



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 8 - nº 2 - Tomo II (M/V) - jul.-dez. 2016



Elaborado no 2º Semestre 2016



REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 8 - nº2 - Tomo II (M/V) - 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.



Maria de Lourdes Couto Silva

TESTEMUNHO DE MENORES INCAPAZES: COLHEITA, VALORAÇÃO E APLICAÇÃO NO JULGAMENTO DE AÇÕES DE GUARDA 703

Maria Elvira Dorna Nunes

A QUESTÃO DA CELERIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COM O ADVENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 721

Mariana Silva Salomão

MARCO CIVIL DA INTERNET: PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO E SEUS DESAFIOS.....735

Mariana Tavares Melo de Araujo

LEI 13.300 DE 2016: A REGULAMENTAÇÃO DA DECISÃO FINAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES SOB A ÓTICA DO DIÁLOGO DAS INSTITUIÇÕES..... 752

Marviane Silva de Souza

O DIREITO DA RESTITUIÇÃO DO RESPONSÁVEL NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA..... 765

Michelle Azevedo da Costa

IATROGENIA E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA..... 782

Michelle Desirée Ayres Morgado

A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE A PARTIR DOS NOVOS MODELOS DE GESTÃO DO 3º SETOR 797



Michelle Souza Kropf de Abreu

O CANCELAMENTO DA SÚMULA 321 DO STJ PELA CORTE E A VEDAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CDC AOS LITÍGIOS ENTRE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA E SEUS PARTICIPANTES: OS REFLEXOS NOS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA NA 2ª INSTÂNCIA DO TJ-RJ..... 813

Michelly Ribeiro Baptista

LIBERDADE REPRODUTIVA À LUZ DO FENÔMENO EPIDÊMICO ATUAL 827

Natasha Anastácia Ferreira Pinto

O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVO AO DEFERIMENTO DE LEITOS PARA INTERNAÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE..... 844

Nathália de Oliveira Corrêa Faria Maciel

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O PRINCÍPIO DO RISCO NA VISÃO DE CLAUS ROXIN..... 858

Nelson de Almeida Pereira

DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE EM CRIMES DE LESÃO CORPORAL E DE HOMICÍDIO PRATICADOS NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL 873

Oswaldo Luiz Gomes Neto

COLABORAÇÃO PREMIADA 889

Paula Durão Alves Palmeira de Oliveira

APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA ÀS CONDUITAS DO CONSUMIDOR..... 905

Paula Regina dos Reis Bacellar

DESAFIOS DO ESTADO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA GESTÃO PENITENCIÁRIA..... 924

Pedro de Caux Lasneaux

IMPACTOS SOCIAIS E EFEITOS RESSOCIALIZADORES DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 939



Pedro Nalin Siqueira

A FALTA DE EFETIVIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AOS MENORES INFRATORES 959

Rafael Barroso Moreira Negri

A (IM)POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO TRANSACIONAR EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 982

Raphael Molinaro de Souza Esperon

PRINCIPAIS QUESTÕES PROCESSUAIS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 1003

Robério de Sousa Damião

REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA RECONHECIMENTOS DE PATERNIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA..... 1016

Stefanie Grabas Hauaji Saadi

O VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR..... 1030

Stephanie Guimarães de Moura

PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ESTADUAL N. 7.174 DE 2015 1044

Taina Maria Leonardo de Oliveira

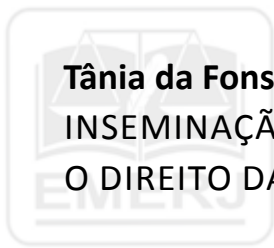
DOS LIMITES DA ORIENTAÇÃO RELIGIOSA AOS FILHOS E SUA POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO COMO PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 1058

Taise Fonseca Macedo

OS DESAFIOS DA ADOÇÃO NO BRASIL E AS ALTERAÇÕES NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ABANDONO FAMILIAR..... 1072

Talita Pereira Abreu

A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DE UMA RELEITURA DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO E DO PAGAMENTO POR PRECATÓRIOS..... 1087



Tânia da Fonseca Passos Bittencourt

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR VERSUS O DIREITO DA PROLE À IDENTIDADE GENÉTICA..... 1103

Tathiane Campos Soares

PANORAMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DAS MARCAS NÃO TRADICIONAIS 1118

Thais Constante Carvalho

A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO PELO MAGISTRADO..... 1131

Thiago Barboza Rollenberg de Almeida

MECANISMOS DE EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS INTERNAÇÕES HOSPITALARES..... 1148

Vanessa Azevedo Bento

A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL AOS CASOS DE SUICÍDIO OCORRENTES NOS DOIS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA E A NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA 1163

Vera Regina Dias dos Santos e Silva

DA VIABILIDADE DA INSERÇÃO DOS ELEMENTOS ACIDENTAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO - TERMO, CONDIÇÃO E ENCARGO - NOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA QUE VISEM À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE 1177

Victor da Mata Guimarães Correa

O PEDIDO DE VISTA NO STF ALÉM DO PRAZO REGIMENTAL: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO?..... 1194

Victor Elias Alencar Kecher

A APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS PUNITIVOS À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS 1212

Victor Hugo Isabel Pereira da Silva

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ADMISSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA 1224



Vitor Figueiredo de Oliveira

DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES DE CELEBRAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... 1241

Vivian Pinto Dias de Oliveira

A MÃE PRESA E A RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA CRIANÇA: A FALTA DE APLICABILIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS, SUPRALEGAIS E INFRACONSTITUCIONAIS1257

Viviane Silva de Sousa

A ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DO ADOLESCENTE DE 12 OU 13 ANOS À LUZ DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL 1273

TESTEMUNHO DE MENORES INCAPAZES: COLHEITA, VALORAÇÃO E APLICAÇÃO NO JULGAMENTO DE AÇÕES DE GUARDA

Maria de Lourdes Couto Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - o Código de Processo Civil, em seu art. 447, parágrafo 1º, inciso III, exclui os menores de 16 anos do rol de testemunhas, permitindo sua oitiva apenas quando necessário. O presente trabalho aponta os reflexos de tal dispositivo na oitiva de menores de idade e sua utilização como fundamento nas decisões de ações de guarda. Analisar-se-á de forma crítica a natureza jurídica dos depoimentos das crianças e adolescentes, indicando a sua validade jurídica, a forma de colheita desse depoimento e a influência que pode ter no julgamento feito pelo magistrado na ação de guarda, levando-se sempre em consideração o princípio da prevalência do melhor interesse do menor incapaz.

Palavras-chave: Direito processual civil. Menores incapazes. Prova testemunhal. Ações de guarda.

Sumário: Introdução. 1. Depoimento de menores incapazes – testemunho ou mera prestação de informações? 2. Colheita do depoimento do menor incapaz 3. Valoração e influência do depoimento do menor incapaz no julgamento do processo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o uso da prova testemunhal produzida por menores incapazes em decisões judiciais em que há um contexto de conflitos entre pais acerca da guarda dos filhos menores de idade. Procura-se demonstrar a dificuldade de o magistrado verificar qual o melhor interesse da criança em seu julgamento, tendo em vista que os filhos



menores de 18 anos são considerados incapazes, não podendo tomar decisões no âmbito civil ou ter sua vontade como causa decisiva de um conflito.

Para tanto, serão abordados os escassos entendimentos doutrinários acerca do tema, assim como análise de lei, de modo a verificar se o menor incapaz pode ser testemunha ou não, qual a validade de suas palavras e qual a influência de sua vontade exposta sobre o julgamento da ação de guarda.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se poucos dispositivos regulando o depoimento de menores incapazes. O Código Civil de 2002 estabelece que os menores de 16 anos não podem ser admitidos como testemunhas. Já o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015 estabelecem que os menores de 16 anos, incapazes, não podem depor como testemunha.

Mas o depoimento dos menores incapazes não seria indispensável para o julgamento da ação de guarda, já que apenas com a oitiva do menor seria possível ao magistrado verificar com maior clareza qual o melhor interesse para este menor? Isso levando-se em conta que é difícil produzir provas que demonstrem o verdadeiro cenário em que o menor se encontra, sendo possível apenas ao menor descrever o que ocorre no âmbito de sua família.

O tema é pouco discutido na doutrina e jurisprudência. Contudo merece ser debatido, tendo em vista que o rumo da vida de menores incapazes é definido pelo magistrado quando os seus responsáveis não chegam a um entendimento, sendo necessário recorrer ao judiciário para solucionar os conflitos sobre guarda.

No primeiro capítulo deste trabalho, será discutida a possibilidade ou não da produção de provas através da oitiva dos menores incapazes, definindo a natureza jurídica do depoimento feito, ou seja, se é prova testemunhal ou mera prestação de informações.

Em seguida, no segundo capítulo, será feita ponderação acerca do sistema de produção de provas existente no ordenamento jurídico brasileiro, discutindo-se a forma como

o depoimento do menor incapaz é colhido, para que esse tenha validade jurídica e seja livre de vícios.

Por último, no terceiro capítulo deste trabalho, após a definição da natureza jurídica do depoimento da criança ou adolescente e o modo de produção para sua validação, será discutido sobre a real aplicação, pelo magistrado, de tal prova no julgamento das ações de guarda, no intuito de cumprimento do princípio da prevalência do melhor interesse do menor.

