdade material. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, trata-se do “mais importante dos princípios setoriais dos serviços públicos e o que, assinaladamente, marca a sua vocação universal, isonômica e democrática”.⁹

Qual seria, afinal, a distinção entre os princípios da generalidade e da universalização (ou universalidade) se ambos são corolários do valor da igualdade e possuem a mesma finalidade (a fruição do serviço público pelo maior número de pessoas possível)? Há uma distinção sutil entre ambos: enquanto o princípio da generalidade contém um viés negativo, o princípio da universalidade contém um conteúdo positivo. O Princípio da Generalidade importa um não-fazer por parte do Estado e do concessionário, que devem se abster de tomar atitudes discriminatórias na prestação do serviço. Já o Princípio da Universalização importaria uma obrigação de fazer, qual seja, a expansão do serviço pelo concessionário e a implementação de políticas públicas pelo Estado, que permitam gradativamente a fruição do serviço público por todas as parcelas da população.

Nesse esteio, Floriano de Azevedo Marques Neto anota que a atividade regulatória exercida por órgãos estatais, bem como a inserção dos serviços públicos em um regime de

privada e outras formas. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2012. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2014. ⁷ Como exemplo, para Marçal Justen Filho, a neutralidade e a universalidade são desdobramentos da igualdade. Conferir JUSTEN FILHO, op. cit. p. 745. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira encara como sinônimos “generalidade” e “universalidade”, e os atrela ao princípio da igualdade. Conferir OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os serviços públicos e o código de defesa do consumidor (CDC): limites e responsabilidades. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, ano 2011, n. 25. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/>>. Acesso em: 24 mar. 2013. p. 11.

⁸ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 745.

⁹ MOREIRA NETO, op. cit. p. 567.



competição e concorrência possuem também o propósito de atingir metas de universalização, de modo que o fornecimento do serviço alcance os consumidores potenciais.¹⁰

No que tange especificamente ao serviço de saneamento básico, a Lei n. 11.445/07 (Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico) traz, em seu art. 2º, I, a universalização do acesso como princípio fundamental desse serviço público. Traz, igualmente, a expansão do serviço a partir dos recursos financeiros obtidos com a tarifa cobrada do usuário (art. 31, II, Lei n. 11.445/07).¹¹ Aliás, nesse ponto, o professor Diogo Rosenthal Coutinho assinala que a política tarifária estabelecida para determinado serviço público “deve dar conta não somente de sua continuidade, mas também de sua melhoria e expansão”.¹²

Cabe lembrar que em um contexto pós-positivista, os princípios não são encarados como meras recomendações de conduta. Os princípios, sejam eles expressos ou não, albergam valores caros ao nosso ordenamento jurídico e possuem força normativa o suficiente não apenas para orientar o intérprete na solução de um caso, mas também para obrigar um fazer ou um não-fazer por parte de um particular ou do Poder Público.¹³

Conclui-se, portanto, que, embora não se encontre exposto na Lei n. 8.987/95, é plenamente possível falar em universalização como princípio dos serviços públicos concedidos e como direito dos usuários em virtude do seguinte: (i) trata-se de uma decorrência do princípio constitucional da igualdade, estando atrelado ao princípio expresso da generalidade; (ii) os direitos dos usuários previstos no art. 7º, Lei n. 8.987/95 não constituem um rol taxativo, de forma que diversos outros direitos e princípios setoriais trazidos em normas esparsas (como a

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 2001, n. 223, p. 133-152, jan./mar. 2001. 136/137. Segundo o autor, a universalização dos serviços públicos diz respeito aos serviços públicos essenciais, pois estes “devem ser estendidos a todos”. Conferir MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico* São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 72-98.

¹¹ BRASIL. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016. Art. 2º “Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I - universalização do acesso;” Art. 31 - “Os subsídios necessários ao atendimento de usuários e localidades de baixa renda serão, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos: II - tarifários, quando integrem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções”.

¹² COUTINHO, Diogo Rosenthal. Saneamento básico: aumentos tarifários para investimentos na melhoria e expansão do serviço. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 2013, n. 264, p. 281-300, nov. 2010. p. 298/299.

¹³ Sobre o novo status dos princípios jurídicos no pós-positivismo, conferir BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 120/163. Ainda sobre o tema, mas especificamente sobre a diferença entre regras e princípios, a ponderação entre tais enunciados normativos e uma proposta de técnica de ponderação, conferir BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Lei n. 11.455/07, mencionada acima) norteiam o regime jurídico de serviços públicos;¹⁴ (iii) a própria relevância desses serviços para a realização dos direitos fundamentais e objetivos fundamentais da República, notadamente a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem discriminação (art. 3º, III, IV, CRFB/88)¹⁵ impele o reconhecimento da Universalização como direito e como princípio norteador da atividade estatal na prestação dos serviços públicos concedidos.

2. O SANEAMENTO BÁSICO COMO REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS JUDICIAIS PARA A SUA EFETIVAÇÃO

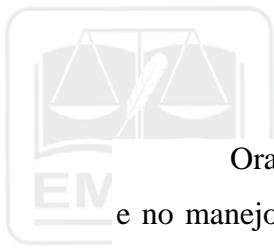
A finalidade do presente capítulo é confirmar a estreita relação entre os direitos fundamentais, a Dignidade da Pessoa Humana e o serviço de saneamento básico, bem como apresentar, de forma breve, os meios judiciais mais comuns para veicular pretensões a ele relacionadas, tendo em vista a (parcial) omissão do Poder Público em seu fornecimento.

Inicialmente, cabe delimitar o que se entende por “saneamento básico”. A Lei n. 11.445, de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, preceitua, em seu art. 3º, I, que saneamento básico é o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas, sendo cada um destes serviços também definidos pela lei.¹⁶ O serviço de saneamento básico, portanto, consiste das atividades de captação e abastecimento de água, tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos.

¹⁴ Vide GROTTI apud BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 760/761: “Tal relação [do art. 7º, Lei n. 8.987/95], como corretamente asseverou Dinorá Grotti, não é exaustiva. Outros direitos existem e podem ser extraídos de dispositivos legais esparsos, ou de princípios vigentes na matéria ou ainda do regulamento específico do serviço”.

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 mar. 2016.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016. Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas; (Redação dada pela Lei nº 13.308, de



Ora, ao consistir na distribuição de água, no tratamento de esgoto, na limpeza urbana e no manejo dos resíduos sólidos, o saneamento básico mostra-se como um serviço público fundamental na prevenção de doenças, de deficiências de ordem corporal e de surtos de endemias e/ou epidemia e na manutenção e promoção das condições físicas, mental e social do indivíduo. Por isso, trata-se de serviço essencial para a realização do direito à saúde e, afinal, do direito à (sadia qualidade de) vida. Em outro giro, o saneamento básico também auxilia na promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois evita e minora possíveis danos ambientais, calamidades (como enchentes) e poluições de toda espécie. Neste sentido, a ausência ou má prestação deste serviço acarreta a poluição das águas e do solo, pelo incorreto manejo dos resíduos sólidos; a poluição visual, causada pela má-prestação de limpeza pública; e a poluição atmosférica, pela indevida incineração dos resíduos.¹⁷

Verifica-se, assim, que o saneamento básico é serviço essencial para a efetivação de direitos fundamentais, notadamente, os direitos à vida (art. 5º, caput, CRFB/88), à saúde (art. 6º, caput; art. 196, CRFB/88) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB/88)¹⁸. Interessante notar que o saneamento básico interessa às três gerações de direitos fundamentais: a vida é considerada direito fundamental de 1ª geração; a saúde, de 2ª geração; e, por fim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é tido como direito de 3ª geração.¹⁹

Na verdade, as políticas públicas (nas quais incluem-se os serviços públicos) são, de uma forma geral, meios para a realização dos mais diversos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.²⁰ O professor Alexandre Santos de Aragão esclarece oportunamente que “os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos

2016). A lei também estabelece o que não se deve entender por “saneamento básico”, em seus art. 4º, caput e art. 5º: art. 4º, caput - “Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico”; art. 5º - “Não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador.”

¹⁷ LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. DUARTE, Francisco Carlos. Saneamento básico e direito à saúde: considerações a partir do princípio da universalização dos serviços públicos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, janeiro-abril 2015, p. 66/68. Disponível em <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/539>> Acesso em: 22 ago.2016.

¹⁸ Vide nota 15 (referência legislativa da fonte do texto constitucional consultado para a realização do trabalho).

¹⁹ Sobre as gerações de direito (também chamadas de “dimensões” e “gestações” de direitos), conferir SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485/509.

²⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre as políticas públicas, anota que “as políticas públicas são metas e os instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger. Elas compreendem, não só a definição das metas, das diretrizes, das prioridades, como também a escolha dos meios de atuação.” Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://mariasylvi.sslblindado.com/inicio/wp-content/uploads/2013/12/Artigo-Direito-e-dignidade-da-pessoa-humana.pdf>>. Acesso em: 24 ago.2016, p. 12.

fundamentais autonomamente considerados”.²¹ O saneamento básico, como analisado acima, não foge dessa regra, sendo, portanto, um serviço essencial para a própria concretização da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil e, em sua acepção jus-filosófica, valor intrínseco à pessoa, sendo considerado a “justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais”.²²

Não obstante tal fato, parte da população brasileira ou tem um parco acesso ou não tem qualquer acesso a esse serviço. Segundos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apesar de melhorias pontuais, como na atividade de distribuição de água, a prestação do serviço de saneamento básico ainda é precária. Esta situação foi descrita na análise feita por Amanda Estela Guerra no “Atlas de Saneamento 2011”, publicação do IBGE, em que atesta, em relação à rede de esgoto por exemplo, que “a situação do esgotamento sanitário nos municípios brasileiros ainda está longe de alcançar uma condição satisfatória”.²³

Essa realidade nacional não é diferente no Estado do Rio de Janeiro. Também em relação ao serviço de esgotamento sanitário, por exemplo, o Rio de Janeiro possui índice médio de 40% a 70% de atendimento urbano com rede coletora de esgotos.²⁴ Verifica-se, portanto, que, não obstante ser de sua titularidade²⁵, o Poder Público não tem prestado tal serviço de forma universal e eficiente.

Em virtude desta omissão do Poder Executivo, o Poder Judiciário tem sido provocado a analisar demandas atinentes às políticas públicas, como reconhece Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que “à míngua de leis que sejam promulgadas ou efetivamente cumpridas; à míngua de iniciativas da Administração Pública, procura-se socorro junto ao Poder Judiciário”.²⁶ No caso do serviço de saneamento, o Judiciário se depara com diversas ações em

²¹ ARAGÃO, op. cit., p. 507.

²² BARROSO, op. cit., p.294/295.

²³ GUERRA, Amanda Estela. Qualidade e eficiência dos serviços de saneamento. Atlas de Saneamento 2011”. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2001. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_saneamento.shtm>. Acesso em: 22 ago.2016.

²⁴ BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2014*. Brasília: SNSA/MCIDADES, 2016. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>>. Acesso em: 23 ago.2016. p. 35.

²⁵ O escopo do presente trabalho não é analisar a titularidade do serviço de saneamento básico, tema controverso, pois se questiona se esta titularidade é do Estado ou do Município. Vide ARAGÃO, op. cit., p. 291, em que se entende que a melhor solução seria uma “articulação entre os diversos entes da federação”. Para o STF, a realização de melhoria das condições de saneamento básico é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, IX, CRFB), o que não impede que o Estado-membro institua regiões metropolitanas (art. 25, §3º, CRFB) para promover tal serviço, desde que não se esvazie a autonomia dos municípios. Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1842. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281842%2ENUMER%2E+OU+1842%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbn4vlg>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

²⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 12.

que se busca a condenação do Poder Público a uma obrigação de fazer relacionada a prestação deste serviço, seja a sua implantação integral, seja a sua melhoria ou sua reparação. Cabe, então, analisar os dois meios judiciais mais comumente manejados para veicular esta demanda: a ação civil pública (de cunho coletivo) e a ação de obrigação de fazer (de caráter individual).

Em se tratando de demandas em prol da coletividade, o meio judicial por excelência é a ação civil pública. Esta ação possui natureza de ação coletiva, meio próprio para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No que tange à demanda de implementação de saneamento básico, normalmente encontra-se no pólo ativo da ação o Ministério Público, que é, pela lei, legitimado ativo para a sua propositura (art. 5º, Lei n. 7.347/85)²⁷ e detém a função constitucional de promover a tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (arts. 127 e 129, III, CRFB/88)²⁸. Assim, não há dúvidas quanto à possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para se buscar a efetivação do serviço em questão.²⁹

Em relação às ações de natureza individual, estas são também manejadas para veicular pretensões referentes ao saneamento. É possível o seu ajuizamento quando esteja evidente o interesse meramente individual na demanda. Assim, o usuário poderá ingressar com a ação individual quando, por exemplo, a má prestação do serviço de saneamento já existente lhe causar algum tipo de dano específico, havendo responsabilidade civil do Estado.³⁰

Contudo, quando, além do interesse individual, houver interesse coletivo em jogo, a possibilidade de manejar uma ação individual é controvertida. Isso, porque o saneamento básico é considerado serviço de interesse difuso ou coletivo (a depender da hipótese concreta), de modo que o cidadão, sozinho, não teria legitimidade ativa para esta demanda, e a ação individual não seria a via judicial adequada.³¹ Marco Antônio dos Santos Rodrigues, por

²⁷ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm >. Acesso em: 22 ago. 2016.

²⁸ Vide nota 15.

²⁹ “[...] há a atuação do Ministério Público que, na missão de proteger os interesses difusos e coletivos, especialmente nos pequenos municípios, utiliza os termos de ajustamento de conduta para interferir nas decisões das autoridades públicas e as ações civis públicas para obter do Poder Judiciário prestações positivas dirigidas às autoridades, para obrigá-las a prestar determinado serviço público ou a construir determinada obra pública.” DI PIETRO, op. cit., p. 16.

³⁰ À guisa de exemplo, cita-se BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0038855-24.2015.8.19.0000. Relator Des. Adolpho Andrade Mello, 9ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www3.tjrj.jus.br/> >. Acesso em: 21 fev. 2016: “(...) verifica-se na hipótese que não se trata de direito difuso ou coletivo em aspecto primário; mas de direito individual, discorrido no caso concreto, acerca de possível prejuízo em rede de coleta de esgotos já construída e finalizada, defeito na operação do serviço, atingindo via pública e os limites residenciais da recorrente.”

³¹ Nesse sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos infringentes nº 0058936-21.2008.8.19.0038. Relatora Des. Mônica Maria Costa, 8ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www3.tjrj.jus.br/> >. Acesso em: 21 fev. 2016.

exemplo, entende que o controle jurisdicional de políticas públicas na defesa de direitos fundamentais deve ser realizado, preferivelmente, por meio de ação coletiva, pois esta permite uma cognição judicial mais ampla.³²

Em sentido oposto, há julgadores que rechaçam este argumento e dão prosseguimento à ação, entendendo que, apesar de o saneamento básico ser um interesse coletivo, ele também configura um interesse do indivíduo e pode ser pleiteado em ação de obrigação de fazer, já que o interesse coletivo não anula o interesse individual e vice-versa. Nestas decisões, os julgadores prestigiam o acesso à justiça e levam em conta a relevância da discussão atinente à concretização dos direitos fundamentais e da dignidade humana, de modo a afastar o argumento de ilegitimidade e, finalmente, decidir o mérito. Conclui-se, assim, que, ressalvadas peculiaridades do caso concreto, a ação individual é considerada, por razoável número de magistrados, meio judicial hábil para veicular pretensões atinentes ao saneamento básico.³³

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: DIFICULDADES, LIMITES E POSSIBILIDADE

Neste terceiro e derradeiro capítulo, pretende-se defender uma atuação positiva por parte do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas relacionadas ao serviço de saneamento básico. Uma atuação positiva do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, apesar de possível, não deixa de encontrar dificuldades e limites.

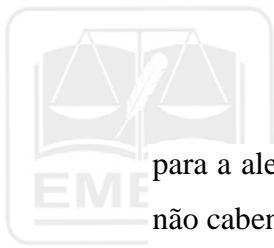
Os dois principais argumentos trazidos pelo Estado em suas peças judiciais de defesa são a tese da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. A tese da reserva do possível significa, em breves linhas, que “os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis”.³⁴ Por sua vez, o princípio da separação dos poderes³⁵ é usado como fundamento

³² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior* – Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 259-272.

³³ Nesse sentido, os seguintes julgados: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0003929-56.2012.8.19.0021. Relatora Des. Marília de Castro Neves Vieira, 20ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0359571-40.2008.8.19.0001. Relator Des. Maria Helena Pinto Machado Martins, 4ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0378005-43.2009.8.19.0001. Relator Des. Alcides da Fonseca Neto, 11ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

³⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 15.

³⁵ Vide nota 15.



para a alegação de que políticas e serviços públicos são de competência do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir em tais questões.

Primeiramente, a tese da reserva do possível pode ser afastada com a constatação de que os serviços de saneamento básico, ao concretizar direitos fundamentais, como visto no capítulo anterior, garantem o “mínimo existencial” ao qual todos os indivíduos fazem jus. O mínimo existencial é, em linhas gerais, o conjunto mínimo de direitos individuais e sociais necessários para a garantia de uma vida digna. Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida. E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.³⁶

Assim, a alegação de falta de recursos orçamentários não é suficiente quando se trata de garantir o mínimo necessário ao indivíduo para sobreviver de forma digna, mormente quando não consta dos autos a exata comprovação da escassez desses recursos públicos.³⁷ Em doutrina, Guilherme Peña de Moraes defende que “o limite da reserva do possível não é parâmetro definidor da justiciabilidade dos direitos fundamentais em jogo.”³⁸

Quanto à alegação de que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir em matérias relacionadas às políticas públicas, por serem estas insindicáveis, o argumento não merece melhor sorte. Ora, o princípio da separação dos poderes não traz uma separação absoluta entre as três funções estatais, mas uma divisão de poderes harmônica e que deve observar o sistema de “checks and balances” (sistema de freios e contrapesos), que impõe uma dinâmica de controle recíproco entre os poderes. Assim, quando o Judiciário analisa, em um caso concreto, a omissão estatal na prestação do saneamento básico, não pratica uma ingerência indevida nas funções do Poder Executivo, mas investiga hipótese de possível violação a direitos fundamentais. O que está em jogo não é a independência de um poder, mas, sim, a lesão à

³⁶ BARROSO, op. cit. p. 309/310.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 790.76, Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54497189&num_registro=201502487840&data=20151214&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 5 out. 2016: “(...) a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração.”

³⁸ MORAES. Guilherme Peña de. Controle judicial das omissões da administração da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior* – Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 181-205.

Dignidade da Pessoa Humana, a inobservância do princípio da universalização dos serviços públicos e o descumprimento da Constituição.³⁹ O professor Jessé Torres Pereira Junior, ao discorrer sobre o controle da Administração Pública, assinala o seguinte:

o juiz ou tribunal não reprovava a arbitrariedade da administração por convicção subjetiva, inspirada em censura valorativa abstrata. Se o fizesse estaria, então, sim, a praticar inaceitável ativismo judicial. Ao contrário, o julgamento judicial tem por norte o cenário jurídico em que atuam os poderes públicos, posto que também estes devem completa e permanente sujeição aos princípios e normas que conformam a ordem jurídica.⁴⁰

A questão não é tão simples, contudo; ela não se esgota no “mínimo existencial”. O magistrado deve ter sempre em mente os princípios da razoabilidade e/ou proporcionalidade⁴¹. Deve ser ressalvada, por exemplo, a situação de irregularidade do imóvel ou conjunto habitacional. Ou seja, se for constatado, em um caso concreto, que aquele que pleiteia o fornecimento do serviço habita em localidade não destinada ou até proibida à moradia regular (em encostas, em área de reserva ambiental protegida ou em área de risco, por exemplo), o que existe é uma omissão estatal quanto na fiscalização da área e na remoção das habitações irregulares. Nesse caso, a solução não é determinar a prestação do serviço de saneamento, mas sim promover a remoção e realocação das pessoas, em prol de sua própria segurança.⁴²

Além disso, o magistrado não deve afastar de imediato as teses do Estado. Lembre-se que o fornecimento de serviços públicos envolve, em geral, planejamentos de longo prazo, a elaboração de projetos básicos e executivos e um consenso com a iniciativa privada ou com entes da administração indireta (mais notadamente, com empresa pública e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos) quanto ao valor da tarifa, que deve observar tanto o princípio da modicidade tarifária quanto o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Ou seja, a atuação do intérprete não deve ser impensada nem precipitada. Alexandre Santos de Aragão faz a seguinte ponderação:

não que deva ser descartada de forma absoluta a imposição judicial de prestações de serviço público para assegurar direitos fundamentais, o que só é admissível, contudo, nos casos concretos excepcionais em que a omissão estatal estiver atingindo a dignidade da pessoa humana, o que não se dá simplesmente quando a pessoa não tem

³⁹ Sobre o raciocínio apresentado, conferir DI PIETRO, op. cit., p. 15.

⁴⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Meditando sobre as relações entre justiça, eficiência e gestão pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*. Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, 132/142. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2301568/DLFE-80379.pdf/REVISTAADM PUB132.pdf>>. Acesso em 7 set.2016, p. 137/138.

⁴¹ Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são princípios constitucionais implícitos, derivados do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88) e, segundo Luis Roberto Barroso, são princípios instrumentais de interpretação constitucional. Sobre o tema, conferir BARROSO, op. cit., p. 164/168.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0063202-68.2010.8.19.0042. Relatora Des. Maria Helena Pinto Machado, 4ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcache/web/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BAD4E3B77406C9426880AEC562EC399CC5052B402521>> Acesso em: 7 set. 2016.



como usufruir uma prestação relevante, mas sim quando a ausência desta colocar em risco o mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental de questão.

O autor conclui no seguinte sentido:

[...] Com o exposto fica claro que a imposição judicial de prestações em razão da dignidade da pessoa humana não pode se dar através de critérios gerais, aplicáveis a todos os serviços públicos. Há serviços públicos mais conectados com o mínimo existencial das pessoas que outros. A ausência do serviço de telefonia, por exemplo, salvo em casos extremos, não tem como ameaçar o núcleo do que as pessoas precisam para ter uma vida digna. Já as ausências de serviços como o de saúde, de coleta de lixo ou de esgoto, podem afetar mais frequentemente a existência digna das pessoas, ainda mais se estas deixarem de gozá-los por absoluta impossibilidade econômica, não por desídia.⁴³

Todas estas questões, bem como as normas regulamentares e disposições contratuais existentes devem ser levadas em conta pelo magistrado. Até porque, não se está aqui a defender uma atitude cômoda e inocente por parte do Judiciário.⁴⁴ Portanto, é nesse sentido (de chamar a atenção do intérprete para diversas circunstâncias de ordem fática), que as teses da reserva do possível e da separação de poderes guardam a sua relevância, e não para fazer da Constituição letra morta, nem para negar o “mínimo existencial” de cada indivíduo.

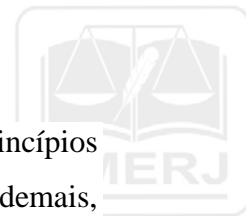
CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, os principais temas relacionados à atuação positiva do Poder Judiciário na efetivação do direito ao saneamento básico foram analisados, com apoio na Constituição Federal, na lei, na doutrina e na jurisprudência. Destarte, torna-se possível, neste momento, formar as conclusões que se seguem.

Primeiramente, verifica-se que, dentre os princípios do serviço público, destaca-se o Princípio da Universalização, segundo o qual o Poder Público possui a obrigação de universalizar e expandir os serviços públicos, a partir da implementação de políticas públicas que permitam gradativamente a fruição do serviço por toda a coletividade. Apesar de esse

⁴³ ARAGÃO, op. cit., p. 507 e 510/512.

⁴⁴ Como assinala Vanice Lírio do Valle, não raras vezes, o Judiciário (a quem confere o epíteto de “Judiciário-Ícaro”) evita uma análise mais detida da realidade e do caso concreto, e afasta os argumentos do Estado com uma menção genérica aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais: “(...) o discurso de que o Estado-Leviatã (...) é insensível para com seus deveres de proteção à dignidade da pessoa é sempre mais fácil – e evita o enfrentamento de questões tormentosas sobre a formulação de escolhas trágicas por uma sociedade que não dispõe de recursos (financeiros, humanos, naturais, de toda ordem) infinitos para atender à pluralidade de necessidades decorrentes da condição humana.” VALLE, Vanice Lírio. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro*. Disponível em: < http://www.academia.edu/3333603/JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O_DAS_POL%C3%8DTICAS_P%C3%9ABLICAS_NO_BRASIL_AT%C3%89_ONDE_NOS_PODEM_LEVAR_AS_ASAS_DE_%C3%8DCARO>. Acesso em: 5 out.2016.



princípio não estar expressamente previsto no art. 6º da Lei n. 8.987/95 (que traz os princípios do serviço público adequado), ele é uma decorrência lógica do princípio da igualdade. Ademais, no que tange especificamente ao serviço de saneamento básico, a Lei n. 11.445/2007, em seu art. 2º, I, prevê como princípio fundamental da prestação desse serviço a “universalização do acesso”.

Em segundo lugar, conclui-se que em um contexto social de falta e/ou precariedade no fornecimento do saneamento básico, a observância ao princípio da universalização, tal como posto, ganha importância. Ora, como visto no segundo capítulo, os serviços públicos, notadamente o serviço de saneamento básico, são meios indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como para a salvaguarda da Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, é possível levar o pleito de fornecimento do serviço de saneamento ao Judiciário, tanto por meio de ação civil pública, quanto por meio de ação individual. Apesar da resistência por parte de alguns magistrados, constatou-se que a tendência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem sido a de superar as arguições de ilegitimidade ativa *ad causam*, feitas pelo Estado, para dar prosseguimento à ação individual e enfrentar o seu mérito.

Nesse cenário, o magistrado logo se depara com pontos sensíveis do Estado Democrático de Direito, trazidos como teses de defesa pelo Estado demandado, quais sejam, o princípio da separação de poderes e a tese da “reserva do possível”, ambos analisados no terceiro capítulo do presente trabalho. Assim, a atuação do Poder Judiciário não pode ser descuidada ou precipitada, pois lida com situações limites: de um lado, a ingerência em uma função típica do Poder Executivo e do Poder Legislativo (políticas públicas); de outro lado, a concretização de direitos fundamentais do indivíduo e a observância de preceitos constitucionais.

Conclui-se, portanto, que uma vez presentes as circunstâncias fáticas de omissão do Poder Público e de lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana e não comprovada, pelo Estado, a alegação de falta de recursos públicos e orçamentários, o magistrado, apoiado na Constituição Federal, no conjunto normativo e nos princípios (notadamente, o princípio da universalização dos serviços públicos), detém legitimidade democrática para, frente a um caso concreto, determinar que o Poder Público cumpra com a obrigação de fazer de prestar o serviço de saneamento básico adequado, com fundamento no Princípio da Universalização.



ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 mar. 2016.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Lei n. 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 06 mar. 2013.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2014. Brasília: SNSA/MCIDADES, 2016. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>>. Acesso em: 23 ago.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 790.76, Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54497189&num_registro=201502487840&data=20151214&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1842. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281842%2EENUME%2E+OU+1842%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbn4vlg>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0003929-56.2012.8.19.0021. Relatora Des. Marília de Castro Neves Vieira, 20ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos infringentes nº 0058936-21.2008.8.19.0038. Relatora Des. Mônica Maria Costa, 8ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0038855-24.2015.8.19.0000. Relator Des. Adolpho Andrade Mello, 9ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0359571-40.2008.8.19.0001. Relator Des. Maria Helena Pinto Machado Martins, 4ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0378005-43.2009.8.19.0001. Relator Des. Alcides da Fonseca Neto, 11ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www3.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0063202-68.2010.8.19.0042. Relatora Des. Maria Helena Pinto Machado, 4ª Câmara Cível. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BAD4E3B77406C9426880AEC562EC399CC5052B402521>>. Acesso em: 7 set. 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Saneamento básico: aumentos tarifários para investimentos na melhoria e expansão do serviço. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 2013, n. 264, p. 281-300, nov. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2012.

_____. *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://mariasylvi.sslblindado.com/inicio/wp-content/uploads/2013/12/Artigo-Direito-e-dignidade-da-pessoa-humana.pdf>>. Acesso em: 24 ago.2016

GUERRA, Amanda Estela. Qualidade e eficiência dos serviços de saneamento. *Atlas de Saneamento 2011*". Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2001. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_saneamento.shtm>. Acesso em: 22 ago.2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. DUARTE, Francisco Carlos. Saneamento básico e direito à saúde: considerações a partir do princípio da universalização dos serviços públicos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, janeiro-abril 2015, p. 66/68. Disponível em <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/539>>. Acesso em: 22 ago.2016.



MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da distribuição de gás natural, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 2001, n. 223, p. 133-152, jan./mar. 2001.

_____. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito administrativo econômico* 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. Controle judicial das omissões da administração da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior* – Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 181-205.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

OLIVEIRA, Livia André de Souza. *A proteção jurídica dos usuários de serviços públicos concedidos no direito administrativo brasileiro*. 2013. 102 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os serviços públicos e o código de defesa do consumidor (CDC): limites e responsabilidades. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Meditando sobre as relações entre justiça, eficiência e gestão pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*. Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, 132/142. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/2301568/DLFE80379.pdf/REVISTAADMPU_B132.pdf>. Acesso em 7 set. 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.) *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Júnior* – Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 259-272.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2015

VALLE, Vanice Lírio. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro.* Disponível em: <http://www.academia.edu/3333603/JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O_DAS_POL%C3%8DTICAS_P%C3%9ABLICAS_NO_BRASIL_AT%C3%89_ONDE_NOS_PODEM_LEVAR_AS_ASAS_DE_%C3%8DCARO>. Acesso em: 5 out.2016.

A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL E A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA

Livia Maria Pádua Rodrigues

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

Resumo - a essência do trabalho é abordar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta em caso de incompetência absoluta do juízo, examinando-se os aspectos gerais de tal princípio, a natureza e os efeitos decorrentes da sentença proferida por juízo absolutamente incompetente, bem como a sua relação com o princípio constitucional do juiz natural. Busca-se verificar qual a relevância das controvérsias existentes e apontar qual o entendimento melhor representa uma leitura do tema à luz dos direitos fundamentais da liberdade e da ampla defesa.

Palavras-chave - Direito Processual Penal. Juízo incompetente. *Reformatio in pejus* indireta.

Sumário - Introdução. 1. A aplicabilidade da vedação da *reformatio in pejus* indireta no direito processual penal brasileiro. 2. A natureza da decisão proferida por juízo absolutamente incompetente: se ato nulo ou inexistente. 3. O princípio do juiz natural e a vedação da *reformatio in pejus* indireta decorrente da incompetência absoluta do juízo. Conclusão. Referências.

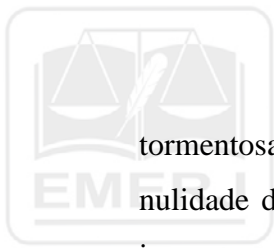
INTRODUÇÃO

O presente artigo científico versa sobre a incidência do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta no caso de incompetência absoluta do juízo criminal. Procura-se analisar a possibilidade de o juiz natural, diante de recurso exclusivo da defesa, ficar limitado a uma pena já fixada por um juízo absolutamente incompetente.

O princípio da vedação da *reformatio in pejus* ganhou destaque na ordem jurídica brasileira com a sua positivação no artigo 617 do Código de Processo Penal de 1941. Presente no estudo da teoria geral dos recursos, o referido princípio passou a representar uma garantia do réu, consubstanciada no fato de que a situação deste não poderá ser piorada quando houver recurso exclusivo da defesa.

Diante da importância do tema, parcela da doutrina e da jurisprudência passou a dar interpretação extensiva ao referido princípio, a fim de admitir a proibição da *reformatio in pejus* indireta, segundo a qual é vedado que após a anulação da sentença por recurso exclusivo da defesa outra sentença mais gravosa venha a ser proferida.

No entanto, em razão da ausência de norma expressa sobre o tema, a vedação da *reformatio in pejus* indireta não passou imune às críticas. Ocorre que a questão se tornou mais



tormentosa quando se passou a cogitar da aplicação do referido princípio na hipótese de nulidade da sentença em decorrência de incompetência absoluta do juízo penal, o que gera insegurança no tocante às garantias do acusado.

O tema ainda representa controvérsia, sendo de relevante importância, uma vez que atinge um número acentuado de réus e, principalmente, envolve um dos valores máximos da Constituição: a liberdade humana.

Para melhor compreensão, objetiva-se verificar qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial prepondera no tocante à aplicação ou não do princípio da *reformatio in pejus* indireta na hipótese de incompetência absoluta do juízo no processo penal, e os seus desdobramentos.

Busca-se tratar, no primeiro capítulo, da controvérsia quanto à admissibilidade do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta no processo penal brasileiro, diante da ausência de norma expressa sobre o tema.

Já no segundo capítulo, o objetivo é apontar os entendimentos existentes em relação à natureza da decisão proferida por juízo incompetente, se ato inexistente ou ato nulo, e as consequências advindas de tal diferenciação.

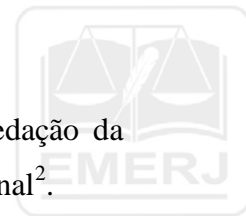
O terceiro capítulo destina-se a abordar a discussão referente à violação ou não do princípio do juiz natural ao se reconhecer os limites decorrentes da aplicação da proibição da *reformatio in pejus* indireta diante de sentença proferida por juízo absolutamente incompetente.