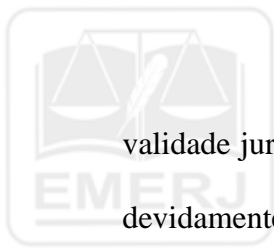
A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica e comparada, de natureza exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação e escassa doutrina.

1. NATUREZA JURÍDICA DO DEPOIMENTO DE MENORES INCAPAZES E SUA VALIDADE JURÍDICA NAS AÇÕES DE GUARDA

No ordenamento jurídico brasileiro é possível a oitiva, pelo magistrado, de crianças e adolescentes em qualquer tipo de ação, tendo em vista a previsão no Decreto 99710/90¹ (Convenção sobre os Direitos da Criança), artigo 12, de que a toda criança será garantido o direito de ser ouvido em qualquer processo judicial ou administrativo que a afete e de expressar livremente suas opiniões.

Contudo, no julgamento de ações de guarda, diante do princípio do melhor interesse do menor, surge a necessidade de se analisar cuidadosamente a natureza jurídica dessa oitiva, definindo se é prova testemunhal ou mera prestação de informações, assim como analisar a

¹ BRASIL. Decreto 999710/1990. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 set. 2016



validade jurídica de seu conteúdo, para que as palavras da criança ou adolescente possam ser devidamente utilizadas pelo magistrado.

A análise da natureza jurídica do depoimento de menores é de grande importância, tendo em vista a sua incapacidade civil² e a dificuldade da produção probatória nas ações que envolvem o âmbito familiar.

A prova testemunhal, de acordo com definição da doutrina³, é a prova oral produzida por pessoas que não fazem parte do processo, mas que possuem conhecimento acerca de fatos controvertidos relevantes para resolução de conflitos. Essa prova é feita com intuito de esclarecimento sobre fatos, possuindo a testemunha o dever de descrever os fatos conhecidos de forma objetiva, sem fazer juízo de valor.

Diante do fato de que prova testemunhal deve ser produzida sem que a testemunha emita juízo de valor, surgem dúvidas jurídicas acerca da oitiva de crianças e adolescentes, já que menores de idade possuem dificuldade para descrever objetivamente fatos, acabando por fazer juízo de valor. Ainda, especificamente nas ações de guarda, os menores acabam indicando preferências e desejos ao serem inquiridas pelos magistrados, já que nessas ações discute-se como será a vida da criança ou adolescente a partir do momento em que os pais ou responsáveis deixam de concordar acerca do melhor interesse para o menor.

A legislação, em especial o Código de Processo Civil⁴, ao regular sobre a prova testemunhal, definiu quem pode depor como testemunha, assim como definiu aqueles que não podem depor como testemunha, por serem considerados incapazes, impedidos ou suspeitos.

O CPC de 2015, em seu art.447, parágrafo 1º, inciso III (correspondente do artigo 405, parágrafo 1º, inciso III CPC de 1973) assim definiu “Art. 447. Podem depor como

² BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 3º. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 mar. 2016

³ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo de Processo Civil*. 2. tiragem Niterói: Impetus, 2014. p. 321

⁴ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: [...] III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos; [...]”.

Isso quer dizer que os menores de 16 anos são considerados incapazes para depor como testemunha, não podem ser testemunhas em qualquer processo. Afastou dúvidas acerca da oitiva de menores de idade, definindo que não é prova testemunhal.

Contudo, conforme os parágrafos 4º e 5º do artigo 447 do CPC/15, podem as crianças e adolescentes serem inquiridas pelo magistrado quando necessário.

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. (...) § 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. § 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

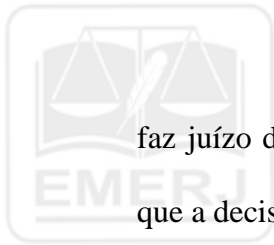
Nessa inquirição, as crianças e os adolescentes menores de 16 anos não serão considerados como testemunhas, pois para a lei os menores de 16 anos são considerados incapazes para depor como testemunha. Mas, diante da necessidade de inquirição do menor de idade, será o depoimento deste realizado na qualidade de mera prestação de informações⁵.

Conclui-se, pois, que as crianças e os adolescentes até 16 anos, ao serem inquiridas pelo magistrado, não são testemunhas, não havendo a produção de prova testemunhal. São, na realidade, informantes, que auxiliam o magistrado com a emissão de sua visão sobre determinado fato.

Ser ouvido na qualidade de informante significa dizer que o menor não ira prestar compromisso. O compromisso, levando-se em conta o disposto no art. 458 CPC/15⁶, possui o objetivo de evitar falsas afirmações, evitar que a testemunha se cale ou oculte a verdade, sob pena de aplicação de sanção penal. Atribuir tal obrigação ao menor seria irresponsável. Isso porque, por não estar emocionalmente maduro, o menor põe suas emoções em suas palavras,

⁵BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

⁶ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.



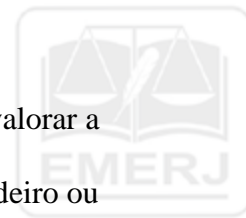
faz juízo de valor, podendo vir a fazer afirmações falsas, se calar ou ocultar a verdade para que a decisão do magistrado seja no sentido de seu interesse, e não o que for melhor para si.

Ainda, tendo em vista a inocência da maioria dos menores de 16 anos, pode o mesmo ser influenciado por um de seus responsáveis. Não é incomum ao magistrado se deparar com depoimentos simulados de crianças e adolescentes, com falsas acusações de maus-tratos, violência sexual, entre outros, em razão de influencia de um dos responsáveis, com o intuito de prejudicar a outra parte, e influenciar a decisão do magistrado sobre a guarda do menor.

Definido que o depoimento realizado em juízo por menores de 16 anos possui a natureza jurídica de mera prestação de informações, faz-se necessário analisar a validade jurídica dessa prestação de informação e de seu conteúdo, já que muitas vezes indispensável para solução do conflito sobre a guarda do menor incapaz.

Tendo em vista a impossibilidade de vasta produção de provas nas ações de guarda, verifica-se que a definição do depoimento do menor incapaz como mera prestação de informações não retira sua validade jurídica. As palavras da criança ou do adolescente não podem ser consideradas inválidas e serem descartadas pelo ordenamento jurídico pelo simples fato de serem considerados incapazes, já que muitas vezes o depoimento do menor é a única prova capaz de relatar os fatos que ocorrem no âmbito familiar, assim como demonstrar o melhor interesse do menor.

Não devem ser desprezados os fatos narrados pelo menor, mesmo que, ao depor, ele indique sua preferência, como por exemplo, de permanecer com o pai ou com a mãe. Isso porque, apesar de incapaz, o menor é ser humano dotado de inteligência, capaz de expor minimamente fatos e desejos.



O CPC definiu, em seu art. 447, parágrafo 5º CPC⁷, que ao magistrado cabe valorar a prestação de informações realizada pelo menor, verificando se o depoimento foi verdadeiro ou não, e se foi suficiente para esclarecer qual o melhor interesse do menor.

Não há como o magistrado não levar em consideração as palavras do menor, sendo válido utilizar o depoimento para tomar decisão acerca da guarda do menor e proferir a sentença. A legislação, no art. 447 p.5º CPC, permite ao magistrado atribuir ao depoimento do menor o valor que entender merecer. Caso o magistrado perceba falsidade ou simulação, por exemplo, poderá o mesmo atribuir valor ínfimo ao depoimento, assim como, se perceber verdade no depoimento da criança ou adolescente, atribuir valor alto, fundamentando sua decisão nesse depoimento, junto com outras provas, para atender ao melhor interesse do menor.

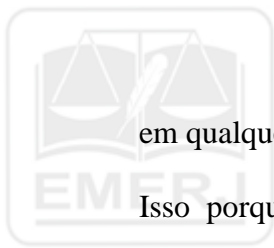
Portanto, a incapacidade não impossibilita o depoimento do menor em juízo, sendo o depoimento realizado na qualidade de mera prestação de informações, com plena validade jurídica, cabendo ao magistrado valorar o seu conteúdo conforme percepção de veracidade, ou não, no depoimento do menor de 16 anos.

2. COLHEITA DO DEPOIMENTO DO MENOR INCAPAZ

Como viu-se no capítulo anterior, a legislação processual civil⁸ exclui o menor de 16 anos do rol de testemunhas. Contudo, é possibilitado ao magistrado ouvir menores de 16 anos

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 1º III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.



em qualquer processo, na qualidade de informante⁹, possuindo suas palavras validade jurídica. Isso porque a toda criança é garantido o direito de expressar suas opiniões livremente, levando-se em consideração suas opiniões, de acordo com sua idade e maturidade, e será proporcionada a oportunidade à criança de ser ouvido em qualquer processo judicial ou administrativo que a afete¹⁰.

Todavia, para a criança ou adolescente, a situação de se apresentar perante o magistrado para ser ouvido, prestar informações ou expor suas opiniões pode ser uma experiência assustadora e traumatizante¹¹. Por essa razão, a oitiva de menores incapazes é considerada uma situação excepcional que merece especial cuidado, para garantir os direitos do menor e ter a prestação de informações a validade jurídica necessária para uso pelo magistrado em seu julgamento.