A pesquisa pretendida é de natureza qualitativa, descritiva, porque busca mapear os principais posicionamentos acerca do tema, bem como bibliográfica, pois usa lei, doutrina e jurisprudência como fontes de pesquisa.

1. A APLICABILIDADE DA VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Na sistemática recursal do processo penal, conforme ensina Aury Lopes Júnior¹, a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, que significa que ao tribunal é devolvido o

¹LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.215.



conhecimento da matéria objeto do recurso, sofre mitigação pelo princípio da vedação da *reformatio in pejus*, previsto expressamente no artigo 617 do Código de Processo Penal².

A vedação da *reformatio in pejus* consiste no fato de que o tribunal não poderá agravar a situação do réu quando houver recurso exclusivo da defesa, seja sob o aspecto quantitativo, qualitativo ou mesmo para corrigir erro material. Tal princípio é um consectário da ampla defesa e tem por base a ideia de incentivar o recurso do réu, sem que este se sinta temeroso em obter uma pena mais gravosa ao recorrer.

Diante da importância do tema, a jurisprudência passou a conceder uma interpretação extensiva ao referido princípio, a fim de este alcançar os casos em que houver anulação da sentença em razão de recurso exclusivo do réu. É o que passou a se chamar de *reformatio in pejus* indireta.

O princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta, colorário, portanto, da *reformatio in pejus*, incide na atuação do juiz *a quo*, que, ao proferir uma nova decisão, no lugar da anulada pelo tribunal, ficará limitado ao máximo da pena fixada na primeira sentença, sem que possa piorar a situação do acusado. Não há previsão expressa no Código de Processo Penal³ quanto a tal princípio, o que fez com que surgisse controvérsia na doutrina acerca da necessidade de sua observância pelo aplicador do direito.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes⁴, a aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta não parece ser a posição tecnicamente correta, haja vista a falta de texto expreso. Para que se configure a *reformatio in pejus* basta que haja a diferença para pior entre a decisão recorrida e a decisão no recurso, de modo que a adoção da proibição da *reformatio in pejus* indireta pode levar a resultados aberrantes, como impedir que o verdadeiro julgador, diante de uma decisão anulada, proferida, por exemplo, por um juiz incompetente ou suspeito, solucione a controvérsia legalmente e com justiça.

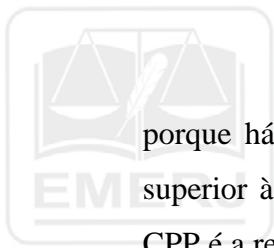
Do mesmo modo, Paulo Rangel⁵ é contrário à vedação da *reformatio in pejus* indireta, apontando quatro razões pelas quais não admite a aplicação do instituto. Primeiro

²BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

³O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que dispõe sobre o novo Código de Processo Penal, buscando suprimir a omissão do atual Código de Processo Penal, prevê, de maneira expressa, a regra da *reformatio in pejus* indireta na parte geral da teoria dos recursos: "Art. 471. No recurso da defesa, é proibido ao tribunal agravar a situação jurídica do acusado. §1º Declarada a nulidade da decisão recorrida, a situação jurídica do acusado não poderá ser agravada no novo julgamento."

⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.43.

⁵RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 967.



porque há ausência de texto expresso proibindo o juiz de dar uma sentença com *quantum* superior à que foi dada no primeiro julgamento, uma vez que a proibição do artigo 617 do CPP é a reforma para pior pelo tribunal, e não pelo juízo *a quo*. Assim, o que não é proibido é permitido, aplicando-se o princípio da legalidade. Segundo porque há diferença entre a decisão recorrida (anulada) e a decisão proferida no recurso, de modo que não se pode agravar aquilo que a ordem jurídica não mais confere validade. Terceiro porque se estaria dando força a uma decisão que desapareceu em detrimento de uma que é proferida em harmonia com a ordem jurídica. Ou seja, seria o inválido sobrepondo-se ao válido, o que constitui, segundo o autor, uma verdadeira aberração. Quarto porque o recurso é voluntário, o que faz com que o réu carregue o ônus do seu recurso com os resultados que lhe são previsíveis e possíveis: provimento, improvimento ou não conhecimento.

No entanto, o entendimento atual da maior parte da doutrina é no sentido de aplicação da *reformatio in pejus* indireta⁶, ou seja, o juiz está impedido de proferir uma sentença com condenação mais severa à anteriormente anulada, sob pena de restringir, de forma indireta, o direito de ampla defesa do acusado. Isso porque, do contrário, seria melhor para este não recorrer, uma vez que teria uma pena menor, ainda que fixada por sentença nula. Nesse sentido, de acordo com Guilherme de Souza Nucci⁷:

[...] caso o réu seja condenado a 5 anos de reclusão, mas obtenha a defesa a anulação dessa decisão, quando o magistrado - ainda que seja outro - venha a proferir outra sentença, está adstrito a uma condenação máxima de 5 anos. Se pudesse elevar a pena, ao proferir nova decisão, estaria havendo uma autêntica reforma da parte que recorreu. Em tese, seria melhor ter mantido a sentença, ainda que padecendo de nulidade, pois a pena seria menor. Parece-nos justa, portanto, essa posição, que é dominante na jurisprudência atual.

Há ainda quem sustente, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima⁸, que se "extraí a vedação da *reformatio in pejus* indireta do disposto no art. 626, *caput*, e parágrafo único, do CPP." Consequentemente, se tal dispositivo proíbe a agravação da pena em caso de revisão criminal, mesmo que a sentença tenha sido anulada, a mesma interpretação deve ser aplicada aos recursos em geral.

Em relação à orientação jurisprudencial, no início não se reconhecia a limitação da sentença nula sobre a que viesse a ser proferida. Contudo, o posicionamento mudou com o

⁶Entendem pela vedação da *reformatio in pejus* indireta no processo penal brasileiro: LOPES JR., op.cit., p. 1211; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 778.

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.220.

⁸LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1.625.

juízo do Recurso em *Habeas Corpus* n. 48.998⁹, no qual o Supremo Tribunal Federal passou a entender pela impossibilidade de a nova sentença aplicar pena mais severa do que a fixada na decisão anulada, sob pena de configuração da *reformatio in pejus* indireta, proibida pelos artigos 3º, 617 e 626, parágrafo único, todos do Código de Processo Penal. Assim, a jurisprudência hoje, tanto do Supremo Tribunal Federal¹⁰ quanto do Superior Tribunal de Justiça¹¹, encontra-se no sentido de que uma vez anulada a sentença condenatória em recurso exclusivo da defesa, não poderá ser proferida nova decisão que seja mais grave do que a anterior.

2. A NATUREZA DA DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE: SE ATO NULO OU INEXISTENTE

Debate-se na doutrina e na jurisprudência se no caso de sentença anulada pelo tribunal em razão do reconhecimento de incompetência absoluta do juízo, em recurso exclusivo da defesa, ficaria o juízo competente limitado à pena fixada anteriormente. Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima¹², é possível citar, como exemplo, um crime militar de furto indevidamente processado e julgado pela Justiça Federal de 1ª instância, em que foi proferida sentença condenatória à pena de um ano de reclusão. Com o recurso exclusivo da defesa, argumentando a nulidade absoluta da sentença em razão da incompetência absoluta do Juízo Federal para o processamento e julgamento de crimes militares, é reconhecida a incompetência do Tribunal Regional Federal, sendo então os autos remetidos à Justiça Militar. Nesse caso, o questionamento que surge é se a Justiça Militar estaria vinculada ao *quantum* da pena fixado pelo juízo incompetente, em virtude do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta.

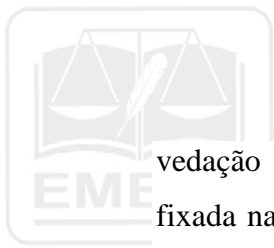
Nesse contexto, a discussão quanto à natureza da decisão proferida pelo juízo absolutamente incompetente, se ato nulo ou inexistente, torna-se relevante, uma vez que é um dos fundamentos que justificam o entendimento adotado quanto à aplicação ou não da

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 48.998/RS. Relator: Ministro Bilac Pinto. Relator para acórdão: Ministro Thompson Flores. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁰Id. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.869/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹¹Id. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 193.717/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹²LIMA, op. cit., p. 1.625.



vedação da *reformatio in pejus* indireta, de forma a vincular ou não o juiz natural à pena fixada na decisão anulada. Isso porque, de acordo com Eugênio Pacelli¹³, do ato inexistente não resultam efeitos, ao contrário do que acontece com o ato nulo, no qual, mesmo que em regra não se admita a produção de efeitos que lhe são próprios, é possível, em atenção à previsão normativa, atribuir a ele determinadas consequências jurídicas.

Há na doutrina quem defenda que a decisão proferida por juízo absolutamente incompetente tem natureza de ato inexistente, ou seja, não produz efeito algum. Nesse caso, o juiz competente é livre para proferir nova sentença, sem que fique limitado à pena fixada anteriormente. Isso é, a decisão anteriormente proferida, por sequer ter existido, não poderá ser considerada como parâmetro para definir o limite da pena na nova decisão a ser prolatada, não incidindo assim a vedação da *reformatio in pejus* indireta. Nesse sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes¹⁴, como se infere do exposto abaixo:

De nossa parte, curvando-se à interpretação da jurisprudência contra a denominada '*reformatio in pejus* indireta' - que não é tecnicamente a melhor, mas que obedece ao princípio do favor rei - entendemos que só a sentença nula pode ser considerada como fixando limites à nova pena; mas não a sentença juridicamente inexistente (como o é a do juiz constitucionalmente incompetente) que, por ser um não ato, uma não sentença, não pode produzir qualquer efeito, sendo inapta a balizar o pronunciamento do juiz constitucionalmente competente.

De acordo com esses autores¹⁵, o órgão jurisdicional constitucionalmente competente, isso é, aquele investido do poder de julgar, representa um pressuposto processual de existência da relação processual, de modo que quando falta ao juiz competência constitucionalmente fixada, a hipótese é de inexistência da relação processual e da sentença, diante da falta do juiz natural.

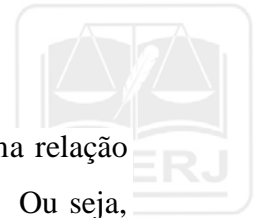
Já segundo Tourinho Filho¹⁶, para a relação processual poder existir ela pressupõe um órgão investido de jurisdição, o pedido e as partes, sendo que a ausência de qualquer desses pressupostos causará a inexistência da relação processual, ou, então, esta ficará tão desfigurada a ponto de equivaler à própria inexistência. É nessa última hipótese que se enquadra a incompetência absoluta. Para o referido autor, no caso de juiz absolutamente incompetente, embora entenda que não se possa negar que a relação processual surgiu, já que

¹³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p.120.

¹⁴GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p.262.

¹⁵Ibid., p.44.

¹⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, p.31-32.



os pressupostos processuais de existência são condições para a constituição de uma relação processual, esta estará tão desfigurada que é o mesmo que se não tivesse surgido. Ou seja, existe materialmente, mas não configura uma existência jurídica.

Sob tal ótica, a de que no caso de incompetência absoluta a decisão funcionará como um ato inexistente, não fixando limites à nova pena, é o posicionamento de Tourinho Filho¹⁷:

[...] se a nulidade ocorrer em decorrência de incompetência absoluta, a decisão funcionará como ato inexistente e, então, o Juiz competente terá inteira liberdade na dosimetria da pena, mesmo porque a primeira decisão foi proferida por um órgão desvestido do poder de julgar. Se assim é na incompetência *ratione materiae*, com muito mais razão na *ratione personae*.

Há julgados¹⁸ também no mesmo sentido de que as decisões prolatadas por juízo incompetente são atos inexistentes, dos quais não resulta efeito algum, não se reconhecendo em tais casos o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta.

Para outra parte da doutrina a competência absoluta é um pressuposto processual de validade, de forma que a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente configura um ato nulo, e não inexistente, podendo vincular assim a nova decisão a ser proferida. Nesse sentido, segundo Guilherme de Souza Nucci¹⁹, "como pressuposto de validade, pode-se mencionar a inexistência de suspeição do magistrado (artigo 254, CPP), bem como a sua competência para decidir a causa, além da ausência de litispendência e coisa julgada".

Do mesmo modo, Eugênio Pacelli²⁰ entende que o vício decorrente de órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente é causa de nulidade absoluta, e não de inexistência do processo, sendo que pressuposto de existência do processo é tão somente o órgão investido de jurisdição. Isso porque a função jurisdicional é una, de forma que a repartição de competências se presta tão somente à adequada operacionalidade da jurisdição. Por isso, quando a jurisdição é provocada é o Estado quem atua por meio de órgão investido dela, de modo que recusar existência à atividade estatal desenvolvida, mesmo que por juiz incompetente, é o mesmo que negar a existência da própria jurisdição enquanto Poder Público.

O entendimento que atualmente prevalece na jurisprudência²¹ é justamente esse; isso

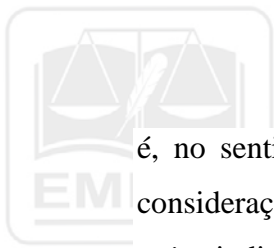
¹⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. rev. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 446-447.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 56.154/PB. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

¹⁹NUCCI, op.cit., p. 849.

²⁰OLIVEIRA, op. cit., p. 120-121.

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016. No mesmo sentido: Id. Superior Tribunal de Justiça.



é, no sentido de que o juiz competente não está livre para sentenciar, devendo levar em consideração a pena fixada na decisão anulada, em atenção ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta. Isso porque a decisão proferida por juízo incompetente não é ato inexistente, mas sim ato nulo, uma vez que proferido por juiz regularmente investido de jurisdição. Sendo assim, o ato existe e gera efeitos até que seja desconstituído por pronunciamento judicial.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 20.337, de relatoria da Ministra Laurita Vaz²², a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade, nos termos do voto da relatora, que o juiz absolutamente incompetente para julgar determinada demanda, até que haja a declaração de sua incompetência, não prolata uma sentença inexistente, mas sim nula, que dependerá de decisão judicial para ser desconstituída. E no caso dessa declaração de nulidade da sentença ser obtida em razão de recurso exclusivo da defesa, não há como o juiz competente impor ao acusado uma sentença mais gravosa do que a anulada anteriormente, sob pena de configuração de *reformatio in pejus* indireta.

3. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA DECORRENTE DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO

O princípio do juiz natural é uma garantia constitucional assegurada àqueles sujeitos ao processo penal e está previsto no artigo 5º, incisos LXXXVII e LIII, da CRFB/88²³. Segundo as lições de Renato Brasileiro de Lima²⁴, tal princípio deve ser entendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processá-lo em caso de uma conduta definida como criminosa. Isso é, juiz natural é aquele constituído antes do fato delituoso, a ser julgado por meio de regras taxativas de competência previstas pela lei, e que visa assegurar que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e independente, impedindo o julgamento da causa por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato delituoso, definida na Constituição Federal.

Assim, surge o questionamento quanto à possibilidade ou não da vedação da

HC n. 23.352/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

²²Id. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 20.337/PB. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

²³Id. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

²⁴LIMA, op. cit., p. 69.

reformatio in pejus indireta atentar contra o referido princípio, uma vez que limita o livre convencimento do juízo competente em razão de um pronunciamento nulo, proveniente de um juízo destituído de competência. Desse modo, indaga-se: uma regra decorrente de uma norma infraconstitucional, prevista no artigo 617 do CPP²⁵, poderia prevalecer sobre um princípio de ordem constitucional, consubstanciado no artigo 5º, LIII, da CRFB/88²⁶?

Na doutrina, há quem entenda que o juiz natural, que tem a competência decorrente da Constituição Federal, não pode ficar subordinado aos limites da pena fixada por uma decisão nula. Nesse sentido, de acordo com Paulo Rangel²⁷, o juiz competente poderá proferir uma nova sentença em que a condenação ultrapasse a pena fixada no primeiro julgamento, uma vez que nesse caso todo o processo desaparece, não podendo jamais a decisão do juiz absolutamente incompetente limitar a atuação do juiz competente, juiz natural da causa, sob pena de se configurar um *contra sensu*, e, especialmente, porque novas provas, que não foram produzidas na primeira vez, poderiam ser trazidas para o processo.

No mesmo sentido são as lições de Julio Fabbrini Mirabete²⁸:

Também não há proibição para o agravamento quando for declarado nulo o processo por incompetência absoluta do julgador, já que a decisão foi proferida por um órgão desvestido, naquele processo, do poder de julgar.