Tendo em vista a necessidade de oitiva de menores incapazes nos crescentes casos de ações de guarda, e levando em consideração a condição especial da criança e adolescente protegida constitucional, dá-se especial atenção ao momento em que ocorre e como ocorre a oitiva do menor.

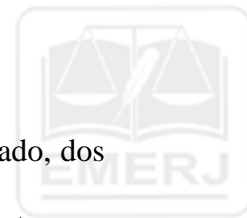
Como regra, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015¹², artigo 361 e 453, todas as provas orais devem ser produzidas em audiência de instrução e julgamento, exceto as produzidas antecipadamente ou por meio de carta. Ou seja, a oitiva de pessoas deve ser realizada na sala de audiência, com a presença do magistrado, das partes, com seus respectivos patronos. Esse é o procedimento normal para a realização da colheita do depoimento de uma pessoa, tanto na qualidade de testemunha ou na qualidade de informante.

⁹ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p. 4º e p. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

¹⁰ BRASIL. Decreto 999710/1990. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 abr. 2016

¹¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 166-167

¹² BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 361 e 453. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.



Contudo, como já dito, o procedimento de oitiva, com a presença do magistrado, dos pais e advogados, para uma criança ou adolescente, pode ser uma situação intimidante, que pode gerar traumas e conseqüências negativas. Por isso surgiu a idéia¹³ de realização, em casos especiais, da oitiva de menores incapazes de maneira diversa, em local separado das partes, com auxílio de equipes multidisciplinares. Psicólogos, terapeutas e outros especialistas auxiliam o magistrado na colheita de um depoimento juridicamente válido.

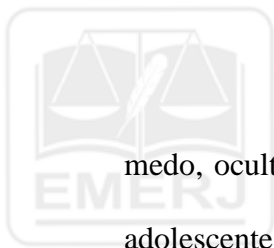
O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro criou salas especiais para a realização do chamado “Depoimento sem dano”. O “Depoimento sem dano” é um sistema de escuta judicial em que ocorra a colheita de depoimento de menores incapazes em salas especiais, separada da sala de audiência onde se encontram o magistrado, as partes e seus respectivos advogados. A realização de perguntas ao menor na sala do especial é realizada pelo magistrado por intermédio de um profissional especialista em menores, como psicólogos ou conselheiros, que recebem as perguntas por meio eletrônico. Todo o procedimento é gravado, estando o vídeo e o áudio disponíveis no processo.

O depoimento do menor é realizado, portanto, por uma espécie de videoconferência, para que o menor possa depor em um local mais adequado a sua idade e maturidade, ocorrendo de maneira livre, sem qualquer tipo de intimidação e possíveis conseqüências negativas sobre o menor.

Contudo, tais salas são aplicadas somente em casos especiais, como no caso de violência doméstica, suposta violação sexual, ou qualquer outra situação que por si só seja traumatizante.

Ressalta-se que o uso dessas salas não apenas busca proteger a criança ou adolescente, mas também a proporcionar um ambiente que gere segurança para o menor relatar os fatos que presenciou. Crianças e adolescentes quando se sentem ameaçados, ou com

¹³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 166-167



medo, ocultam a verdade ou até mesmo se calam. E, como todo ser humano, as crianças ou adolescentes podem ter caráter manipulativo ou fantasioso, sendo necessário evitar que tais características aflorem no depoimento. No ambiente correto, será mais provável que o menor exponha sua versão dos fatos sem qualquer distúrbio, simulação, ou até mesmo sem mentiras. E proporciona ao especialista que realiza as perguntas em nome do magistrado melhores condições de análise da criança ou adolescente, resultando em um depoimento juridicamente válido.

Nos casos em que o magistrado não tem acesso a esse recurso tão benéfico, como em ações de guarda simples, sem qualquer suspeita de violência doméstica ou sexual, por exemplo, fica esse limitado a realizar a oitiva do menor incapaz em audiência de instrução e julgamento, com a presença do Ministério Público e de especialista.

Neste caso, a presença dos pais na oitiva é prejudicial, pois a criança ou adolescente pode se sentir constrangido, não dizendo a verdade ou emitindo falsa vontade. Então, seria aconselhável que os pais não se encontrem na sala de audiência. Mas, diante da necessidade de preservação do princípio do contraditório e ampla defesa, seria indispensável a presença dos advogados nesse momento para dar validade jurídica ao depoimento do menor, mesmo que seja garantido no ordenamento jurídico pátrio a produção de provas pelo magistrado¹⁴.

Percebe-se, então, que, por se tratar de indivíduos ainda em desenvolvimento, possuidores de peculiaridades em razão de sua pouca idade e maturidade, deve o depoimento do menor de 16 anos ser colhido de forma especial para ter validade jurídica. Não pode o magistrado agir como se estivesse colhendo o depoimento de pessoa maior de 16 anos. Deve tomar cuidados especiais, como ter a presença de especialista, ou realizar forma especial de colheita de depoimento, para que seja feita da forma correta, sendo possível conferir validade a tal depoimento.

¹⁴BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 370. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 6 set. 2016

3. VALORAÇÃO E INFLUÊNCIA DO DEPOIMENTO DO MENOR INCAPAZ NO JULGAMENTO DO PROCESSO

Apesar de ser garantido ao menor de idade o direito de livremente expressar suas opiniões, serem essas levadas em consideração¹⁵, e terem o direito de ser ouvido em qualquer processo judicial ou administrativo que o afete, a legislação processual civil¹⁶ os exclui do rol de testemunhas. Como foi possível observar, aos menores de 16 anos é possível apenas a prestação de informações¹⁷ em ações, por não terem a qualidade de testemunha. Contudo, tal exclusão não retira automaticamente a validade jurídica de suas palavras, sendo possível ao juiz atribuir se realizada a oitiva de maneira correta¹⁸.

Verificou-se que, para ter validade jurídica, ao magistrado cabe realizar a oitiva do menor de 16 anos de forma especial, levando em consideração o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, as peculiaridades desse ser em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do menor¹⁹. Seguindo tais princípios, e utilizando instrumentos disponibilizados pelos Tribunais de Justiça, como salas especiais de depoimento, videoconferência, e equipes multidisciplinares, é possível que o depoimento do menor de 16 anos tenha validade jurídica e possa ser utilizada pelo magistrado.

¹⁵ BRASIL. Decreto 999710/1990. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 set. 2016

¹⁶BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 p.1º III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 6 set. 2016

¹⁷ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Novo Código de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2015. p. 353-357

¹⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 166-167

¹⁹BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016



Cabe, agora, levar a discussão no sentido da efetiva utilização, pelo magistrado, das informações que foram colhidas na oitiva do menor, no julgamento das causas envolvendo guarda de menor de 18 anos.

O CPC prevê em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”

Já o ECA – Estatuto da criança e do adolescente –, apesar de não tratar especificamente das ações de guarda, em diversos dispositivos²⁰ indica, além da possibilidade de oitiva do menor de idade, a possibilidade da opinião do menor ser levada em consideração pela autoridade judiciária competente.

Pela análise conjunta de tais dispositivos, chega-se à conclusão de que é possível ao magistrado utilizar a prestação de informações - realizada pelo menor de 16 anos - na formação de seu convencimento, tendo em vista que há regra sobre a possibilidade de ser levada a opinião do menor em consideração pelo magistrado. E há regra de que qualquer

²⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 100. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 100 ECA. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 100 § 5º. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 101 § 5º ECA O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 161 § 3º Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 161 § 3º ECA Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 186. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 6 set. 2016

Art. 186 ECA Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.



prova produzida em um processo pode ser indicada na decisão como razão de formação do convencimento pelo magistrado.

Mas até que ponto pode a oitiva do menor ser levada em consideração na formação do convencimento do magistrado, tendo em vista tratar-se de prestação de informações e não prova testemunhal?

No artigo 447 parágrafo 5º do CPC, há a regra de que no depoimento de menores de 16 anos, o juiz atribuirá o valor que esses depoimentos merecerem ter.

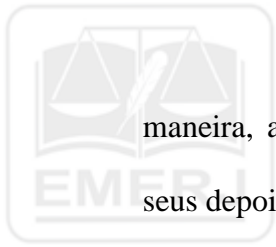
Não há qualquer regra legal, ou discussão doutrinária, sobre a efetiva valoração do depoimento do menor de 16 anos. Há apenas a previsão, como dito antes, de que ao juiz caberá o dever de valorar o depoimento do menor.

Tal liberdade de valoração veio da adoção, no Brasil, do sistema do livre convencimento motivado do juiz²¹, que prevê a liberdade do magistrado para formar seu convencimento, desde que de forma condizente com demais provas dos autos. E, prevê que as provas não possuem valor determinado em lei, e não há hierarquia entre elas.

O magistrado, portanto, na valoração das provas e julgamento da causa, levará em conta regras de experiência comum e o processo como um todo. Não há uma regra legal completa e fechada. Deu-se ao magistrado a liberdade para, dentro dos limites do ordenamento jurídico e regras procedimentais, julgar com base em provas que ele mesmo valorará de acordo com regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (regra prevista no art. 375 CPC).

O magistrado poderá livremente valorar o depoimento do menor. Para isso, seria válido fazer uma distinção dentro da categoria menores de 16 anos, entre crianças e adolescente. Isso porque nem sempre a criança e o adolescente são tratados da mesma

²¹ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Novo Código de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2015. p. 353-357



maneira, assim como possuem diferentes níveis de desenvolvimento mental, influenciando seus depoimentos.

De acordo com o ECA (Estatuto da Criança e de Adolescente), art. 2º, criança é toda pessoa entre 0 e 12 anos de idade incompletos, e adolescente é toda pessoa entre 12 e 18 anos de idade incompletos.

Ressalta-se que os adolescentes de 17 e 18 anos de idade incompletos podem ser testemunhas²², de acordo com a legislação processual civil que os inclui no rol de testemunhas, havendo-se uma exclusão destes da discussão objeto desse trabalho.

Na valoração do depoimento feito pela criança, o magistrado deverá ter especial atenção ao fato de que tais indivíduos são facilmente influenciáveis e tendem ao lúdico. Com isso, deverá o magistrado interpretar o depoimento do menor levando em conta tais aspectos, e retirar apenas os fatos que condizem com a realidade. Fazendo tal exercício, nada impede a utilização do depoimento do menor para fundamentar a decisão.

Já na valoração do depoimento feito por adolescente, o magistrado deverá ter especial atenção ao fato de que tais indivíduos estão em momento de desequilíbrio emocional, devido a mudanças hormonais, levando-os a mentir e manipular em certos casos. Com isso, devesse o magistrado saber verificar se o adolescente realmente fala a verdade ou mente, sendo levado pela emoção.

Percebe-se que, ao magistrado, recai uma enorme responsabilidade, pois esse, além de ter a função de solucionar conflitos existentes entre os pais do menor, possui o trabalho de identificar, no depoimento do menor, a realidade dos fatos e de suas vontades, verificando se suas opiniões estão livres e condizentes com a situação fática.

Ressalta-se a possibilidade de o magistrado recorrer a especialistas²³, como psicólogos e psiquiatras, para analisar o depoimento da criança ou adolescente. Tal ferramenta ajuda o

²² BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Art. 447 caput. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 6 set. 2016



magistrado no difícil trabalho de valoração do depoimento do menor, com suas vontades e opiniões.

Chega-se à conclusão, portanto, que o magistrado pode sim utilizar o depoimento do menor de 16 anos no julgamento de ação de guarda. Isso porque o magistrado pode valorar o que foi exposto pelo menor na oitiva de acordo com sua percepção acerca dos fatos expostos e com base no desenvolvimento incompleto do menor. Ainda, de acordo com demais provas produzidas no processo, poderá o magistrado decidir a causa com base na vontade e opinião do menor.

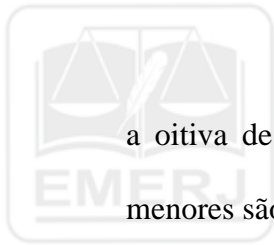
Mas forçoso seria afirmar que o magistrado poderia julgar uma ação de guarda somente com base no depoimento do menor, pois tal depoimento pode ser maculado em razão do desenvolvimento mental e emocional incompleto da criança ou adolescente.

Portanto, ao magistrado incumbe o difícil trabalho de julgar as ações de guarda no melhor interesse do menor de idade, baseando-se em regras indeterminadas existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre valoração do depoimento do menor, e pouca discussão doutrinária sobre o tema.

CONCLUSÃO

Como visto, a prova testemunhal é de extrema importância nas ações de guarda, em razão da difícil produção probatória. Diante de tal fato, discutiu-se no presente trabalho sobre

²³BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 150. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2016
Art. 150 ECA. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.



a oitiva de menores de 16, já que o CPC, em seu art. 447, inciso III, estabelece que os menores são incapazes e não podem ser testemunha.

Apesar de a legislação brasileira definir que menores de 16 anos não podem ser testemunha por serem incapazes, viu-se que não foi vedado, ao magistrado, realizar a oitiva desses – art. 447 parágrafo 4º do CPC. Isso tendo em vista que o Decreto 99710/90, em seu art. 12, explicitou o direito dos menores de serem ouvidos em qualquer processo que o afete, assim como o direito de terem sua vontade levada em consideração.

As crianças e adolescentes são ouvidas na qualidade de informantes, como estabelece o art. 447, parágrafo 5º do CPC. Isso quer dizer que os menores não prestam compromisso, não tendo o dever legal de dizer a verdade sobre os fatos exposto por si.

Com relação à valoração das informações prestadas pelo menor de idade, analisou-se o disposto no art. 447, parágrafo 5º do CPC, que defere ao juiz a valoração dos depoimentos dos menores. Chegou-se à conclusão de que, ao magistrado, caberá atribuir valor ao depoimento do menor de 16 anos, indicando se possui validade jurídica e se serve de base para uma decisão. Percebe-se, na interpretação de tal dispositivo legal, que a palavra do menor não perde automaticamente sua validade jurídica pelo simples fato de serem incapazes para testemunhar. Cabe ao magistrado estabelecer sua validade jurídica.

Para auxiliar os magistrados na oitiva dos menores de idade, facilitando a atribuição de validade jurídica aos depoimentos, viu-se que foram criados mecanismos de realização especial da oitiva do menor. Através do chamado ‘depoimento sem dano’, realizado em salas especiais existentes nos Tribunais de Justiça, com equipe interdisciplinar, é possível ao magistrado realizar uma oitiva segura para o menor, como também capaz de aumentar a probabilidade de o menor expor fatos relevantes ao processo e para a fundamentação da decisão da lide.

Contudo, tal mecanismo não existe em todos os lugares do país, nem pode ser utilizado em todos os casos. Nestas hipóteses, deve o magistrado, ao realizar a oitiva do menor, levar em conta sua idade e maturidade, além dos princípios previstos no ECA, como o princípio da proteção integral do menor e da prevalência do melhor interesse.

Tendo o magistrado conduzido de forma especial a oitiva do menor, seja em salas especiais, ou simplesmente levando em consideração, na audiência de instrução e julgamento, as peculiaridades do menor, resta ao mesmo utilizar, ou não, tal depoimento na fundamentação de sua decisão. Aqui reside o desafio do magistrado. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu critério subjetivo para valoração das provas, adotando o sistema do livre convencimento motivado do juiz, e foi possível observar que a lei não estabelece como devem ser usadas as informações prestadas pela criança ou adolescente.

Concluiu-se que resta ao magistrado o difícil trabalho de livremente valorar o depoimento do menor, desde que fundamente tal ato, já que a lei permite o uso da palavra do menor, quando necessário para resolução de qualquer lide, em especial nas ações de guarda. Poderá o magistrado decidir uma ação de guarda com base na palavra do menor. Mas desde que esteja de acordo com o melhor interesse da criança ou adolescente.

Assim, conclui-se, pois, que, ao magistrado, é facultado o poder de utilizar a palavra do menor em suas decisões, levando em conta as opiniões e vontades do menor, como estabelece a lei, mas sempre ponderando tal direito com o princípio do melhor interesse do menor.



REFERENCIAS

BEUTLER JÚNIOR, Breno; CEZAR, Jose Antonio Daltoé. *Cartilha Depoimento sem dano*. Porto Alegre: Departamento de artes gráficas – TJRS, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 7 mar. 2016.

_____. Código Civil de 2002. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 mar. 2016

_____. Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2016

_____. Decreto 999710/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 6 set. 2016

CAMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FUX, Luiz. *Novo CPC comparado: Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Novo Código de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENART, Sergio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A QUESTÃO DA CELERIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Maria Elvira Dorna Nunes

Graduada pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada em Direito do Estado e Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Juíza Leiga em atuação no TJRJ.

Resumo: O Poder Judiciário vem há muito sendo cobrado por uma postura mais ativa e atenta às questões sociais, de modo a cumprir também um papel que é seu, na busca do bem comum, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como na redução das desigualdades sociais e agindo em defesa dos direitos inerentes à cidadania. A visão de uma justiça mais rápida e célere é sempre a primeira ideia que se tem ao estar diante da atividade prestada pelos juizados especiais, sejam cíveis, criminais, federais ou de fazenda pública.

Palavras-chave: Processo Civil. Juizado Especial Cível. Princípios. Celeridade.

Sumário: Introdução. 1. A Natureza Jurídica dos Juizados Especiais Cíveis como Juízo de celeridade. 2. A industrialização das sentenças e a qualidade da prestação jurisdicional. 3. Da possibilidade de aplicação de novos institutos nos Juizados Especiais Cíveis com o advento do Novo Código de Processo Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa científica discute-se a questão da manutenção da celeridade nos Juizados Especiais Cíveis com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei n.13105/2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016. Surge um paradigma, mais moderno, que em diversos pontos está à frente da Lei n. 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis. Alguns institutos processuais foram aperfeiçoados, sendo transformados em Lei entendimentos já pacificados pelos Tribunais, e que reclamavam alteração, assim como outros foram superados.

Para tanto, abordam-se posicionamentos doutrinários a respeito do tema, postulados que vêm sendo enunciados em fóruns de discussão por especialistas em processo civil, acerca da abrangência, mudanças e aplicação do Novo Código de Processo Civil, bem como as orientações do Conselho Nacional de Justiça, sempre voltados para o tema em debate, qual seja, a celeridade.