Eugênio Pacelli²⁹ tinha entendimento no mesmo sentido. O autor sustentava em edições mais antigas do seu livro que, em se tratando de incompetência absoluta, o princípio do juiz natural não deveria ser examinado somente como uma garantia do indivíduo perante o Estado, mas também como uma exigência e uma qualidade da jurisdição, do ponto de vista do interesse público na correta aplicação da lei penal. Não entendia razoável o juiz natural, cuja competência decorre da própria Constituição, ficar subordinado aos limites de pena estabelecidos em decisão nula, mesmo que tal nulidade somente tenha sido conhecida em razão de recurso da defesa. A subordinação à quantidade de pena imposta na primeira decisão atentaria contra a liberdade do convencimento e do livre exercício da tarefa judicante do juiz natural, não podendo se falar, assim, em vedação da *reformatio in pejus* indireta, sob pena de prevalecer regra legislativa de natureza ordinária sobre princípio de fonte constitucional.

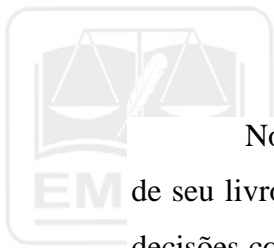
²⁵Vide nota 2.

²⁶Vide nota 23.

²⁷RANGEL, op. cit., p. 967.

²⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 684.

²⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 700.



No entanto, Eugênio Pacelli³⁰ mudou o seu entendimento nas edições mais recentes de seu livro e passou a sustentar a proibição da *reformatio in pejus* indireta em hipóteses de decisões condenatórias anuladas em razão de vício de incompetência absoluta. Isso porque tal regra tem como fundamento a liberdade recursal da defesa, de forma a não reduzir a sua pretensão de modificação da condenação, devendo prevalecer, assim, sobre o juiz natural.

Nesse sentido também ensina Renato Brasileiro de Lima³¹:

[...] prevalece o entendimento de que, seja na hipótese de recurso exclusivo da defesa em face de sentença condenatória, seja na hipótese de reconhecimento ex officio da incompetência absoluta, é inadmissível que se imponha pena mais grave ao acusado, ainda que o decreto condenatório seja anulado por incompetência absoluta do juízo, em observância ao princípio *ne reformatio in pejus*. Não se admite a imposição de efeitos mais gravosos ao acusado do que aqueles que subsistiriam com o trânsito em julgado caso não tivesse recorrido. Entender-se o contrário consubstancia violação frontal à proibição da *reformatio in pejus*.

Nos Tribunais Superiores a questão já foi enfrentada. Há precedentes³² de acordo com a primeira posição, no sentido de que no caso de a sentença condenatória ter sido anulada em razão de recurso da defesa por vício da incompetência absoluta, por ser tratar a hipótese de nulidade absoluta, que em razão da gravidade do vício nela contido pode ser reconhecida a qualquer tempo, até mesmo de ofício, poderia haver o agravamento da situação do réu na nova decisão proferida pelo juízo competente. Isso é, não seria cabível a regra da *reformatio in pejus* indireta, uma vez que as decisões porventura tomadas jamais poderiam vincular a decisão do juízo competente, ante o princípio do juiz natural.

No entanto, tem prevalecido na jurisprudência dos Tribunais Superiores³³ o entendimento de que, mesmo nos casos de anulação do processo em virtude de incompetência absoluta, deve ser aplicado o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, de forma que o juiz natural não poderá fixar pena superior à estabelecida anteriormente pelo juízo incompetente.

Nesse sentido, conforme entendido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 114.729³⁴, de relatoria do Ministro Jorge Mussi,

³⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 910.

³¹LIMA, op. cit., p. 332.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 54.254/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016. No mesmo sentido: Id. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.673/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 105.384/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016. No mesmo sentido: Id. Supremo Tribunal Federal. HC n. 75.907/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

³⁴Id. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

no caso de se admitir que em recurso exclusivo da defesa o processo seja anulado, e em nova decisão seja possível fixar pena maior ao réu, ainda que a anulação tenha sido por incompetência absoluta, haveria nesse caso uma limitação ao direito à ampla defesa do acusado, uma vez que provocaria nele uma enorme dúvida quanto à possibilidade de se voltar ou não contra a decisão, pois ao invés de conseguir melhorar a sua situação ou, ao menos, mantê-la, poderia sofrer consequências mais gravosas e severas do que as que resultariam do trânsito em julgado de sua condenação.

Ademais, nos termos do voto do relator, o princípio do juiz natural, previsto como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXVII, da CRFB/88³⁵, é instituído em favor daquele que é processado, não sendo, portanto, concebível que uma garantia estabelecida em favor do réu seja contra ele invocada, a fim de possibilitar o agravamento de sua situação em processo no qual apenas ele recorreu.

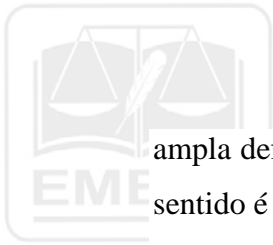
CONCLUSÃO

Diante da previsão contida no artigo 617 do CPP, não há como se negar aplicação ao princípio da vedação da *reformatio in pejus* no processo penal, de modo que o tribunal não poderá agravar a pena do réu, sob qualquer aspecto, quando somente este houver recorrido da sentença. E nesse ponto a aplicação de tal princípio não comporta dúvidas no âmbito da jurisprudência e da doutrina, representando uma verdadeira garantia assegurada ao réu.

Já o princípio da proibição da *reformatio in pejus* em sua vertente indireta não recebeu o mesmo tratamento pacífico por parte da doutrina. Isso é, há autores que entendem ser inaplicável tal princípio sob o argumento principal de ausência de previsão legal.

Contudo, partindo de uma interpretação à luz da Constituição Federal, não existem razões para se negar aplicação ao princípio em sua modalidade indireta, sob pena de violação ao pleno exercício da ampla defesa, direito assegurado constitucionalmente ao réu. A vedação da *reformatio in pejus* indireta, embora não prevista expressamente no Código de Processo Penal, não pode deixar de ser observada. Não cabe ao juiz competente proferir uma sentença com pena mais rigorosa do que a anteriormente fixada quando a anulação da sentença resultar de recurso exclusivo do réu. Do contrário, haveria uma verdadeira restrição ao direito de

³⁵ Vide nota 23.



ampla defesa do acusado, que teria sua situação melhorada caso não tivesse recorrido. Nesse sentido é o entendimento atual da maioria da doutrina e da jurisprudência.

Cabe destacar, entretanto, que a controvérsia parece estar próxima de chegar ao seu fim, tendo em vista que, se o Projeto de Lei n. 156, de 2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, for aprovado nos moldes da redação final do Parecer n. 1.636, de 2010, haverá previsão expressa na legislação processual penal acerca da aplicação da *ne reformatio in pejus*. Se for declarada a nulidade da decisão recorrida, a situação do réu não poderá ser agravada no novo julgamento a ser realizado.

Ultrapassado o entendimento minoritário no sentido de não aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta no direito processual penal brasileiro, surge o questionamento quanto à possibilidade de sua aplicação em caso de incompetência absoluta do juiz. Nesse sentido, parte da doutrina defende que por ter o vício de incompetência absoluta natureza de ato inexistente, a sentença não produziria efeitos, de modo que a nova decisão a ser proferida pelo juiz natural não estaria vinculada aos limites fixados anteriormente.

No entanto, para a maior parte da doutrina e da jurisprudência, o vício de incompetência absoluta corresponde a um ato nulo, e não inexistente. Isso porque, nesses casos, o pressuposto processual de existência foi preenchido pelo juiz regularmente investido de jurisdição, mesmo que não competente. Sendo assim, o ato existe e é apto a produzir o efeito de vincular a nova decisão a ser proferida pelo juiz natural.

Portanto, deve o juiz competente ficar submetido ao *quantum* estabelecido na primeira sentença, em atenção ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, mesmo que se trate de vício de incompetência absoluta.

Ocorre que mesmo diante da constatação de que se trata de ato nulo, e não inexistente, há quem sustente que a aplicação da proibição da *reformatio in pejus* indireta, por ser vício de incompetência constitucional, violaria o núcleo essencial do juiz natural, uma vez que este, que tem competência decorrente da própria Constituição Federal, não poderia ficar subordinado aos limites da pena fixada por uma decisão absolutamente nula.

No entanto, mesmo que o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta não possua previsão constitucional expressa, diferente do que ocorre com o princípio do juiz natural, não é possível negar a sua aplicação, uma vez que faz parte do rol de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, especialmente relacionado ao direito à ampla defesa. Em razão de uma interpretação sistêmica do diploma constitucional, é possível chegar à conclusão de que a Carga Magna determina a prevalência do direito à liberdade sobre o juiz natural. O juiz natural deve ser entendido como uma garantia em favor do acusado, não

podendo ser suscitado em seu desfavor.

Assim, sob essa ótica, mesmo que se trate de vício de nulidade absoluta, uma eventual reapreciação da matéria não poderá ser prejudicial ao acusado, isso é, a sua liberdade, não havendo que se invocar uma garantia individual prevista na Constituição, estabelecida justamente em favor daquele submetido ao processo penal, para atuar em seu prejuízo.

Portanto, essa é a única solução compatível entre o princípio recursal do processo penal brasileiro e a ordem constitucional, pautada no direito fundamental à liberdade e no princípio da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 56.154/PB. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 23.352/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 20.337/PB. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 54.254/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.673/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.



_____.Superior Tribunal de Justiça. HC n. 105.384/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____.Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____.Superior Tribunal de Justiça. HC n. 193.717/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____.Supremo Tribunal Federal. RHC n. 48.998/RS. Relator: Ministro Bilac Pinto. Relator para acórdão: Ministro Thompson Flores. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____.Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.869/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____.Supremo Tribunal Federal. HC n. 75.907/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 910.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. rev. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Processo Penal*. 35 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2013.

APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NAS CAUSAS QUE ENVOLVAM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Lucas Pedrosa Castellar

Graduado pelo Ibmec/RJ, advogado criminal.

Resumo – O novo Código de Processo Civil inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao trazer a instituto da Mediação como requisito obrigatório para se tentar solucionar um conflito sem a interferência do Poder Judiciário. Tal instituto visa a pacificação da querela judicial através do comum acordo entre as partes, o que será estimulado pelo Mediador, profissional capacitado a estimular o acordo. Nesse sentido, tanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto o Conselho Nacional de Justiça editaram resoluções regulamentando o uso da Mediação, abrindo-se, inclusive, espaço para que tal instituto fosse utilizado em demandas criminais de menor potencial ofensivo. Além disso a Lei 11.340/2006, ao prever a utilização do Código de Processo Civil como diploma subsidiário, abriu caminho para sua aplicação nos Juizados de Violência Doméstica, o que traria não apenas benefícios às partes, mas também para todo o sistema de Justiça, com a diminuição das demandas e otimização da resposta ao jurisdicionado

Palavras-chave – Violência Doméstica, Mediação Processo Penal, Processo Civil

Sumário – introdução. 1. A inovação da Mediação No ordenamento Jurídico brasileiro. 2. Aspectos da Lei 11.340/2006 e a possibilidade do uso da mediação. 3. benefícios da aplicação da Mediação nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Conclusão. Referências.



Este trabalho tem como fim demonstrar que a utilização da Mediação, novo instituto trazido pelo Novo Código de Processo Civil, nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher pode trazer inúmeros benefícios à sociedade, em especial para as partes envolvidas, visto que elas serão responsáveis para dar uma solução ao conflito, bem como enxugará a quantidade de processos lá analisados.

Para tanto, serão abordadas as inovações trazidas pelo legislador com entrada em vigor no novo Código de Processo Civil.

Tais novidades, por certo, têm conseqüências em praticamente todas as esferas de jurisdição, essas mais sensíveis em umas e menos sensíveis em outras.

Dentre as inovações do novo Diploma está a obrigação de uma audiência de Mediação em todas as causas em que houver aplicação deste Código, visto que o objetivo da lei é evitar ao máximo a judicialização dos conflitos sociais.

A Mediação é uma forma de resolução de conflitos em que o Mediador estimula as partes a elas mesmas darem uma solução satisfatória para seus conflitos, não sendo necessária a imposição de um dever por parte do Judiciário.

Nesse sentido, tanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto o Conselho Nacional de Justiça editaram Resoluções específicas a fim de regulamentar a aplicação da Mediação, que serviram de parâmetro para este trabalho.

Portanto, o que se pretende mostrar é que, com todo esse arcabouço normativo que trata sobre o novel instituto da Mediação autorizam sua aplicação nas causas criminais em que se verifica violência de gênero, uma vez que são, por sua natureza,

conflitos familiares, transbordado a esfera criminal

No primeiro capítulo deste trabalho, será trabalhado o instituto da Mediação, em especial, suas características e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, através da análise da lei processual e das normas de âmbito interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Conselho Nacional de Justiça.

No segundo capítulo, ver-se-á como que a Lei Maria da Penha admite a utilização da Mediação para as causas criminais de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, uma vez que não há expressa vedação da aplicação da lei processual civil.

No terceiro capítulo, far-se-á uma prospecção dos benefícios da aplicação desse novel instituto aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, desde a satisfação das partes em litígio à melhora da prestação jurisdicional.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais e legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1 – O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeras inovações normativas que visam a dar mais efetividade na resposta do Judiciário aos jurisdicionados, Dentre elas, há de se destacar a Mediação.

O art. 334 desse novo diploma estabelece que o juiz, após verificar a regularidade

da Petição Inicial “designará audiência de conciliação ou mediação [...]”¹. Trata-se de norma geral e obrigatória, aplicável a todos os procedimentos abrangidos por essa Lei.

A Lei 13.140/2015², legislação específica sobre a prática da Mediação, traz o conceito de mediação em no parágrafo único do art. 1º, o definindo como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia,” completando, então, o texto do Novo Código de Processo Civil.

Como se vê, a lógica da Mediação se baseia numa solução consensual entre as partes em conflito, sendo o mediador um importante instrumento para que as partes cheguem a um acordo.

A necessidade de um terceiro imparcial se dá, pois as partes por estarem em conflito, não possuem métodos mais eficazes para manter um diálogo. Assim, a Mediação surge como o último arauto de conversa entre os litigantes, que, muitas vezes, por questões de cunho sentimental não conseguem dialogar.

Nesse sentido, José Maria Rossani Garcez esclarece que a Mediação será aplicada “quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que, assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se”³.

A Mediação visa, através do terceiro imparcial, a auxiliar as partes a desenvolverem, não apenas o diálogo, mas também uma solução satisfatória para ambas

¹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 nov. 2016.

²BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acessado em 15 nov 2016.

³GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação*. Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p 39.

com o objetivo de se por fim ao conflito.

O citado autor acrescenta que “a meta das pessoas envolvidas na mediação não é levar adversários às barras dos tribunais e triunfar sobre os oponentes”⁴ mas sim alcançar uma solução que seja agradável aos envolvidos.

O mediador, por sua vez, deve buscar o entendimento e o consenso entre as partes, facilitando a solução do conflito, conforme estabelecido no art. 4º *caput*, e seu parágrafo único da 13.140/2015.⁵⁶

Nesse ponto, é necessário destacar que o mediador, nos termos do art. 11 da citada Lei⁷ exige que o mediador seja pessoa capacitada e graduada em curso de ensino superior e que tenha obtido a capacitação necessária para cumprir a função.

Tal exigência se dá, pois como já dito, a Mediação tem como fim pacificar o conflito através de uma solução dada em consenso pelas partes, mas estimulada pelo mediador. Ele é, portanto, diferente do conciliador, uma peça crucial para que as partes encontrem um fim comum e satisfatório para a controvérsia.

Nesse particular, José Maria Rossani Garcez⁸ explica que:

as partes, assim auxiliadas, são autoras das decisões e o mediador apenas as aproxima e faz com que possam melhor compreender as circunstâncias do problema existente e aliviar-se das pressões irracionais e do nível emocional elevado, que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando a possibilidade de acordo.

Apesar da recente Lei 13.140/2015⁹, editada no mesmo do Novo Código de

⁴ Ibid, p 42.

⁵BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acessado em 15 nov 2016.

⁶Ibid., Art. 4º – O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º – O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.[...]. Acessado em 15 nov 2016.

⁷Ibid., Acessado em 15 nov 2016.

⁸GARCEZ, op. cit., p 39.

Processo Civil, o uso da Mediação não é novidade para o Brasil. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, já previa a aplicação da Mediação desde 2009, quando seu órgão Especial editou a Resolução 19/2009.¹⁰

A finalidade dessa norma era iniciar a cultura da Mediação para determinadas situações. Assim, tanto os jurisdicionados quanto os próprios magistrados começariam a se acostumar com essa nova forma de resolução de conflitos sem a necessária intervenção do Poder Judiciário, ou seja, um procedimento extrajudicial.

Essa Resolução serviu de base para a elaboração da Lei de Mediação, uma vez que seu art. 1º¹¹ praticamente foi reproduzido no texto daquela Lei. Veja como o conceito de Mediação é definido pela norma do Tribunal carioca:

[...] mediação significa um processo por meio do qual uma terceira pessoa neutra, denominada mediador, atua encorajando ou facilitando a Resolução de uma disputa entre duas ou mais pessoas, físicas e/ou jurídicas, de modo informal e não adversarial, com o objetivo de auxiliar as partes disputantes a alcançarem um acordo mutuamente aceitável e voluntário [...].