A Constituição Federal em seu artigo 98, inciso I, determinou a criação dos Juizados Especiais e a celeridade é uma das vigas de sustentação desse microsistema, com um sistema processual próprio.



O tema é controvertido e merece atenção uma vez que o sistema dos Juizados Especiais atende a princípios que nortearam a sua criação, como a celeridade, todavia garantias legais e processuais não podem ser desprezadas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se informar acerca do movimento de criação de um novo procedimento mais célere, adequado e moderno, que se iniciou com o advento da Lei n.7.244/1984, alcançou o mais elevado patamar com a determinação de criação dos Juizados Especiais no texto da Constituição de 1988, aperfeiçoou-se com a criação da Lei n. 9.099/1995, ampliou-se com a Lei n. 10.259/2001, que criou o Juizado Especial Federal, e Lei n. 12.153/2009, que criou o Juizado Especial de Fazenda Pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando a natureza jurídica dos Juizados Especiais Cíveis como Juízo de celeridade. Faz-se uma apresentação do cenário jurídico na época, que clamava por mudanças tendo em vista propiciar um efetivo acesso à justiça.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, uma abordagem mais prática no que diz respeito à celeridade, quanto à industrialização das sentenças e a qualidade da prestação jurisdicional, observando-se a necessidade de fundamentação da sentença no Juizado Especial, como garantia constitucional, bem como a observância do princípio constitucional da razoável duração do processo.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a possibilidade de aplicação de novos institutos nos Juizados Especiais Cíveis com o advento do Novo Código de Processo Civil, abordando a existência de conflito com o aspecto da celeridade, e com o princípio da fundamentação das decisões judiciais, bem como quanto à possibilidade de aplicação dos entendimentos que vêm surgindo com os estudos realizados por processualistas civis e orientações do Conselho Nacional de Justiça.

A abordagem do objeto da pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO JUÍZO DE CELERIDADE

Em 23/02/1989, era apresentado na Câmara dos Deputados, pelo então Deputado Federal Michel Temer, o Projeto de Lei 1480¹, que no ano seguinte daria origem à Lei 9.099/90², a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que regulamentou o artigo 98, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³, que determinava a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, sendo admissível a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Na justificativa apresentada pelo Deputado foi ressaltada a vantagem do procedimento oral, que diante da concentração dos atos e imediação, conduziram a uma melhor apreciação das provas pelo juiz e a formação de um convencimento que realmente levasse em conta todo o material probatório e argumentativo produzido pelas partes, acompanhado pela celeridade, pela desburocratização e simplificação da justiça. Destacou ainda que “[...] um procedimento sumaríssimo, que não sacrifique as garantias processuais das partes e da jurisdição, é o que melhor se coaduna com causas de menor complexidade.”.

Vale nota o argumento lançado pelo Deputado no sentido de justificar a criação de juizados especiais criminais, sustentando a falácia e hipocrisia do sistema de persecução penal e o maior interesse da vítima em ver reparados seus danos, cada vez menos preocupada com a aplicação da sanção penal.

Todo esse movimento vinha no sentido de se reconhecer o acesso efetivo à justiça como um direito social básico nas sociedades modernas. No livro *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴, com a tradução da Ministra Ellen Gracie Northfleet, são

¹BRASIL. Projeto de Lei 1.480, de 24 de fevereiro de 1989. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24FEV1989.pdf#page=33>>. Acesso em: 20 nov. 2016

²BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Trad. e rev.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015. p. 27.



destacados obstáculos ao acesso efetivo à justiça, a serem transpostos, dentre eles, o obstáculo referente às custas judiciais.

As custas judiciais agem como uma barreira ao sistema, pois o alto custo das demandas impõe ao vencido os ônus da sucumbência, bem como os honorários advocatícios, que também é uma importante despesa individual para os litigantes, o custo pelo serviço do advogado também pode ser um óbice ao acesso à justiça.

Ainda no tocante à barreira das custas judiciais, segundo os referidos autores, as causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos, e, a demora na solução do conflito aumenta os custos para as partes, pressionando os economicamente fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos insatisfatórios, aquém dos seus direitos.

O Poder Judiciário vem há muito sendo cobrado por uma postura mais ativa e atenta às questões sociais, de modo a cumprir também um papel que é seu, na busca do bem comum, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como na redução das desigualdades sociais e agindo em defesa dos direitos inerentes à cidadania.

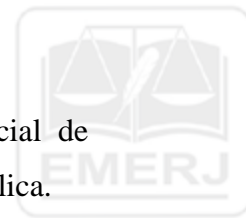
Como já dizia Piero Calamandrei⁵, no começo do Século XX, em seu *Eles os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados*,

O juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata. Só se esse homem souber pronunciar a meu favor a palavra justiça, poderei certificar-me de que o direito não é uma sobra vã. Por isso se coloca o verdadeiro fundamentum regnorum não apenas no jus, mas também na justitia. Se o juiz não tem cuidado, a voz do direito é evanescente e longínqua como a voz intangível dos sonhos. Não me é possível encontrar na rua por onde passo – homem entre os homens na realidade social – esse direito abstrato, que vive apenas nas regiões astrais da quarta dimensão. Mas posso encontrar-te, oh juiz, testemunha corpórea da lei, de que depende a sorte dos meus bens terráqueos.

Conforme já posto na introdução deste trabalho, os Juizados Especiais surgiram da ideia de criação de um novo procedimento mais célere, adequado e moderno, que se iniciou com o advento da Lei n.7.244/1984⁶, voltando a trazer aos cidadãos a garantia do valor Justiça, que alcançou o mais elevado patamar com a determinação de criação dos Juizados Especiais no texto da Constituição de 1988, aperfeiçoou-se com a criação da Lei n.

⁵CALAMANDREI, Piero. *Eles, Os Juízes, Visto Por Nós, Os Advogados*. 7 ed. Lisboa: LCE..., p. 30.

⁶BRASIL. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 20 nov. 2016.



9.099/1995⁷, ampliou-se com a Lei n. 10.259/2001⁸, que criou o Juizado Especial de Fazenda Pública, e Lei n. 12.153/2009⁹, que criou o Juizado Especial de Fazenda Pública.

Em abordagem histórica sobre a criação dos juizados especiais, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal publicou um artigo da autoria da juíza Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto¹⁰, no qual a magistrada informa que o sistema de Juizados de Pequenas Causas foi baseado na experiência nova-iorquina das *Small Claims Courts*, e que foi feita uma adaptação à realidade brasileira. A transposição do sistema americano para a realidade brasileira foi realizada de modo consciente. No início foram criados Conselhos gaúchos de conciliação e arbitramento, cujos procedimentos destinavam-se a solucionar desentendimentos, na sua maioria, entre vizinhos, e que antes de 1984, os Juizados de Pequenas Causas não eram órgãos jurisdicionais, com sua atuação limitada à condução de conciliações entre as partes e à realização de arbitramentos, caso os litigantes assim concordassem, o que mudou com o advento da Lei n. 7.244/1984.

Esclarece Alexandre de Freitas Câmara, em seu Juizados Especiais Cíveis Estaduais Federais e da Fazenda Pública, Uma Abordagem Crítica¹¹, que com a criação dos Juizados Especiais tem-se a criação de um sistema processual próprio, distinto do sistema criado pelo Código de Processo Civil¹²⁻¹³, que lhe é subsidiariamente aplicável, assim, em não havendo previsão para a prática de determinado ato processual, que seja admitido pela Lei, serão aplicáveis subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil.

Segundo o referido autor, as Leis 9.099/1995, a Lei 10.259/2001 e a Lei 12.153/2009 compõem o que ele chama de um só estatuto e deveriam funcionar como um sistema, em que todas seriam subsidiariamente aplicáveis, apesar de esse não ser o entendimento prevalente nos Tribunais.

⁷BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁸BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁹BRASIL. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 4.

¹²BRASIL. 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 nov. 2016.

¹³BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < 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: 20 nov. 2016.



Segundo definição do Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁴, os Juizados Especiais são um importante meio de acesso à justiça, pois permitem que cidadãos busquem soluções para seus conflitos cotidianos de forma rápida, eficiente e gratuita. Inerente a essa definição formulada pelo CNJ, a forma rápida e eficiente na solução de conflitos, são os aspectos que serão abordados no presente trabalho.

A definição para os juizados especiais dada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também chama a atenção para o aspecto da celeridade. Para o TJRJ os juizados especiais são um novo tempo de Justiça. Foram criados os juizados especiais no Rio de Janeiro pela Lei Estadual n. 2556/1996¹⁵, em cumprimento ao estabelecido na Lei 9.099/95, iniciando-se com a criação, na Capital do Estado, de trinta Juizados Especiais Cíveis e 30 Juizados Especiais Criminais, constituindo o que o TJRJ chama de “Justiça de Bairro”, mais próxima dos cidadãos, e que se apresenta de forma mais rápida, informal, operosa e eficiente¹⁶.