Antes da Lei de Mediação, a Resolução do Tribunal do Rio de Janeiro já trouxe um regulamento de como seria o procedimento mediatório, trazendo conceitos que em estão em absoluto acordo com a citada Lei.

Não se pode deixar de observar que, assim que a Resolução foi editada, o Tribunal rapidamente iniciou a instalação dos Centros de Mediação, sendo amplamente divulgado, posteriormente, sua inauguração, através da imprensa especializada¹² e pela

⁹BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acessado em 15 nov 2016.

¹⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Resolução nº 19 de 14 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7abcbf66-7116-4311-b31e-386c47730c76>>. Acessado em 15 nov 2016.

¹¹Ibid.

¹²<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2032122/tjrj-inaugura-centro-de-mediacao-no-forum-central>. Acessado em 28 nov 2016.

correspondência interna do próprio Tribunal.¹³

Seguindo a mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125/2010¹⁴, estabelecendo, então, uma política nacional de tratamento de conflitos pela via da Mediação. Com o advento do novo Código de Processo Civil, essa Resolução passou a ser a norma reguladora da aplicação da Mediação em nível nacional, regulando como os Tribunais devem tratar a questão da Mediação, determinando, desde a criação de centros de Mediação, como a qualificação dos mediadores. O Art. 1º¹⁵ dessa Resolução é uma clara demonstração da adequação do Poder Judiciário à nova lei processual:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Como se vê, a Resolução sofreu recente alteração a fim de se adequar ao art. 334 do Novo Código de Processo Civil, o qual institui a obrigatoriedade do uso da Mediação em todos os processos judiciais antes deles serem definitivamente analisados pelo magistrado.

Deste modo, a Mediação, deixa de ser uma iniciativa pioneira dos Tribunais e entra no ordenamento jurídico, através da Lei como uma promessa de solução restaurativa das controvérsias das partes.

¹³BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ato Executivo nº 5555 de 10 de dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/ab3710c9-6795-49e0-9284-7fd03b2b8c1f>>. Acessado em 15 nov 2016

¹⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 15 nov de 2016

¹⁵Ibid.



O alcance desse novo instituto, porém, será analisado no capítulo seguinte, destacando-se sua aplicação nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

2 – ASPECTOS DA LEI 11.340/2006 E A POSSIBILIDADE DO USO DA MEDIAÇÃO

A Lei 11.340/2006¹⁶, conhecida informalmente como Lei Maria da Penha, surge como grande marco legal de combate às práticas de violência contra a mulher, tendo como principal foco aquela que ocorre dentro dos lares familiares.

A Lei teve o cuidado de limitar sua aplicação às violências sofridas por mulheres que mantêm, de alguma forma, algum vínculo afetivo ou familiar com o agressor. Além disso é necessário que a agressão seja movida pela questão do gênero, ou seja, que a violência ocorra pelo simples fato da agredida ser mulher, pelo desprezo da sua condição de feminilidade.

Maria Berenice Dias¹⁷, nesse ponto, ensina que “violência doméstica é qualquer das ações elencadas no art. 7º (violência física psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticada contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva”.

Por esse motivo, a Lei estipulou políticas públicas para o combate à violência de gênero, que estimularam a criação de uma estrutura institucional para o melhor amparo à mulher. Consequência disso foi tirar das sombras um série de eventos agressivos, os

¹⁶BRASIL. Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2006. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acessado em 28 nov 2016.

¹⁷DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51

quais, por conta de uma cultura extremamente machista de nossa sociedade, nunca foi vista como práticas criminosas por aqueles que deveriam zelar pelo fiel cumprimento da lei.

Vale destacar que “a Lei nº. 11.340/2006 é importante política pública de promoção do bem comum, do equilíbrio das relações afetivas e domésticas e de reafirmação, internacional, dos direitos humanos, sem qualquer prejuízo do princípio da isonomia”¹⁸. Isso porque, a Lei Maria da Penha surge para igualar as relações entre as mulheres e a sociedade, na qual ainda se pauta por idéias machistas e desqualificadoras da figura feminina.

Maria Berenice Dias¹⁹, mais uma vez é precisa ao demonstrar as benesses dessa da criação dessa nova estrutura:

De qualquer modo, a Lei Maria da Penha acabou com o calvário da vítima que, depois de fazer o registro de ocorrência na polícia, precisava procurar um advogado ou ir à Defensoria Pública, para que alguma providência fosse buscada por meio de ação proposta na Vara de Família

Percebendo a necessidade da criação de uma estrutura específica para o atendimento à mulher, a Lei Maria da Penha criou o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, medida que garante um acesso à Justiça diferenciado, visto que possui, por força da lei, uma infraestrutura particular para as vítimas, contendo uma equipe multidisciplinar que auxiliará à Justiça, oferecendo assistência integral à agredida²⁰, e fornecendo subsídios necessários para a proteção da mulher²¹.

¹⁸PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. *Lei Maria da Penha – Comentários à Lei 11.340/2006*, Campinas: Russel Editores, 2010. p. 93.

¹⁹DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 174

²⁰BRASIL, op cit. Art. 29 – Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Acessado em 28 nov 2016.



Estabeleceu também, em seu art. 14, *caput*²² que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher terão “competência cível e criminal (...) para o processo e julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.”

Portanto, a Lei 11.340/2006²³ inovou no ordenamento jurídico ao criar um Órgão Jurisdicional com competência mista, podendo julgar tanto causas cíveis, quanto causas criminais, desde que tenham como pano de fundo a violência doméstica contra a mulher.

Isso significar afirmar que os Juizados de Violência Doméstica podem, ao menos em tese, julgar, por exemplo, um divórcio em que o motivo da separação seja reiteradas agressões do cônjuge ou companheiro à vítima, visto que a lei não delimita quais as competências cíveis que serão objeto de julgamento dos Juizados.

Tal opção legislativa se dá, pois as causas que envolvem violência doméstica têm, quase sempre, origem num conflito familiar, implicando, portanto, na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em todas as ações de sua competência.

Nesse ponto, a Lei Maria da Penha permite que a Mediação, prevista no art. 334 do Novo Código de Processo Civil tenha aplicação nas causas criminais que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que há expressa previsão legal²⁴

²¹Ibid., Art. 30 – Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes. Acessado em 28 nov 2016.

²² Ibid., Art. 14 – Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Acessado em 28 nov 2016.

²³Ibid.

²⁴Ibid., Art. 13– Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de

que autoriza a utilização concomitante dos dois diplomas processuais nas ações de sua competência.

Assim, quando a Lei 11.340/2006²⁵ autoriza a aplicação das duas normas processuais concomitantemente, isso significa dizer que o legislador quer a aplicação de determinados institutos do processo civil ao processo penal. Isso porque a lógica por trás da Mediação é de restaurar, através de uma solução consensual das partes estimulada pelo mediador, as relações que estão em conflito, buscando um final positivo à controvérsia.

Logo, às Ações Penais de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, há de se destacar que o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente ao Processo Penal quando este for lacunoso sobre determinado tema.

Nesse sentido, quando o Código de Processo Civil traz a inovação da Mediação, esta deve ser aplicada nas causas criminais dos Juizados, uma vez que não vão de encontro aos objetivos da lei, sendo, portanto, possível sua utilização nos conflitos familiares abrangidos pela Lei Maria da Penha.

Demais disso, a Resolução 19/2009²⁶ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro prevê expressamente, em seu art. 2º, que caberá a Mediação às “questões referentes a (...) família (...) mas se estende, também, a às ações penais privadas; às públicas que versem sobre infrações de menor potencial ofensivo ou não, quando sujeitas a representação; às públicas incondicionadas de infrações de menor potencial ofensivo quando houver vítima direta”.

Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei. Acessado em 28 nov 2016.

²⁵ Ibid.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 15 nov de 2016.



Conforme previsão expressa dessa norma, a Mediação, no âmbito da jurisdição do Tribunal carioca, tem sua aplicabilidade para as causas de família e criminais de menor potencial ofensivo. Considerando que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher possuem competência mista, e que as causas em que se verifica a ocorrência de violência contra a mulher possuem contornos de conflitos familiares, a Mediação é plenamente aplicável a esses casos.

Ainda que a Lei 11.340/2006²⁷ proíba a aplicação da Lei 9.099/1995²⁸, o mesmo não se dá quanto à aplicação da Mediação.

Primeiramente porque a Mediação está prevista no art. 334 do Código de Processo Civil, que tem sua aplicação autorizada pela Lei Maria da Penha.

Em segundo lugar porque a Lei 9.099/1995²⁹ traz alguns benefícios despenalizadores, como a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo, que vão de encontro com o caráter repressivo da Lei 11.340/2006³⁰.

Por outro lado, a previsão de aplicabilidade da Mediação a causas criminais de menor potencial ofensivo está prevista em Resolução própria do Tribunal do Rio de Janeiro, vinculando sua efetividade a todas suas unidades de jurisdição, inclusive oas Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Portanto, verificada a permissão legal de aplicação da Mediação nos juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, bem como a regulamentação desse instituto, ver-se-á no capítulo a seguir as conseqüências, o modo de execução e as

²⁷BRASIL. Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2006. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acessado em 28 nov 2016.

²⁸BRASIL. Lei 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acessado em 28 nov 2016.

²⁹Ibid.

³⁰BRASIL. Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2006. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acessado em 28 nov 2016.

limitações do uso da Mediação nas causas que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher serão melhor abordadas no capítulo seguinte.

3 – BENEFÍCOS DA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Conforme visto no capítulo anterior, o ordenamento jurídico pátrio atual autoriza o uso da Mediação nas causas que envolvem Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, visto que a Lei Maria da Penha instituiu o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher com jurisdição mista, ou seja, possui competência para processar e julgar causas cíveis e criminais, desde que o motivo do caso seja a violência de gênero

Assim, sendo possível a Mediação no âmbito da violência doméstica, cabe agora analisar as possíveis consequências de sua utilização nos Juízos especializados nesta matéria.

Para tanto, deve-se, antes de tudo, constatar que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher estão abarrotados de processos. Tal fato se dá por alguns motivos de ordem prática, mas também porque está em curso uma radical transformação cultural no seio da sociedade brasileira, já que as mulheres, de um modo geral, estão mais conscientes de seus direitos e, por isso, não mais hesitam em buscá-los.

Nesse sentido, não é de se espantar que, a cada ano que se passa, há um sensível aumento nos números oficiais de denúncias de mulheres que vêm sofrendo agressões.

Por óbvio, todos os fatos criminosos trazidos às delegacias têm como destino



natural a Justiça, e, nos casos de violência familiar de gênero, o Juizado de Violência Doméstica, ainda que lá cheguem com promoção de arquivamento.

Portanto, pode-se concluir que, a cada ano, o número de Ações Penais processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher aumenta consideravelmente, o que, por certo, faz crescer a quantidade de processos.

Além disso, há um complicador a esse problema: as Medidas Protetivas de Urgência, uma medida cautelar prevista na Lei Maria de Penha com o fim afastar o agressor do convívio com a agredida.

Por ser um procedimento cautelar, os autos de Medida Protetiva são trazidos ao Judiciário antes mesmo dos autos principais, nos quais os fatos serão analisados. Isso implica em haver dois processos distintos vinculados ao mesmo fato. A situação de asoerbamento se mostra ainda mais grave quando o Inquérito Policial é arquivado, mais a Medida Protetiva continua tramitando ineficazmente no Juízo, o que não raro ocorre.

Tal cenário impede uma prestação jurisdicional realmente efetiva, e traz às partes, tanto vítima quanto réu, a sensação de insatisfação por causa da demora.

Também não são raros casos em que vítima e autor do fato fazem as pazes, não havendo mais desejo da agredida em ver seu antigo agressor punido pela Justiça. Os motivos para tal variam de caso a caso, mas indicam que outro caminho, que não a imposição de pena corporal, pode trazer bons frutos ao Judiciário. E esse caminho é a Mediação.

Em primeiro lugar é necessária se verificar que as causas que envolvem violência

doméstica, ainda que sejam casos cuja natureza jurídica é criminal, não se pode negar que todas, sem exceção, estão contidas nas relações familiares.

Nesse sentido, a Resolução 19/2009³¹ do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao regulamentar a aplicação da Mediação, estabeleceu em seu art. 2º. que:

[...] a mediação pode ter lugar antes mesmo da distribuição da ação e ainda que na pendência de recursos interpostos pelas partes, e não se limita aos processos de natureza civil, aí incluídas, preferencialmente, as questões referentes a consumo, família, a relações de vizinhança e todas as demais de trato continuado, mas se estende, também, às ações penais privadas; às públicas que versem sobre infrações de menor potencial ofensivo ou não, quando sujeitas a representação; às públicas incondicionadas de infrações de menor potencial ofensivo quando houver vítima direta, sujeita, entretanto, à apreciação do MP e do Juiz a aceitação do acordo como forma de encerramento do processo por falta de justa causa, e bem assim às demais ações penais públicas, como cláusula ou condição de eventual suspensão do cumprimento da pena ou do processo.

Assim, essa norma regulamentadora do Tribunal determina a aplicação da Mediação nas Ações Penais que estão abrangidas no âmbito da violência doméstica, sendo elas as ações penais públicas incondicionadas com vítima direta.

Há de se destacar que a Resolução prevê que a extinção do processo se dará após a análise, pelo Juiz, do acordo de Mediação. No entanto, fato é que, ainda que não acolhido o acordo, sua existência poderá influenciar na pena de uma eventual condenação, diminuindo os danos a serem sofridos pelo agressor.

A solução de um processo criminal no âmbito da violência doméstica, portanto, pode ser menos severa para as partes quando firmada na audiência de Mediação, uma vez que essa solução será livremente acordada entre o agressor e a vítima, através de seus próprios desejos, fato que não gerará inconformismo ou insatisfação com o Poder

³¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Resolução nº 19 de 14 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7/abcbf66-7116-4311-b31e-386c47730c76>>. Acessado em 15 nov 2016.



Além disso, é possível que o número das demandas criminais nos Juizados de Violência Doméstica sejam drasticamente reduzidos, o que implicará numa prestação Jurisdicional mais efetiva para aqueles casos mais graves não abrangidos pela Resolução 19/2009³².

Por essas razões, a ante a possibilidade legal da aplicação da Mediação nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, a utilização deste instituto nas causas de competência destes Juízos, certamente trarão excelentes benefícios a solução de inúmeros processos que lá tramitam.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o Novo Código de Processo Civil trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Mediação como ato processual obrigatório com vistas a buscar uma solução ao conflito de forma extrajudicial e com a concordância da partes envolvidas.

A Lei Maria da Penha, por sua vez, prevê que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher terão competência mista, ou seja, julgam causas tanto cíveis quanto criminais, contanto que o conflito tenha como pano de fundo a Violência Doméstica de gênero.

Assim, demonstrou-se que, por causa dessa característica híbrida dos Juizados de Violência Doméstica, bem como expressa previsão legal no sentido de se aplicar

³² Ibid.

subsidiariamente o Código de Processo Civil naquilo que a referida lei não previa, é possível o uso da Mediação nos casos criminais de violência doméstica.

Sua aplicação está em conformidade com o Princípio da Celeridade Processual, uma vez que dá ao caso conflituoso uma rápida solução que as próprias partes elaboram em conjunto., trazendo, portanto, uma sensação de justiça para ambos os lados.

Por fim, fez-se uma projeção das benesses que a utilização desse instituto nos Juizados de Violência Doméstica trará tanto aos jurisdicionados, que terão uma solução de seus conflitos pensada e acordada entre eles mesmos, e para o Poder Judiciário, que reduzirá o número de Ações Penais julgadas, podendo se dedicar com mais afinco a causas mais graves.

Por fim, conclui-se que a proposta desse trabalho é viável, e sua aplicação será mais benéfica do que prejudicial à Política de contenção de danos das relações familiares. Para tanto, basta a criação de uma estrutura para atender as demandas passíveis de Mediação, sendo estas as previstas nas Resoluções específicas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e do Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça, Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acessado em 15 nov de 2016

_____. Lei 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>.Acessado em 28 nov 2016.



_____. Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2006. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11340.htm>. Acessado em 28 nov 2016.

_____. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acessado em 15 nov 2016.

_____, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ato Executivo nº 5555 de 10 de dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/ab3710c9-6795-49e0-9284-7fd03b2b8c1f>>. Acessado em 15 nov 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Resolução nº 19 de 14 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7abcbf66-7116-4311-b31e-386c47730c76>>. Acessado em 15 nov 2016.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. *Lei Maria da Penha – Comentários à Lei 11.340/2006*, Campinas: Russel Editores, 2010.

A EVOLUÇÃO DA PARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO- FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A MULTIPARENTALIDADE

Luiza Esteves Costa

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro- PUC- RJ. Advogada.