Foram ainda criados, no início, trinta e dois Juizados Especiais Cíveis e Criminais nas Comarcas de 2ª Entrância¹⁷. Varas Criminais se transformaram em Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais se desdobraram em virtude do grande aumento de ações distribuídas, como se especializaram, com a criação, por exemplo, do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, visando à prestação de um serviço melhor e, por certo, mais célere.

Portanto, a visão de uma justiça mais célere é sempre a primeira ideia que se tem quando se está diante da atividade ligada aos juizados especiais, sejam cíveis, criminais, federais ou de fazenda pública.

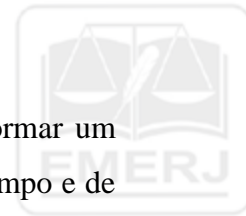
Os princípios informadores ou orientadores dos Juizados Especiais estão dispostos no seu artigo 2º, sendo eles o da oralidade simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. O vetor principal dos juizados especiais é, portanto, a celeridade, pois todos os demais princípios informadores contribuem nesse sentido. A oralidade, com a prevalência da palavra falada sobre a escrita, com a imediatidade entre o juiz e a prova oral, com a identidade física do juiz, e a concentração dos atos processuais em audiência, dentre outras medidas. A informalidade ou simplicidade, com o escopo principal de aproximar o

¹⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/juizados-especiais>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁵BRASIL. Rio de Janeiro. Lei Estadual 2.556, de maio de 1996. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/c3673b92b1caf6b6032564f8007cc6fc?OpenDocument>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro TJRJ. Disponível em http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/juiz_especiais/juiz_especiais. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro TJRJ. Disponível em http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/juiz_especiais/juiz_especiais. Acesso em: 20 nov. 2016.



jurisdicionado do órgão jurisdicional. A economia processual com a busca de formar um sistema processual capaz de produzir o máximo de resultados com o mínimo de tempo e de custos. Por fim, a celeridade, que significa não apenas demorar o mínimo possível, mas produzir o melhor resultado no menor tempo possível.

Como ensina Alexandre de Freitas Câmara¹⁸, o grande drama do processo é equilibrar dois valores igualmente relevantes: celeridade e justiça. Para o mestre, um processo extremamente demorado não é capaz de produzir resultados justos, mas, por outro lado, um processo rápido demais dificilmente será capaz de alcançar a justiça da decisão.

2. A INDUSTRIALIZAÇÃO DAS SENTENÇAS E A QUALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

No que tange ao tema a industrialização das sentenças e a qualidade da prestação jurisdicional, deve ser observada a necessidade de fundamentação da sentença no Juizado Especial, como garantia constitucional, bem como deve ser respeitado o princípio constitucional da razoável duração do processo. Não se pode deixar de iniciar esse ponto sem citar Piero Calamandrei¹⁹, que assim revela:

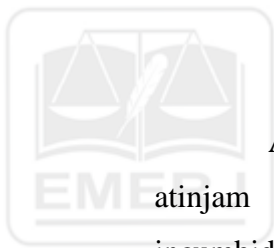
A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou. Mas quantas vezes a fundamentação é a reprodução fiel do caminho que levou o juiz até àquele ponto de chegada? Quantas vezes pode, ele próprio, saber os motivos que o levaram a decidir assim?

Segundo Alexandre de Freitas Câmara²⁰, uma das tendências do direito processual civil nos dias de hoje é a deformalização do processo, razão pela qual tem-se abandonado a então arraigada exacerbação das formas processuais, ou seja, a forma deve ser utilizada apenas como instrumento destinado a assegurar a obtenção do resultado para o qual se destina o ato jurídico, e não o processo em si mesmo.

¹⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 6.

¹⁹CALAMANDREI, Piero. *Eles, Os Juízes, Visto Por Nós, Os Advogados*. 7 ed. Lisboa: LCE, p. 143.

²⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 14.



Assim conclui o autor, que a informalidade é essencial para que os Juizados atinjam seus principais escopos, aproximando o jurisdicionado dos órgãos estatais incumbidos de prestar jurisdição.

A par da informalidade ou celeridade, deve ser observado o princípio da celeridade, que orienta o processo no sentido de ser o mais rápido possível, ou melhor, deve demorar o mínimo possível, necessário para alcançar seus fins.

Cita Alexandre Câmara²¹, José Rogério Cruz e Tucci, que conclui

Existe um inevitável tempo do processo. Todo processo precisa de um tempo para poder produzir os resultados que dele são esperados. É preciso tempo para que o demandado seja citado; tempo para que, uma vez citado, o demandado elabore sua defesa; tempo para a instrução probatória; tempo para que o juiz, valorando a prova produzida e examinando as questões de direito, forme seu convencimento e elabore a sentença; tempo para que as partes possam elaborar e interpor seus recursos; tempo para que o recurso seja apreciado adequadamente etc.

E voltando à proposição do autor, já comentada, o grande drama do processo é: equilibrar dois valores igualmente relevantes, a celeridade e a justiça.

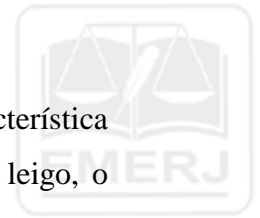
Nessa mesma linha de raciocínio, a sentença em sede de Juizados Especiais, deve observar o disposto no artigo 38 da Lei 9.099/1995, ou seja, a sentença deve mencionar os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensando relatório.

No Aviso Conjunto TJ/COJES nº 15/2016²², de 6 de junho de 2016 em seu enunciado 10.2, assim estabelece: “Sentença – fundamentação. A sentença em sede de Juizados Especiais Cíveis observará o disposto nos artigos 2º e 38 da Lei nº 9.099/95, sendo fundamentada de maneira concisa, com menção a todas as questões de fato e de direito relevantes para julgamento da lide, inaplicável o artigo 489 do Código de Processo Civil (artigo 38, caput da Lei nº 9.099/95).”

Por certo, o objetivo do referido enunciado foi evitar conflitos com o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no ano de 2015, e que trata com mais pormenores quanto aos elementos da sentença. O referido diploma legal não afasta as normas dos Juizados Especiais Cíveis, que tem um procedimento próprio, e peculiar, ainda que subsidiariamente sejam aplicadas as regras do Código de Processo Civil quando necessárias.

²¹Ibid., p. 18.

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-15-2016.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.



Ainda que a sentença em sede de juizados especiais tenha sua característica própria, e que inclusive haja a figura do projeto de sentença, elaborado por juiz leigo, o artigo 38 da Lei deve ser observado, ainda que de forma bastante simples e direta, não apenas para levar a informação de seu conteúdo ao Jurisdicionado, a quem é possível ajuizar ação sem advogado, como também para facilitar a prestação jurisdicional em todos os seus aspectos.

Não é admissível se falar em industrialização das sentenças, o que por certo é rejeitado pelos magistrados, uma vez que a simplificação do ato, desde que contenha todas as informações necessárias para indicar os elementos de convicção do juiz, atinge seu fim, quando presta com qualidade a jurisdição.

Como mencionado no início deste capítulo, em referência a Pierro Calamandrei, talvez para os juizados especiais não se faça necessário um levantamento topográfico do processo, mas é imprescindível saber o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se essa é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

3. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE NOVOS INSTITUTOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Como já anunciado, o terceiro capítulo destina-se a examinar a possibilidade de aplicação de novos institutos nos Juizados Especiais Cíveis com o advento do Novo Código de Processo Civil, abordando a existência de conflito com o aspecto da celeridade, e com o princípio da fundamentação das decisões judiciais, bem como quanto à possibilidade de aplicação dos entendimentos que vêm surgindo com os estudos realizados por processualistas civis e orientações do CNJ.

O foco da questão, ora em debate, é a aplicação da nova contagem de prazos prevista no artigo 219 do Novo Código de Processo Civil²³, contagem essa que passa a valer em dias úteis.

²³BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < 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: 20 nov. 2016.



A Lei 9.099/1995²⁴ não estabelece a forma de contagem dos prazos processuais previstos na Lei, sendo para tanto usado subsidiariamente o Código de Processo Civil de 1973²⁵, até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil de 1973 não previa regra específica para a contagem de prazos, mas em seu artigo 184 previa regras para início da contagem e término, bem como vinculava o prazo ao expediente forense. Essa era a regra geral, e a regra aplicada também em sede de juizados especiais.

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 219, determina a contagem de prazo em dias úteis, o que, por certo, fará por aumentar o prazo para a prática dos atos processuais, e a questão é saber se tal dispositivo se aplica aos juizados especiais.

Pela boa técnica, uma vez que a Lei 9.099/1995 não prevê expressamente a forma de contagem dos prazos processuais, é usado subsidiariamente o Código de Processo Civil, em preferência a qualquer outra lei. Se o Código de Processo Civil estabelece, ou passou a estabelecer com o novo diploma legal, que a contagem de prazos é em dias úteis, tal regra deve ser respeitada. Assim, a contagem dos prazos em sede de juizados especiais deve ser feita em dias úteis.

Os argumentos²⁶ contrários à contagem dos prazos em dias úteis, lançam mão do princípio da celeridade, como paradigma dos juizados especiais, e que a nova sistemática de contagem alongaria o prazo, o que seria lesivo à celeridade.