Resumo: O presente estudo se dedica a analisar a evolução histórica no direito das famílias com enfoque no vínculo socioafetivo intrinsecamente ligado a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. Com o advento da Constituição de 1988 surgiu a possibilidade do reconhecimento do afeto como um valor jurídico a ser observado nas relações envolvendo as entidades familiares contemporâneas. No entanto, em que pese não haver previsão legal que embase a multiparentalidade, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a sua possibilidade jurídica. A essência do trabalho é analisar a repercussão do afeto como critério de reconhecimento da filiação, com a conseqüente possibilidade da multiparentalidade.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito de Família. Afeto. Multiparentalidade.

Sumário: Introdução. 1. A repercussão da inclusão do afeto como valor jurídico na identidade das entidades familiares atuais. 2. A filiação nas relações multiparentais hoje reconhecidas. 3. Possibilidade da coexistência harmônica entre mais de um critério determinante de filiação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo consiste em analisar a evolução da parentalidade no direito brasileiro, com enfoque na filiação socioafetiva e na multiparentalidade. Procura-se na realidade demonstrar o reconhecimento do afeto como um valor jurídico e a ruptura com os paradigmas anteriormente existentes com relação as questões envolvendo os critérios de determinação da filiação, analisando o entendimento da jurisprudência atual que tem reconhecido a possibilidade jurídica da multiparentalidade. Assim sendo, o presente tema impõe uma análise da inclusão do afeto como valor jurídico e os efeitos que disto decorrem nas questões filiais.

Inicia-se, portanto, o primeiro capítulo, analisando as mudanças ocorridas no direito das famílias com a Constituição Federal de 1988, que abriu a possibilidade para o



reconhecimento do afeto com um valor jurídico. Diante disso, a concepção de família tradicionalmente afetada pela entidade patriarcal e pelos vínculos biológicos passou a ser relida constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana e do afeto. Neste sentido, o vínculo familiar passou a ser observado pelo critério da socioafetiva a partir da Constituição da República de 1998, consagrando a possibilidade de novos modelos parentais. Nesta fase, pretende-se demonstrar a repercussão da inclusão do afeto como um valor jurídico.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre a mudança na estrutura familiar da sociedade em decorrência da possibilidade do reconhecimento do afeto como valor jurídico, pontuando os critérios de determinação da filiação hoje reconhecidos e suas consequências nas entidades familiares. Neste momento, faz-se uma análise das decisões do Poder judiciário, envolvendo a filiação socioafetiva e reconhecendo a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

Por fim, o terceiro capítulo do presente artigo destina-se a concluir que a inclusão do afeto como um valor jurídico, apesar de não ter previsão legal expressa, é reconhecida com base na interpretação do artigo 226, §6º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 1.593 do Código Civil de 2002, possibilitando o reconhecimento de novas formas de relações familiares. Sendo assim, em que pese existirem lacunas legais, diante do contexto da sociedade moderna em que novos arranjos familiares se formam, os Tribunais Brasileiros têm reconhecido e analisado as lides familiares dando maior destaque para o princípio do afeto, de forma coerente a constitucionalização do direito civil/direito de família. Por se tratar de um tema recente ainda não existe uma unanimidade no reconhecimento das relações multiparentais, mas a dignidade da pessoa humana e a afetividade devem ser analisadas nas relações parentais, levando a crer na possibilidade de existência harmônica entre a filiação biológica, a jurídica e a afetiva.



A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. A REPERCUSSÃO DA INCLUSÃO DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO NA IDENTIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES ATUAIS

A família é a base da sociedade, tendo a relevante função social de promoção do bem-estar e da felicidade de seus membros. A Constituição Federal de 1988¹ consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade de seus integrantes e rompeu com o modelo de família matrimonializada, patriacal, patrimonialista e hierarquizada.

A família passa a ser analisada sobre o prisma da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Nesse contexto, o princípio da afetividade, além de se consagrar como princípio constitucional, é reconhecido como um valor jurídico.

Nas palavras de Maria Berenice Dias²:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa e a concepção eudemonista da família que progride a medida que regride seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Assim sendo, o afeto deixou de ser analisado como um simples sentimento pessoal existente nas relações familiares e passou a ser valorado como verdadeiro fundamento no direito das famílias contemporâneas. Por isso, o afeto é constantemente utilizado pelos Tribunais como fundamento para a resolução de diversas demandas envolvendo as entidades familiares contemporâneas.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 out. 2016

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.



Destaca-se que a evolução das entidades familiares, provocada pelas mudanças na sociedade, trouxe essa necessidade de ruptura com os paradigmas existentes antes da Constituição Federal de 1988. E nesse contexto, se instalou uma nova ordem jurídica para as entidades familiares, atribuindo valor jurídico ao afeto de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

É de se destacar que essa valoração do afeto possibilitou o reconhecimento de diversos modelos familiares. Hoje, sobressai a possibilidade de diversos arranjos familiares, reconhecidos por essa nova ordem jurídica, provocando uma releitura dos diversos institutos do direito das famílias. Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam³:

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente, até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Assim, a vinculação biológica deixa de ser o elemento central. Surgindo a possibilidade de ocorrência da vinculação afetiva, gerando repercussão nas tomadas de decisões envolvendo as questões do direito das famílias. Conforme se demonstrará mais adiante o reconhecimento do afeto como valor jurídico repercute diretamente nas questões envolvendo a filiação, diante do fato do reconhecimento de que o vínculo biológico não é o único observado nas entidades familiares.

Tal repercussão, portanto, serviu de base para que os Tribunais reconheçam a filiação socioafetiva que se baseia nesse vínculo que extrapola o laço biológico. Nesse sentido, foi reconhecida pela jurisprudência⁴ a possibilidade da multiparentalidade, que é a possibilidade ser reconhecida na certidão de nascimento mais de um pai e/ou mais de uma mãe, em

³ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.6, p.9.

⁴ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1328380/MS. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1359215&num_registro=201102338210&data=20141103&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2016.

decorrência da possibilidade de criação de vínculos afetivos nas entidades familiares contemporâneas

2 A FILIAÇÃO NAS RELAÇÕES MULTIPARENTAIS HOJE RECONHECIDAS

Diante do que fora exposto no capítulo anterior, observa-se que a mudança na estrutura familiar da sociedade se deu em grande parte pela possibilidade do reconhecimento do afeto como valor jurídico, provocando uma ruptura de paradigmas preexistentes, inclusive no que tange aos critérios de determinação da filiação, gerando diversos efeitos nas interações familiares.

Dessa forma, reconhecida a possibilidade de coexistência de vínculos biológicos e afetivos nas estruturas familiares, abre-se espaço para o reconhecimento da multiparentalidade. Em decorrência dessa possibilidade diversos efeitos podem ser observados no que diz respeito a filiação.

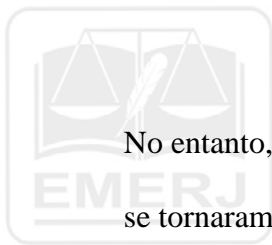
Nesse sentido, com a evolução social, verificou-se que a filiação legal não era suficiente, na medida em que muitas vezes não correspondia a realidade biológica. A partir disso, por meio do avanço científico, passou-se a falar em filiação biológica, verificada por meio da realização de exame de DNA. Nas disposições referentes à família previstas nas Constituições de 1934⁵, 1937⁶, 1946⁷ e 1967,⁸ anteriores à Constituição Federal de 1988, a filiação legal e a biológica eram os critérios existentes para a verificação das questões filiais.

⁵ 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: 15 out.2016.

⁶ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 out.2016

⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 out.2016

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 out.2016



No entanto, com a evolução social e conseqüentemente das entidades familiares esses critérios se tornaram insuficientes para a resolução das questões envolvendo os diversos arranjos.

Nesse contexto, à luz da Constituição Federal de 1988 tem-se a possibilidade do reconhecimento do afeto como valor jurídico, influenciando diretamente nas questões de filiação. Diante disso, surge o critério do vínculo afetivo para determinar a filiação.

O reconhecimento desse vínculo socioafetivo trouxe uma serie de possibilidades para as entidades familiares, inclusive, o reconhecimento da possibilidade jurídica da multiparentalidade; a possibilidade de reconhecimento do vínculo afetivo como forma de filiação, sem que haja hierarquia entre a filiação biológica e a socioafetiva.

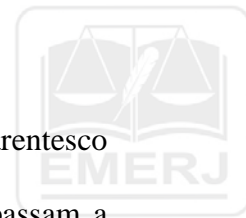
Nesse sentido, o STF recentemente, julgou um Recurso extraordinário com Repercussão geral afirmando que não há qualquer hierarquia entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, devendo sempre analisar o caso concreto dos diversos contextos familiares. É o que se extrai do voto a seguir:

Se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade.⁹

Assim, devido à juridicidade da multiparentalidade é possível o reconhecimento do estado de filiação que demonstre essa situação, sendo feito por meio da averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais com regulamentação feita pela Lei. 6.015/73. Sendo assim, a certidão de nascimento será alterada reconhecendo a multiparentalidade, na forma do art. 97 da referida lei¹⁰.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 898060. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁰ BRASIL. Lei Nº 6.015, de 31 dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 27 out.2016.



Desse modo, com o reconhecimento da multiparentalidade as relações de parentesco em linha reta e colateral, até quarto grau, com a família do pai ou mãe afetivos passam a existir, além daquele vínculo que já possui com a família do pai e/ou mãe biológicos, devendo ambas as formas de parentesco serem consideradas para todos os casos legais envolvendo a filiação.

Com relação ao nome o principal efeito gera em torno da possibilidade da inclusão do patronímico do pai ou mãe socioafetivos sem que necessariamente se exclua o patronímico do pai ou mãe biológicos ou vice-versa em caso do reconhecimento da multiparentalidade. Ou seja, a alteração do registro com o reconhecimento da dupla paternidade/maternidade e a possível alteração do sobrenome do filho. Sendo o registro o instrumento que comprova diretamente a filiação, na forma do art. 1.603 do Código Civil¹¹, essa alteração se demonstra necessária para o reconhecimento de vários direitos dos filhos. E, em que pese a lei de registros públicos não prever a possibilidade da multiparentalidade, a dupla filiação registral se faz possível em razão da base constitucional que a possibilita.

A guarda e visitação reguladas no Código Civil devem ser retratadas à luz do melhor interesse da criança possibilitando sempre que possível o estabelecimento da guarda compartilhada entre pais afetivos e biológicos em caso de convivência harmônica entre esses genitores. Sendo certo que a jurisprudência reconhece o direito de visitação com base na relação socioafetiva, aplicando-se inteiramente o art. 1.589¹² do Código Civil nas hipóteses de multiparentalidade, de modo que aos pais em favor dos quais não seja concedida a guarda do filho, sejam eles biológicos ou afetivos, será concedido o direito de visitação, nos moldes estabelecidos em acordo extrajudicial ou na sentença proferida pelo magistrado.

¹¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹² Ibid.



O direito a prestação alimentar previsto no art. 1.696¹³ do Código Civil não tem seus efeitos alterados em caso de reconhecimento da multiparentalidade, aplicando-se o princípio da solidariedade familiar e da não discriminação entre os filhos. Por isso, o filho decorrente da relação socioafetiva poderá pleitear de seus pais afetivos a prestação de alimentos. Aplicando-se ainda, o art. 1.694¹⁴ do Código Civil que prevê a reciprocidade entre todos os parentes com relação a obrigação de prestar alimentos.

Em suma, resta claro, que hoje não existe a prevalência de um critério de determinação da filiação, diante do reconhecimento da possibilidade da filiação socioafetiva, inclusive com a possibilidade jurídica de reconhecimento de relações multiparentais, pela doutrina e jurisprudência. Assim, a dificuldade anteriormente existente de analisar qual critério deveria prevalecer não merece mais prosperar, pois o Poder Judiciário hoje reconhece a possibilidade de coexistência entre o vínculo afetivo e o vínculo biológico, nas relações multiparentais.

3. POSSIBILIDADE DA COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE MAIS DE UM CRITÉRIO DETERMINANTE DE FILIAÇÃO

O termo filiação sofreu algumas mudanças, acompanhando a evolução do direito de família e, hoje, existe uma série de possibilidades de estabelecimento das relações parentais pelo reconhecimento de mais de um critério de filiação. A característica marcante na filiação estabelecida hoje em dia é a pluralidade.¹⁵

A existência de diferentes critérios para a determinação da filiação abre a possibilidade para o reconhecimento da multiparentalidade no sistema jurídico Brasileiro.

¹³ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ DIAS, op. cit., p.359.



Atualmente, os critérios de filiação possíveis no ordenamento jurídico, seja por previsão legal ou em decorrência de entendimento jurisprudencial e doutrinário, são o legal, o biológico e o afetivo, capazes de determinar a filiação entre ascendentes e descendentes. As principais observações sobre eles são: Primeiro, o critério jurídico se baseia em uma presunção *juris tantum* estabelecida pelo legislador nas hipóteses previamente definidas em lei, independentemente da correspondência ou não com a realidade. Já o biológico tem como fundamento a origem genética do indivíduo, e deriva da possibilidade trazida pela ciência médica por meio da realização do exame de DNA. Por fim, o critério socioafetivo, que não se baseia em nenhum dos critérios anteriores, tem como sua base o vínculo de afeto entre as pessoas.

Desse modo, o Direito estabelece algumas balizas para que no caso concreto se avalie qual critério (s) será aplicado.

Sendo assim, a verdade jurídica se baseia em presunções, a partir de um determinado fato¹⁶. Esse critério pode ser demonstrado pelas máximas do Direito Romano, *mater semper certa est* – a mãe é sempre certa – e *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* – o pai é aquele que as justas núpcias demonstram, ou seja, é o marido da mãe.

Esse critério tinha como base principal a sociedade pautada no instituto do casamento, que admitia a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentaria.

Já a verdade biológica decorre diretamente do avanço científico, pois se tornou possível graças à descoberta do exame de DNA. Por meio da utilização desse método, é possível obter uma certeza científica – quase absoluta – na determinação de quem é o pai.

O surgimento do exame de DNA e, conseqüentemente da verdade biológica, enfraqueceu o sistema de presunções estabelecido pelo critério jurídico. Hoje a doutrina e

¹⁶ SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 93.



jurisprudência reconhecem o direito à identidade genética, que nada mais é do que a possibilidade de o indivíduo buscar suas raízes, sua própria história, por meios que lhe permitam identificar seus genitores. Sendo reconhecido como direito fundamental integrante dos direitos de personalidade¹⁷.

Em que pese a importância do exame de DNA no âmbito da filiação, esse critério técnico não o torna absoluto para o reconhecimento da filiação¹⁸.

Por fim, a verdade socioafetiva, critério mais atual que os demais, decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, possibilitando que a filiação se estabeleça pelos laços de afeto, de amor, ainda que não ocorra a consanguinidade.

Em que pese, o ordenamento jurídico não conter previsão de forma expressa da filiação socioafetiva, a doutrina reconhece que, pela interpretação teleológica do *caput* do artigo 226 da CRFB/88, que sofreu uma redução textual, o legislador considerou qualquer família digna da tutela estatal.

Essas "verdades" existentes para estabelecer a filiação não são consideradas absolutas e por isso podem coexistir harmonicamente. Isso ocorre, principalmente, pela sua característica plural adotada pelo direito de famílias atual, que não adota hierarquia entre os critérios.

Desse modo, não existe a prevalência de um critério para a determinação da filiação, tendo sido reconhecida na jurisprudência atual, inclusive, a possibilidade de adoção de mais de um critério em uma mesma entidade familiar.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto ao longo desses três capítulos, pode-se chegar à conclusão de que a entidade familiar acompanhando as novas diretrizes trazidas pela

¹⁷ DIAS, op. cit., p.387.

¹⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p.587.



CFRB/88 e a evolução social vem sofrendo algumas modificações. A evolução ocorreu principalmente pela importância trazida pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da inclusão do afeto como valor jurídico.

A CRFB/88 foi responsável por ampliar o conceito de família, trazendo o princípio da igualdade de filiação demonstrando que os vínculos familiares vão muito além da consanguinidade, ou seja, do vínculo biológico. Sendo assim, conforme ocorre com a entidade familiar, a filiação passa a ser observada à luz do afeto, possibilitando que a filiação socioafetiva seja reconhecida e aplicada no ordenamento jurídico.

Ademais, o código civil em seu art. 1.593 afirma que o parentesco pode decorrer da consanguinidade ou de outra origem. Assim, pode-se incluir o parentesco decorrente das relações de afeto nessa previsão. Por isso, as relações familiares vêm sendo observadas cada vez mais pelo vínculo afetivo existente entre os seus componentes ocasionando a mitigação do caráter absoluto do vínculo biológico.

Desse modo, é possível o reconhecimento da coexistência entre o vínculo biológico e o vínculo afetivo dentro de um mesmo núcleo familiar, trazendo a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade no campo jurídico em razão de arranjos familiares atuais.

Sem dúvidas, pode-se concluir que atualmente ocorre uma flexibilização da entidade familiar, por reconhecimento do afeto como valor jurídico, atuando como fato preponderante para o reconhecimento de diferentes núcleos familiares. Diante disso, os magistrados cada vez mais se deparam com a necessidade do reconhecimento de novas formas de relações familiares. Isso ocorre principalmente pelo fato do ordenamento jurídico ter que acompanhar as evoluções e anseios da sociedade.

Como cediço, o direito de família é o campo do direito que regulamenta e protege a entidade familiar e por isso tem como base a sociedade. Assim sendo, ainda que o direito



positivado não consiga preencher todas as lacunas em razão da das diversas modalidades de família contemporânea, deve-se aplicar os princípios e garantias constitucionais para resolução de casos concretos.

Assim sendo, a conclusão que se chega é que o sistema jurídico brasileiro deve atender os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da afetividade no contexto das formações familiares. Trazendo assim, a possibilidade de reconhecimento de situações de multiparentalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 6.015, de 31 dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 27 out.2016.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html> Acesso em: 07 mar. 2016

_____. 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: 15 out.2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 out.2016

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 out.2016

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 out.2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1328380/MS. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1359215&num_registro=201102338210&data=20141103&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2016.

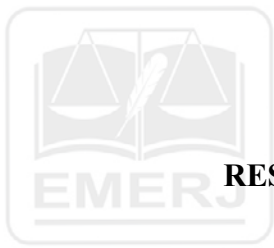
_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 898060. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.359

_____. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1998.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS COMPATÍVEIS COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Luiza Azambuja Rodrigues

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

Resumo: o presente artigo tem como escopo analisar a responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função legislativa de atos normativos constitucionais. A primeira parte da tese traz noções gerais da responsabilidade civil do Estado, apresentando-se a evolução da matéria no direito comparado e no Brasil. Ademais, examina-se o âmbito de incidência do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil. A segunda parte, por sua vez, destina-se ao tratamento dos atos legislativos constitucionais desprovidos de generalidade e aqueles dotados de generalidade e abstração. Por fim, discutem-se as soluções propugnadas à análise do tema.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato legislativo. Lei constitucional.

Sumário: Introdução. 1. Noções gerais sobre a responsabilidade civil do Estado. 2. Atos legislativos constitucionais desprovidos de generalidade e atos legislativos constitucionais dotados de generalidade e abstração. 3. Solução propugnada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a existência ou não da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos praticados ainda que em perfeita consonância com a Constituição da República. A temática se torna absolutamente relevante diante dos interesses do Estado – e, em última *ratio*, de toda a sociedade –, de não se tornar uma espécie de “segurador universal”, de modo que não recaia sobre ele a responsabilidade diante de eventual redução patrimonial ou legítima restrição de direitos dos administrados decorrentes da edição de leis.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir até que ponto deve ser aplicada a responsabilidade objetiva do Estado, sobretudo em contraposição com os princípios da supremacia do interesse público e da proporcionalidade.

Em que pese a responsabilidade civil do Estado legislador seja um tema ainda pouco desenvolvido no Brasil, não resta dúvidas acerca da relevância em identificar as hipóteses em



que o Estado, em sua atividade legiferante, estará obrigado a reparar civilmente eventuais danos causados aos cidadãos.

Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece as seguintes reflexões: até que ponto o Estado possui responsabilidade civil pela sua atividade legiferante? A questão deve ser analisada sob o prisma da correta distribuição dos ônus pela coletividade e quais os reflexos disso? Qual seria a solução para sanar tal insegurança?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar, no primeiro capítulo, as noções gerais sobre a responsabilidade civil do Estado no ordenamento pátrio. Segue-se analisando, no segundo capítulo, os atos legislativos constitucionais desprovidos de generalidade, bem como aqueles dotados de generalidade e abstração. Por fim, o terceiro capítulo traz a solução proposta aos temas discutidos.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No Brasil, a doutrina passou a aceitar a responsabilização do Estado por suas omissões legislativas inconstitucionais tardiamente. Apenas em 1988, Maria Emília Alcântara defendeu a necessidade de responsabilização civil do Estado por omissões legislativas quando a Constituição Federal expressamente houvesse fixado prazo para a elaboração de determinada norma pelo Poder Legislativo. Contudo, a autora alerta para o fato de que o princípio da efetividade da Constituição recomenda imputar ao Estado os danos provenientes da omissão legislativa ainda que por tempo razoável, desde que isso impeça o exercício de determinado direito pelo indivíduo¹.

Ocorre que a referida doutrinadora não avistou qualquer razão para que o Estado fosse responsabilizado por atos legislativos lícitos. Na visão de Maria Emília Alcântara, para

¹ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 69.



tal conformação, imperiosa se faz a configuração de dano certo, especial e anormal, o qual seja intrinsecamente decorrente do ato legislativo².

É diferente a hipótese de reconhecimento da responsabilidade civil por atos legislativos inconstitucionais, nas quais não se faz necessária a comprovação da ocorrência de danos especiais e anormais. Nessa esteira, Maria Emília Alcântara³ afirma que:

[...] se determinada lei que estabelece o zoneamento da cidade padece de vício de inconstitucionalidade material, todos os atingidos por esse ato legislativo podem pleitear indenização, ainda que em relação a alguns deles a lei não haja implicado em aniquilamento de direitos, mas em meras limitações. O que, fosse constitucional a lei, não seria viável, visto que faria parte dos encargos a serem por todos absorvidos por força da vida em sociedade e à compatibilização com o interesse coletivo.

Entretanto, como se trata de ato materialmente inconstitucional e dado que ninguém está obrigado a aceitar sem compensação comportamento injurídico, a especialidade e a anormalidade do dano.

Hoje em dia, a doutrina brasileira admite a responsabilidade por atos legislativos constitucionais, considerando aplicáveis as disposições do artigo 37, §6º, da Constituição da República como fundamento para a reparação civil. Dentre os doutrinadores brasileiros partidários de tal tese, cite-se Edmir Netto de Araújo⁴ que afirma uma responsabilidade unitária do Poder Público, nos seguintes termos:

sendo ainda de caráter unitário a responsabilidade, sua decretação, mesmo nos casos de ato legislativo formalmente regular, se rege pelos mesmos princípios da responsabilidade objetiva: dano injusto e especial referível ao Estado, mais a individualização concreta do prejuízo, impedimento ou restrição de atuação lícita do particular, repartição dos ônus e encargos sociais.

Com efeito, ressalte-se que a anormalidade, especialidade ou excepcionalidade dos danos sofridos é condição *sine qua non* para que seja imputado ao Estado o dever de indenizar. Desse modo, um indivíduo ou um grupo, que suporte prejuízos mais graves do que aqueles perpetrados ao restante da sociedade merecem a sua reparação.

Precisa, nesse sentido, a regra proposta por José Cretella Júnior⁵, que sustenta que “não se concede indenização, a não ser que o prejuízo, por sua especificidade ou gravidade, ultrapassou a média dos sacrifícios impostos pelo texto em questão”, e por Almiro do Couto e Silva⁶, que aduz:

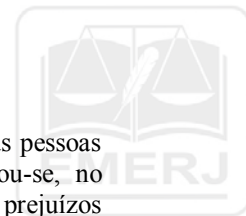
² Ibid, p. 65.

³ Ibid, p.68.

⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 817.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. *Revista Forense*, v. 286, abr./mai./jun. 1984, p. 71.

⁶ SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57, 2004, pp. 165-166.



os prejuízos que as leis e os atos normativos infralegais válidos causam às pessoas só são indenizáveis quando o dano for anormal e especial. Manifestou-se, no passado, certa tendência a reconduzir a responsabilidade do Estado por prejuízos causados em razão de suas leis à responsabilidade por atos ilícitos. Em outros termos, o Estado só seria responsável quando a lei fosse inconstitucional. Subjaz a essa posição, claramente, a idéia de que o Estado há de ter alguma culpa para ser responsabilizado, já que a noção de risco seria inaceitável para explicar a responsabilidade nessas hipóteses, pois não se pode admitir que a atividade legislativa seja perigosa. Em realidade, o princípio que determina a responsabilidade do Estado, em tais circunstâncias, é o da igualdade perante os encargos públicos. Se o Estado, procedendo licitamente, sem, pois, contrariar qualquer dever jurídico, mesmo assim causa danos aos particulares, esses são indenizáveis, desde que especiais e anormais.

Os requisitos da especialidade e da anormalidade do dano são, antes de tudo, uma exigência da razão prática, que visa a assegurar a governabilidade e, até mesmo, a própria existência do Estado. Caso todo o dano gerado por atos lícitos do Poder Público fosse indenizável, independentemente de sua especialidade e anormalidade, o Estado se veria impedido, por exemplo, de modificar seus planos econômicos. As leis geralmente são abstratas e impessoais, dificilmente podendo causar danos especiais aos indivíduos. Não se poder afastar, contudo, que excepcionalmente delas defluam efeitos desvantajosos e anormais que incidam sobre um círculo restrito de pessoas, dando assim causa à indenização, do mesmo modo como ocorre com as chamadas leis de efeitos concretos, que são, na verdade, leis somente no sentido formal, pois possuem a natureza de atos administrativos.

Perfilhando-se a essa tese, Alexandre Santos de Aragão⁷ também sustenta que:

[...] apesar de ser excepcional a responsabilidade civil do Estado por lei constitucional, pode eclodir em alguns casos, pois há hipóteses – difíceis de acontecer, é verdade – em que os danos por ela gerados preencherão aqueles requisitos da especialidade e anormalidade, sendo, portanto, danos também jurídicos, apesar de a lei não ser inconstitucional.

Por certo, a afirmação genérica e abstrata de que a responsabilidade do Estado pela edição de leis constitucionais está calcada no princípio da igualdade perante os encargos públicos é bastante temerária.

Isso ocorre, sobretudo, pela possibilidade de se criar um temor excessivo da Estado no exercício de sua atividade legiferante o, que, sem dúvidas poderia causar um indesejado risco de engessamento do ordenamento jurídico. Ora, caso assim se entendesse, o Estado estaria fadado a reparar qualquer dano causado por inovações legislativas, ainda que em perfeita conformidade com o texto constitucional, ensejando uma “panresponsabilização”, o que não se pode admitir.

Registre-se que autores, como José dos Santos Carvalho Filho⁸, sustentam a tese de que atos normativos de caráter geral produzidos em consonância com a Constituição da

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 577.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 572: “Apesar da divergência existente entre os autores nacionais, entendemos que o ato



República não ensejam a responsabilidade civil do Estado. Ao tratar das limitações administrativas à propriedade privada, o autor defende que o Estado apenas poderá ser responsabilizado nas hipóteses em que tais limitações causem prejuízos a determinados proprietários. Perceba-se que, nesse caso, a responsabilidade seria decorrente da conduta administrativa adotada pela Administração Pública e não do ato em si.

Assim sendo, segundo Carvalho Filho⁹, a responsabilidade civil verificada nessa hipótese seria decorrente da prática de atos administrativos, aplicando-se as disposições do artigo 37, §6º, da Constituição da República. Não se trata aqui de responsabilização pela edição do ato legislativo.

Em que pese a firme posição apresentada pelo referido autor, melhor entendimento é o de que a conduta administrativa levada a efeito nesses casos é decorrência necessária da edição do ato legislativo. Em razão disso, não há propriamente responsabilidade civil do Estado por ato administrativo, pois a deflagração do curso causal é feita com a edição da lei, sendo seu desfecho ocasionado pela execução administrativa¹⁰.

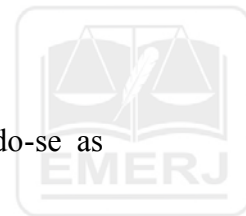
2. ATOS LEGISLATIVOS CONSTITUCIONAIS DESPROVIDOS DE GENERALIDADE E ATOS LEGISLATIVOS CONSTITUCIONAIS DOTADOS DE GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO

Os atos legislativos desprovidos de generalidade que tenham como escopo precípua atingir situações jurídicas titularizadas por sujeitos determinados, por certo, ensejarão a responsabilidade civil do Estado. Isso porque, ainda que não haja violação à Constituição da

legislativo não pode mesmo causar a responsabilidade civil do Estado, se a lei é produzida em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais. Com a devida vênia dos que pensam em contrário, não vemos como uma lei, regularmente disciplinadora de certa matéria, causa prejuízo ao indivíduo, sabido que os direitos adquiridos já incorporados a seu patrimônio jurídico são insuscetíveis de serem molestados pela lei nova, *ex vi* do art. 5º, XXXVI, da CF. Acresce, ainda, que a lei veicula regras gerais, abstratas e impessoais, não atingindo, como é óbvio, direitos individuais. Pode ocorrer, isto sim, e frequentemente ocorre, que a lei nova contrarie interesses de indivíduos ou de grupos, mas esse fato, por si só, não pode propiciar a responsabilidade civil do Estado para obrigá-lo à reparação de prejuízos. Parece-nos incoerente, de fato, responsabilizar civilmente o Estado, quando as leis, regularmente editadas, provêm do órgão próprio, integrado exatamente por aqueles que a própria sociedade elegeu – pensamento adotado por alguns estudiosos”.

⁹ Ibid., p. 805-806.

¹⁰ CARVALHO, Gabriel Almeida Matos de. *A Responsabilidade Civil do Estado por Atos e Omissões Legislativas*. Monografia (Graduação em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 101.



República, tais leis se perfazem em verdadeiros atos administrativos, subordinando-se as regras preconizadas pelo artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Conforme defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹, nesses casos, não merece aplicação o regime de responsabilidade do Estado por atos materialmente legislativos, mas sim a regra geral atinente aos atos administrativos:

com relação às leis de efeitos concretos (também chamadas de leis materialmente administrativas), que atingem pessoas determinadas, incide a responsabilidade do Estado, porque como elas fogem às características da generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, acabam por acarretar ônus não suportado pelos demais membros da coletividade. A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a sua constitucionalidade ou não. Incide, nesse caso, o princípio da repartição dos encargos sociais, como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

Não é outra a conclusão de Diogo de Figueiredo¹² ao aduzir que “se a lei possibilitar a execução direta, imediata e concreta, ela terá a natureza de um ato materialmente administrativo e, nestas condições, poderá causar danos indenizáveis de direito”.

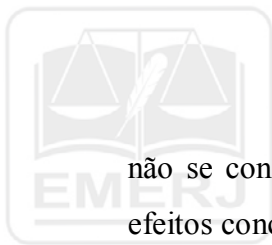
Desse modo, o debate acerca da compatibilidade de tais atos com a Constituição da República se torna irrelevante. Isso porque as leis em questão teriam natureza de ato administrativo, ensejando a responsabilidade civil do Estado por eventuais danos e prejuízos ao particular dela diretamente decorrentes.

Por certo, definir o que é “lei de efeitos concretos” não é tarefa fácil, dada a grande imprecisão desse conceito. Corriqueiramente, o Supremo Tribunal Federal se vê compelido a se manifestar sobre determinadas leis de efeitos concretos. Em sua grande maioria, essas referidas ações buscam afastar o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra leis assim classificadas.

Nessas oportunidades, a Suprema Corte atribui parâmetros para a demarcação de um conceito. Em certo julgado entendeu-se que “a determinabilidade dos destinatários da norma

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 715. Cf. ainda ARAÚJO, op. cit., p. 817: “Normalmente a lei como norma genérica e abstrata não causa, por si só, qualquer prejuízo, o qual será verificado concretamente só quando de sua execução, da prática dos atos dela decorrentes, e por isso a responsabilidade também aparece primeiro em abstrato (quando, p. ex., da declaração de inconstitucionalidade), para depois atuar efetivamente, se comprovada a existência de prejuízo referível ao Estado pela lei inconstitucional. É claro que tal não ocorre com as leis de efeitos concretos, que atingem situações jurídicas individuais; estas, entretanto, mais se aproximam, no sentido material, dos atos jurídicos administrativos”.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 659.



não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos”¹³.

Considera-se, pois, por atos legislativos de efeitos concretos, aqueles que se destinam a pessoas determinadas. Desse modo, imperiosa se faz a individualização dos destinatários de tal ato no próprio ato legislativo, não sendo suficiente que tais destinatários sejam meramente determináveis.

Para melhor compreensão do tema, é possível exemplificar essa hipótese com determinado julgado do Supremo Tribunal Federal que envolve lei que concede pensão especial a beneficiária específica, que no caso concreto, era a viúva de um ex-prefeito do Município de Porciúncula, situado no Estado do Rio de Janeiro, o qual faleceu em pleno exercício de seu mandato¹⁴.