Existem posicionamentos fortes nesse sentido, já tendo a questão da contagem de prazos processuais em dias úteis sido abordada pela Ministra Nancy Andrighi, em notícia veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁷. Para a ministra, a nova regra de contagem dos prazos processuais prevista no novo Código de Processo Civil atenta contra os princípios fundamentais dos processos de competência dos juizados especiais, que devem ser norteados pela simplicidade, a economia processual e, sobretudo, a celeridade.

O posicionamento da ministra vai ao encontro do pensamento manifestado pelos magistrados no Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje), na Nota Técnica 01/2016²⁸.

Também o Legislativo vem mostrando preocupação com a questão, havendo proposições para regular o tema, o que é de fato o mais correto e adequado. Pelo Senado

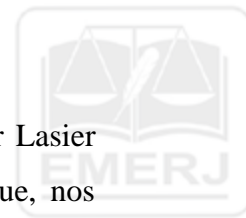
²⁴BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²⁵BRASIL. 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 nov. 2016.

²⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/juizados-especiais>>. Acesso em: 20 nov. 2016

²⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81833-corregedoria-prazos-do-novo-cpc-nao-valem-para-os-juizados-especiais>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²⁸BRASIL. Associação dos Magistrados do Brasil - AMB. Disponível em: <http://www.amb.com.br/fonaje/?p=610>. Acesso em 20 nov. 2016.



Federal foi apresentado o Projeto de Lei nº 238, de 2016²⁹, de autoria do Senador Lasier Martins, acrescenta parágrafo único ao art. 2º da Lei 9.099/95 para prescrever que, nos processos perante os juizados especiais cíveis, os prazos serão computados de forma contínua, não se suspendendo nos sábados, domingos e feriados.

Pela Câmara dos Deputados foi apresentado o projeto de lei n.º 5.038³⁰, de 2016, de autoria do Deputado Augusto Carvalho, que altera a redação do art. 219 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015; inclui o art. 28 na Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, e o art. 98 na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, visando aplicar a contagem de prazos em dias úteis aos Juizados Especiais.

Apenas a título de argumentação, o foco na alegação de celeridade com a contagem dos prazos de forma corrida, como anteriormente, parece se esvaziar se olhada de forma mais concreta. A contagem dos prazos seria alterada, na maioria das situações, em pouquíssimos dias, o que por certo não traria qualquer efeito nocivo à celeridade, tão debatida.

O olhar para a celeridade deveria ter foco diverso, como por exemplo, nas petições apresentadas nos juizados especiais, tanto as iniciais como as contestações. Muitos insistem, apegados à forma rebuscada com que sempre se apresentou o Direito, a apresentar petições desnecessariamente extensas, muitas vezes de difícil entendimento, que por certo atrapalham a adequada prestação jurisdicional.

O mesmo acontece com as contestações, especialmente aquelas apresentadas por grandes empresas, como as concessionárias de serviço público, por exemplo, que apresentam petições imensas, muitas vezes absolutamente desconectadas do objeto da demanda.

Também há aqueles que atravessam inúmeras petições no processo, pedindo uma série de providências ou prestando informações desnecessárias ao processo, fazendo com que o processo tenha que ser processado e encaminhado ao Juiz para análise, perturbando o andamento e funcionamento da serventia, e esquecendo do rito processual, que deve ser observado e respeitado. Estas são questões que precisam ser discutidas, e que implicam severamente na alegada celeridade.

Portanto, não há o que justifique a ruptura com a boa técnica, deixando-se de aplicar a contagem dos prazos nos juizados especiais pela nova sistemática do Código de

²⁹BRASIL Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126107>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

³⁰BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281309>>. Acesso em: 20 nov. 2016.



Processo Civil, somente havendo justificativa para tanto, na hipótese de alteração legislativa na Lei 9.099/1995³¹.

CONCLUSÃO

A ideia central do presente trabalho foi analisar a influência de um novo paradigma, o novo código de Processo Civil, sobre os juizados especiais cíveis, no que toca ao aspecto da celeridade, quanto à contagem dos prazos processuais, e a observação das regras legais para tanto.

Há um certo conflito entre os aplicadores do Direito acerca da necessidade de se observar a lei, ainda que ela seja analisada de forma sistemática e teleológica, por certo. Essa visão finalista da lei não permite que a regra legal seja simplesmente excluída, abolida, sob a invocação de princípios por si sós, e sem qualquer razão.

Ainda que se fale em celeridade nos juizados especiais cíveis, a celeridade é afeta a qualquer ramo do direito, e se encontra inserida no princípio da duração razoável do processo, inserido na Constituição Federal de 1988.

Existem questionamentos muito mais importantes e que não causam tanta perplexidade como a que está causando a discussão acerca da aplicação da nova contagem dos prazos. Um desses questionamentos é o novo paradigma que temos, o processo eletrônico. Por certo o processo eletrônico não é apenas, ou não deveria ser, um processo computadorizado.

O processo eletrônico deve ser visto como uma nova forma de processo, a simplificar aquilo que sempre foi custoso e complexo, e que prende inúmeros advogados aos grilhões da complexidade, na contramão do que deveria ser simples, direto, acessível.

Os processos ainda estão presos ao passado, ainda que se apresentem de forma eletrônica. É necessária uma visão mais moderna e útil do processo, fazendo com que ele de fato seja justamente célere, do começo ao fim.

Discussões como a que foi trazida por este singelo trabalho demonstram o quão arraigada ainda é a visão do processo, como a boa técnica é desrespeitada, e o muito que ainda se tem por melhorar.

³¹BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Projeto de Lei 1.480, de 24 de fevereiro de 1989. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24FEV1989.pdf#page=33>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 20 nov. 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 nov. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < 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: 20 nov. 2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126107>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281309>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81833-corregedoria-prazos-do-novo-cpc-nao-valem-para-os-juizados-especiais>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/juizados-especiais>. Acesso em: 20 nov. 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Disponível em <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/juiz_especiais/juiz_especiais. Acesso em: 20 nov. 2016.



_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-15-2016.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Associação dos Magistrados do Brasil - AMB. Disponível em: <http://www.amb.com.br/fonaje/?p=610>. Acesso em 20 nov. 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, Os Juízes, Visto Por Nós, Os Advogados*. 7. ed. Lisboa: LCE.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 2002.

MARCO CIVIL DA INTERNET: PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO E SEUS DESAFIOS

Mariana Silva Salomão

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada. Pós-graduanda na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Resumo – O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) foi a primeira lei construída de forma colaborativa entre governo e sociedade, utilizando a internet como plataforma de debate e, sem seu texto, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet. Após a sua promulgação, contudo, surgiram controvérsias acerca de sua regulamentação e, principalmente, de sua aplicação aos casos concretos, notadamente a quebra de sigilo das conversas do aplicativo *WhatsApp* no âmbito das investigações policiais. A essência do presente trabalho é abordar o contexto de surgimento da lei, bem como os motivos que a ensejaram, analisar os princípios que a regem e ponderar a aplicação do princípio da liberdade de expressão no contexto do bloqueio do aplicativo de mensagens instantâneas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Marco Civil da Internet. Princípios. Liberdade de Expressão.

Sumário – Introdução. 1. Histórico do Marco Civil da Internet. 2. Os Pilares do Marco Civil da Internet. 3 – Os Desafios da Aplicação do Marco Civil da Internet nos Casos que Envolvem o Bloqueio do *WhatsApp*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/14, que entrou em vigor em 23 de junho de 2014. O objetivo do presente estudo é apresentar o contexto histórico do surgimento da necessidade de regulamentação do uso da internet no Brasil, bem como apresentar os principais aspectos de uma das controvérsias que se tem hoje acerca da aplicação da lei, qual seja, a fundamentação das decisões judiciais que determinam o bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp* em todo o território nacional.

O Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet. É fruto de um amplo debate, que se iniciou em 2009 por meio do Ministério da Justiça em conjunto com alguns professores da Fundação Getúlio Vargas – FGV e que, posteriormente, se estendeu aos diversos setores da sociedade, por meio de redes sociais, plataformas oficiais, *blogs*,

sites como o e-democracia, etc. Foi, assim, a primeira lei elaborada de forma colaborativa pelo governo e pela sociedade, utilizando o meio virtual.

Com a sua promulgação, porém, surgiram também os desafios de sua aplicação aos casos concretos, sendo que um dos mais debatidos, atualmente, é aquele que versa sobre o bloqueio do aplicativo *WhatsApp* em todo o território nacional, em virtude do descumprimento de decisões judiciais, no âmbito de investigações policiais, que determinam a quebra da criptografia de ponta a ponta utilizada no envio de mensagens.

Nesse sentido, este trabalho visa abordar essa controvérsia, por meio da análise do princípio da liberdade de expressão, um dos pilares do Marco Civil da Internet. Em outras palavras, busca-se discutir se referidas decisões judiciais estão de acordo com o conteúdo da lei ou se vão de encontro aos seus princípios, de modo a concluir que elas realizam uma interpretação errônea dos dispositivos ali dispostos, uma vez que determinam a suspensão da infraestrutura da rede, o que é expressamente vedado pelo artigo 9º da Lei n. 12.965/14.