Eros Grau¹⁵, por seu turno, alcunha as leis de efeitos concretos de “leis-medida”, aduzindo que “o legislador não se limita mais a editar comandos gerais e abstratos; a aparência da generalidade de uma lei é só uma questão de formulação lingüística – com isso, um comando concreto reveste a forma de norma geral”¹⁶. Essa tentativa de salientar o declínio do conceito clássico de lei, baseia-se na doutrina do alemão Ernst Forsthoff.

O ex-ministro da Suprema Corte defende a importância de observar os termos eleitos pelo legislador quando da produção do enunciado normativo, visto que esses são nodais para

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.137-MC/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347453>>. Acesso em: 05 out.2016. Na ocasião, foi colocada em pauta a constitucionalidade de Lei do Estado do Rio de Janeiro que cancelava multas aplicadas aos proprietários de alguns tipos de veículo, estando o acórdão assim ementado: “I. ADIn: ato normativo: caracterização. Lei que declara canceladas todas as multas relacionadas a determinados tipos de veículos, em certo período de tempo, é ato normativo geral, susceptível de controle abstrato de sua constitucionalidade: a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos. II. Infrações de trânsito: anistia por lei estadual: alegação plausível de usurpação da competência legislativa privativa da União para legislar sobre trânsito, uma vez que, da competência privativa para definir as respectivas infrações, decorre o poder de anistiá-las ou perdoá-las, o qual não se confunde com o da anulação administrativa de penalidade irregularmente imposta”.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 405.386/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>>. Acesso em 05 out.2016.

¹⁵ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 190: “Forsthoff (1973^a/9-10 e 60-61) observa que a fronteira entre a ação administrativa e a ação legislativa desaparece quando (i) o Legislativo habilita o Executivo a legislar, quando (ii) o legislador passa à ação e não edita mais regras abstratas e gerais, desenvolvendo medidas de execução, e quando (iii) o legislador se abstém de qualquer regulamentação, deixando tuto, em relação a determinada matéria, à liberdade da Administração. Na situação indicada em “i”, as leis-medida”.

¹⁶ *Ibid.*, p. 190.

que uma lei supostamente geral e abstrata possa, na realidade, veicular uma lei-medida. Com base nisso, o jurista¹⁷ conclui dispondo que:

o tema é amplamente examinado pela doutrina germânica, resultando, da sua exploração, a verificação de que as leis-medida configuram ato administrativo apenas completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. As sementes da teorização desenvolvida em torno delas, aliás, encontram-se precisamente na oposição entre ambas – lei em sentido formal e lei em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX.

Evidente, pois, que se as leis de efeitos concretos ou leis-medida se destinam a indivíduos determinados, o que as torna verdadeiros atos administrativos. Desse modo, tal hipótese se subsume a regra consubstanciada pelo art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Por outro lado, há normas que, embora sejam manipuladas para aparentarem generalidade e abstrata, na verdade não o são. Conforme salientado por Eros Roberto Grau¹⁸ essas hipóteses configuram “um comando concreto [que] reveste a forma de norma geral”. Nesse caso, a constatação de sua inconstitucionalidade seria requisito prévio para dar ensejo a responsabilidade estatal.

Firme é a posição de Yussef Said Cahali, que defende que a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos inconstitucionais configura um “falso problema”¹⁹, já que inquestionáveis em tais casos. Ocorre que o entendimento atribuído a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos conformes à Constituição Federal é flagrantemente diversa.

Por certo, a responsabilidade civil do Estado por leis constitucionais esbarra em uma discussão contundente sobre a aplicabilidade do art. 37, §6º, da Constituição da República no que tange a atividade legislativa.

Um primeiro grupo de doutrinadores considera escorreita a aplicação do art. 37, §6º, da CRFB/88 à espécie. Os defensores²⁰ dessa corrente costumam pautar-se em um suposto caráter unitário da responsabilidade do Estado:

sendo ainda de caráter unitário a responsabilidade, sua decretação, mesmo nos casos de ato legislativo formalmente regular, se rege pelos mesmos princípios da responsabilidade objetiva: dano injusto e especial referível ao Estado, mais a individualização concreta do prejuízo, impedimento ou restrição de atuação lícita do particular, repartição dos ônus e encargos sociais.

¹⁷ Ibid., p. 190.

¹⁸ Ibid., p. 190.

¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 527.

²⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 817.



Ao tratar do tema de forma objetiva, Maurício Jorge Pereira da Mota atenta que “a responsabilidade do Estado no direito brasileiro é objetiva, independe da licitude ou ilicitude do ato estatal, bastando a prova do nexo de causalidade entre a atividade estatal e o evento danoso”²¹.

Ademais, salienta o autor que a teoria, “por genérica, abrange a responsabilidade civil do Estado legislador”²². Portanto, é conveniente se afirmar que a responsabilidade objetiva por atos legislativos deita raízes no fato de que o art. 37, §6º, da Constituição Federal trouxe como inovação legislativa a mudança do termo “agentes” em vez “funcionários, quando comparado com a Constituição brasileira de 1967 (alterada pela Emenda nº 1/69). É correto afirmar que, diante disso, passou-se a abarcar servidores públicos e agentes políticos do Estado, dentre os quais também se insere as funções estatais e, por conseguinte, a legislativa²³.

Embora brilhantemente formulado tal entendimento, esse regime plural de responsabilidade civil do Estado leva o intérprete a negar a aplicação da responsabilidade objetiva. Por esse motivo, melhor entendimento está com Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴ que aduz:

o art. 37, §6º, da Constituição, menciona agentes das pessoas jurídicas de direito público, expressão genérica na qual não se assimilam os *parlamentares*, como *membros* e não *agentes de Poder*, ou seja, enquanto estejam agindo na qualidade de *legisladores*, isto porque, enquanto na distinta função de *administradores introversos* do Poder Legislativo, atuam efetivamente como *agentes públicos*. Com efeito, o *ato legislativo*, por suas características de *generalidade* e de *abstração*, não causa danos diretos, de modo que, se, por hipótese, da revogação ou da derrogação do *direito objetivo* decorrerem danos a terceiros, não serão mais que *prejuízos de fato*, e o Estado nada terá a indenizar (grifos no original).

Apresentada essa celeuma doutrinária, é possível se passar à análise da solução proposta para a configuração da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos constitucionais.

²¹ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 220.

²² *Ibid.*, p. 220.

²³ *Ibid.*, p. 122. Ver também ARAÚJO, op. cit., p. 817; e ARAGÃO, op. cit., p. 578: “Impugna-se também a responsabilidade do Estado por leis constitucionais (ou por regulamentos legais e constitucionais, pelo mesmo raciocínio) porque não haveria como existir dano jurídico, considerando que é ao Legislador que compete por excelência a criação de direitos e obrigações, cumprindo observar que, partindo do pressuposto da constitucionalidade da lei, naturalmente teria ela inclusive respeitado os direitos adquiridos envolvidos. Todavia, como vimos acima, um dos pontos que mais caracteriza a responsabilidade objetiva do Estado é a possibilidade de ela existir mesmo diante de atos legais e constitucionais”.

²⁴ MOREIRA NETO, op. cit., p. 659.

3. SOLUÇÃO PROPUGNADA

Conforme exposto, os autores que defendem a possibilidade de imputação da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos constitucionais sustentam a aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição da República. Ocorre que a subsunção da função legiferante a tal norma, teria o condão de ensejar uma responsabilidade objetiva estatal – ainda que a norma deflagradora da responsabilidade seja lícita – o que, evidentemente, é motivo de grandes preocupações doutrinárias.

É desejável que a lei, quando dotada de generalidade e abstração, não cause danos injustos a pessoas determinadas. Em regra, entende-se que o dano injusto e, portanto, indenizável, será aquele editado em descompasso com as previsões constitucionais. Contudo, essa ideia demanda análise *cum grano salis*, visto que é possível que uma lei abstratamente constitucional se revele em desconformidade com a Constituição em determinado caso concreto, em razão de suas peculiaridades.

Nesse sentir, imperiosa se faz a afirmação da relevância de um duplo exame de proporcionalidade que merece ser feito pelo intérprete tanto no plano da abstração quanto no concreto²⁵. A problemática da norma inconstitucional em concreto é explicada por Ana Paula de Barcellos²⁶ nas seguintes palavras:

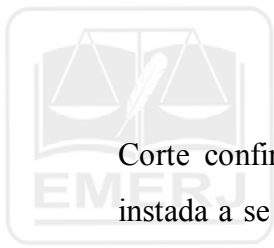
é possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional. Lembre-se que, em função da complexidade dos efeitos que pretendam produzir e/ou da multiplicidade de circunstâncias de fato sobre as quais incidem, também as regras podem justificar diferentes condutas que, por sua vez, vão dar conteúdo a normas diversas. Cada uma dessas normas opera em um ambiente fático próprio e poderá ser confrontada com um conjunto específico de outras incidências normativas, justificadas por enunciados diversos.

Em que pese a possibilidade de verificação da inconstitucionalidade em concreto já tivesse sido esboçada pelo Supremo Tribunal Federal²⁷ no passado, foi no julgamento dos Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963/PR, no mês de abril de 2013, que a Egrégia

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 231-232.

²⁷ O Ministro Sepúlveda Pertence fez referência à categoria da inconstitucionalidade em concreto na ADI nº 223, ao aduzir que a vedação ao cabimento de liminar em mandado de segurança, contida em Medidas Provisórias em vigor no início da década de 90, era constitucional em abstrato. Contudo, tal fato não excluiria a análise de casos concretos, hipóteses nas quais a medida poderia revelar-se incompatível com os ditames constitucionais (STF, DJU 29.jun.1990, ADI nº 223, Rel. Min. Paulo Brossard).



Corte confirmou a viabilidade de tal ocorrência. No citado julgado, a Suprema Corte foi instada a se manifestar sobre a possibilidade de afastamento de requisito previsto no art. 20, §3º, da Lei 8.742/93, que trata da renda mensal *per capita* familiar inferior a um quarto do salário mínimo²⁸, para a concessão de benefício assistencial aos portadores de deficiência e idosos. Extraí-se, pois, do Informativo nº 702²⁹ o seguinte entendimento:

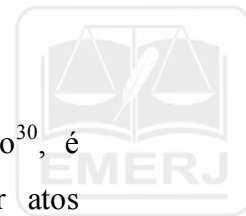
prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes, relator do RE 580963/PR. Ressaltou haver esvaziamento da decisão tomada na ADI 1232/DF — na qual assentada a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 —, especialmente por verificar que inúmeras reclamações ajuizadas teriam sido indeferidas a partir de condições específicas, a demonstrar a adoção de outros parâmetros para a definição de miserabilidade. Aduziu que o juiz, diante do caso concreto, poderia fazer a análise da situação. Destacou que a circunstância em comento não seria novidade para a Corte. Citou, no ponto, a ADI 223 MC/DF (DJU de 29.6.90), na qual, embora declarada a constitucionalidade da Medida Provisória 173/90 — que vedava a concessão de medidas liminares em hipóteses que envolvessem a não observância de regras estabelecidas no Plano Collor —, o STF afirmara não estar prejudicado o exame pelo magistrado, em controle difuso, da razoabilidade de outorga, ou não, de provimento cautelar. O Min. Celso de Mello acresceu que, conquanto excepcional, seria legítima a possibilidade de intervenção jurisdicional dos juízes e tribunais na conformação de determinadas políticas públicas, quando o próprio Estado deixasse de adimplir suas obrigações constitucionais, sem que isso pudesse configurar transgressão ao postulado da separação de Poderes.

Por certo, é cabível a indenização por danos causados pela lei abstratamente constitucional, quando essa se revelar violadora de direitos na hipótese em concreto. Contudo, é de suma importância a dupla análise de proporcionalidade e constitucionalidade da norma em tais casos.

Não obstante tal possibilidade, a doutrina atenta para um grande problema: a insegurança jurídica para o reconhecimento da responsabilidade estatal pelos atos constitucionais. Na verdade, as lacunas deixadas pela aplicação da teoria da especialidade e anormalidade, não conferem ao intérprete mecanismos precisos para diferenciar danos indenizáveis e os meros prejuízos de fato. Esse inconveniente apenas pode ser superado com a profunda análise, calcada em princípios gerais do direito, de cada caso em concreto, pois essa é única forma de se verificar eventuais inconstitucionalidades por leis abstratamente conformes à Constituição da República.

²⁸ BRASIL. Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Art. 20: “O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. §3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em 05 out.2016.



Finalmente, conforme sustentado por Gabriel Almeida Matos de Carvalho³⁰, é preciso consignar que os pressupostos da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos abstratamente constitucionais são similares aos requisitos para a responsabilidade por atos inconstitucionais, quais sejam: “(i) ilícito legislativo (ainda que, no caso das leis abstratamente compatíveis com a Constituição, o ilícito seja apenas constatado *in concreto*); (ii) dano indenizável; e (iii) nexó de causalidade entre o dano e o ato legislativo”.

CONCLUSÃO

Uma vez sedimentada a ideia corroborada por autores como Yussef Said Cahali, Cretella Júnior, dentre outros partidários, acerca da possibilidade de responsabilização do Estado por ato legislativo constitucional pautada na ocorrência danos específicos e anormais suportados por um grupo determinado de indivíduos, é necessário se atentar para a aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição da República.

Isso porque tal dispositivo enseja uma responsabilidade objetiva estatal em sua função legiferante, ainda que perfeitamente lícita, com arcabouço teórico no princípio da igualdade perante os encargos públicos. Trata-se, em verdade, de uma reprodução acrítica dos franceses ao comentarem casos como *La Fleurette* e *Bovero*, submetidos a julgamento no Conselho de Estado francês.

Ocorre que a doutrina que realizou a importação das conclusões obtidas pelos julgadores franceses, o fez sem qualquer *grano salis*. Bem vistas as coisas, tais decisões foram tomadas em um cenário carente de qualquer tipo de controle de constitucionalidade.

Tomando em conta as orientações trazidas, evidenciou-se que a aplicação do artigo 37, §6º, apenas terá lugar quanto aos atos legislativos compatíveis com a Constituição que estiverem desprovidos de generalidade, uma vez que se trataria de verdadeiros atos administrativos travestidos de lei.

Os sectários da regra da irresponsabilidade civil por atos materialmente legislativos advogam como exceção as hipóteses de inconstitucionalidade, ainda que sejam aquelas constatas somente diante do caso concreto. Ora, a *contrario sensu* é possível afirmar a lei que

³⁰ CARVALHO, op. cit., p. 111.



tem sua inconstitucionalidade verificada apenas na hipótese em concreto é, na realidade, um ato normativo lícito e constitucional quando analisada genericamente. Contudo, essa lei, aparentemente constitucional, violará direitos de destinatários determinados o que fará surgir para eles o direito à reparação civil.

Fato é que a singela afirmação sobre a existência de uma responsabilidade do Estado por leis constitucionais poderia, perigosamente, ocasionar uma esdrúxula situação de “panresponsabilização” estatal, o que não se pode admitir. Por certo, não se pode negar a existência de há atos legislativos que geram danos a grupos determinados sem obrigar, por conta disso, o Estado a custear indenizações.

Situação diversa é a dos atos legislativos que reprimam direitos sem suporte constitucional, de modo que ente político será obrigado a reparar civilmente os danos ocasionados pelo ato normativo violador.

Nota-se que é imperiosa a ilicitude do ato para que tal indenização seja cabível, motivo pelo qual não se pode conceber a objetivação da responsabilidade estatal pela sua função legiferante.

Nessa esteira, se mostra insuficiente a simples demonstração do dano e do nexo de causalidade entre o evento danos e a lei, como sustenta parte da doutrina. Pois bem, além disso, é necessário que se demonstre a efetiva contrariedade da lei face à Constituição da República. Perceba-se que a além do ônus probatório, se revela imprescindível um ônus argumentativo que se digne a afastar a presunção de constitucionalidade da lei naquela hipótese em concreto.

Com tais preceitos em mente, conclui-se que, a eficiência do Direito demanda algum grau de sistematização da matéria, afastando-se um sem número de teorias para que se proporcione segurança jurídica. Sem dúvidas, um ótimo ponto de partida é a fixação de requisito objetivo, segundo o qual a responsabilidade estatal por prejuízos decorrentes da atividade legislativa apenas pode ser reconhecida quando caracterizada a inconstitucionalidade da norma, seja abstrata ou concretamente. Isso posto, salienta-se que a simples atividade legiferante conforme a constituição não enseja danos indenizáveis, ainda que venha a causar algum prejuízo em concreto.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em 05 out .2016

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.137-MC/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347453>>. Acesso em 05 out .2016

_____. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em 05 out.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 405.386/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>>. Acesso em 05 out.2016.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Gabriel Almeida Matos de. *A Responsabilidade Civil do Estado por Atos e Omissões Legislativas*. Monografia (Graduação em Direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. *Revista Forense*, v. 286, abr./mai./jun. 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

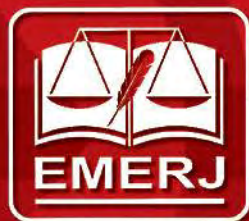
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57, 2004.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br