Para tanto, o primeiro capítulo traça o histórico do Marco Civil da Internet, desde o advento do projeto de lei conhecido como “Lei Azeredo”, que pretendia criminalizar determinadas condutas da rede, e a resposta de diversos setores da sociedade e do governo, que defendiam a necessidade de criação de leis civis, antes que se abordasse o tema criminalmente. Isso para que se possa entender as controvérsias que existem hoje acerca de sua aplicação.

O segundo capítulo, por sua vez, apresenta os pilares da lei – neutralidade da rede, liberdade de expressão e privacidade. Por meio desses princípios, busca-se orientar os operadores de direito na aplicação dos dispositivos constantes no Marco Civil da Internet.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta uma das principais controvérsias acerca da aplicação da mencionada legislação, que é o bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp* por meio de decisões judiciais proferidas por juízes de primeira instância, como sanção ao *Facebook*, sociedade proprietária do aplicativo, que alega dificuldades na quebra da criptografia de ponta a ponta utilizada nas mensagens, apesar das ordens judiciais nesse sentido. Para isso, serão apresentados os argumentos a favor e contra a suspensão das atividades do *WhatsApp*, bem como as recentes decisões dos Tribunais Superiores sobre o tema.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia histórica e bibliográfica, notadamente livros, artigos científicos, reportagens, legislação e jurisprudência sobre o Marco Civil da Internet.

1. HISTÓRICO DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/14¹, foi sancionado pela ex-presidente Dilma Roussef em 23 de abril de 2014 e entrou em vigência em 23 de junho do mesmo ano. Antes, porém, de se aprofundar os principais aspectos da lei, é necessário traçar o histórico que levou à sua criação.

Trata-se de uma lei que surgiu como resposta ao Projeto de Lei 84/99², apelidado de “Lei Azeredo”, por ter sido defendida pelo então senador Eduardo Azeredo (PSDB-MG), que dispunha sobre crimes cometidos na área de informática e suas penalidades, bem como sobre o acesso não autorizado de informações privadas por terceiros, que passaria a depender de autorização judicial. Esse projeto foi duramente criticado por diversos setores da sociedade civil.

Nas palavras de Ronaldo Lemos³, diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-RJ)

Com uma redação ampla demais, ela transformava em crimes condutas comuns na rede, praticadas por milhões de pessoas. Por exemplo, criminalizava práticas como transferir as músicas de um *Ipod* de volta para o computador. Ou, ainda, criminalizava práticas como desbloquear um celular para ser usado por operadoras diferentes. Ambas punidas com até quatro anos de reclusão. E esses são apenas dois exemplos pontuais. Se aprovada como proposta, aquela lei significaria um engessamento da possibilidade de inovação no país. Seria uma lei que nos engessaria para sempre como consumidores de produtos tecnológicos, criminalizando diversas etapas necessárias para a pesquisa, inovação e produção de novos serviços tecnológicos.

Foi nesse contexto, como reação à Lei Azeredo, que surgiu a ideia de criação de uma lei civil que se contrapusesse àquela lei criminal que estava em discussão. Isso porque, segundo Lemos⁴, as regras penais precisam ser criadas a partir da experiência das regras civis que, por sua vez, precisam ser claras, de modo a trazer segurança aos usuários da rede.

¹ BRASIL, Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> . Acesso em 30 set. 2016.

² SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara nº 89, de 2003*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63967>>. Acesso em 30 set. 2016.

³ LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como Símbolo do Desejo por Inovação do Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 4.

⁴ _____, Ronaldo. *Internet brasileira precisa de marco regulatório civil*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em 30 set. 2016.

Nesse contexto, em 2009, o Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br⁵ aprovou uma resolução com os princípios para a internet do Brasil, dentre eles liberdade, igualdade e direitos humanos, inovação, neutralidade da rede, etc. No mesmo ano, o Ministério da Justiça, em conjunto com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas⁶, construiu uma plataforma para a construção colaborativa de um Marco Civil da Internet, naquilo que, segundo o diretor do ITS-RJ⁷, foi “uma iniciativa pioneira na ideia de uma democracia expandida”.

Por meio de debates, estabeleceu-se quais seriam os princípios da lei, quais sejam, liberdade de expressão, privacidade, neutralidade da rede, proteção de dados pessoais e preservação da natureza participativa da internet e, depois disso, construiu-se o texto legal que os concretizaria, que culminou na minuta do anteprojeto do Marco Civil, levado a debate público entre 8 de abril e 30 de maio de 2010.

Em 24 de agosto de 2011, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2126/2011⁸, pelo Poder Executivo, que estabelecia os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, cujo relator foi o deputado Alessandro Molon (Rede – RJ). A partir daí, abriu-se mais uma vez um amplo debate virtual por meio do portal e-democracia, para que a sociedade pudesse contribuir na discussão sobre o projeto.

Com as revelações de Edward Snowden, ex-analista de sistemas da *National Security Agency* (NSA), que davam detalhes sobre os programas de vigilância do governo dos Estados Unidos, notadamente a espionagem de diversos países do mundo, dentre eles o Brasil, a proposta do Marco Civil da Internet passou a tramitar em regime de urgência constitucional, a teor do artigo 64, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal⁹.

⁵ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Resolução CGI.br/ RES/2009/003 P*. Disponível em: <<http://cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 30 set. 2016.

⁶ LEMOS, op. cit., 2014, p. 5.

⁷ Ibid.

⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 2126/2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em 1 out. 2016.

⁹ BRASIL, art. 64 da CRFB/88. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. § 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior. § 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

Assim, em 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet foi sancionado pela ex-presidente Dilma Rousseff, entrando em vigor após 60 dias – em 23 de junho daquele ano. A lei é uma espécie de “constituição” da internet e, certamente, um divisor de águas dos direitos e deveres dos usuários de internet.

Como bem destaca Ronaldo Lemos¹⁰

A situação pré-Marco Civil era de completa ausência de regulamentação civil da internet no país. Ao contrário do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse âmbito não representa a vitória da liberdade e do *laissez-faire*. Ao contrário, a ausência de uma legislação que trate das questões civis da rede leva a uma grande insegurança jurídica. Uma das razões é que juízes e tribunais, sem um padrão legal para a tomada de decisões sobre a rede, acabam decidindo de acordo com regras muitas vezes criadas *ad hoc*, ou de acordo com suas próprias convicções.

Após o início de sua vigência, iniciaram-se os debates sobre a regulamentação de seus artigos, como a neutralidade da rede, princípio de suma importância para os usuários de internet. Surgiram, também, intensos debates sobre a aplicação da lei aos casos concretos, como é o caso das decisões judiciais que determinam o bloqueio de aplicativos de mensagens, assunto que será abordado adiante.

2. OS PILARES DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet foi elaborado tendo por base por três pilares, quais sejam a neutralidade da rede, a liberdade de expressão e a privacidade, que são arrolados também como princípios do uso da internet no Brasil de acordo com o artigo 3º da Lei nº 12.965/14¹¹. Pretende-se, com eles, manter o caráter aberto da internet, bem como fornecer diretrizes para a doutrina e para a atuação dos Tribunais.

A seguir, passa-se a discorrer detalhadamente sobre esses pilares.

O primeiro deles, a neutralidade da rede, foi, certamente, um dos pontos mais controversos e que mais gerou polêmicas durante os debates para a aprovação do Marco Civil da Internet. Pedro Henrique Soares Ramos¹² a define como “um princípio de arquitetura de rede que endereça aos

¹⁰ LEMOS, op. cit., 2014, p. 10.

¹¹ BRASIL, vide nota 1.

¹² RAMOS, Pedro Henrique Soares. *O que é neutralidade da rede?*. Disponível em: <<http://www.neutralidadedarede.com.br/>>. Acesso em 15 set. 2016.

provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, sem discriminação em razão de seu conteúdo ou origem”.

Apesar de previsto no artigo 9º da Lei n. 12.965/14¹³, a neutralidade da rede não estava regulamentada até maio de 2016, em razão do conflito de interesses existente entre as companhias de telecomunicação, responsáveis pelo acesso à internet, e os usuários da rede. Isso porque aquelas argumentavam que esse pilar do Marco Civil da Internet provocaria a perda de um instrumento de controle das suas redes, o que acarretaria a redução dos lucros e a diminuição de seu potencial de eficiência¹⁴. Os usuários e movimentos sociais, por sua vez, defendiam que a neutralidade significaria uma garantia de que não teriam barreiras reduzidas e de que os provedores de internet deveriam oferecer a todos os usuários da rede a mesma velocidade, independentemente das características do arquivo transmitido¹⁵.

Em 11 de maio de 2016, após amplos debates com representantes de toda a sociedade, a ex-presidente Dilma Rousseff editou o Decreto n. 8.771/16 que regulamenta a Lei nº 12.965/14¹⁶ e define, em seu artigo 3º, que a exigência de tratamento isonômico de que trata o artigo 9º do Marco Civil da Internet¹⁷ deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e, também, que as discriminações ou a degradação de tráfego são medidas excepcionais, que somente ocorrerão quando indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência (artigo 4º, Lei n. 12.965/14¹⁸).

¹³ BRASIL, Art. 9º, Lei n. 12/965/14. O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. § 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência. § 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve: I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia; III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais. § 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados respeitado o disposto neste artigo.

¹⁴ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Quem ganha e quem perde com a neutralidade da rede?*. Disponível em: <<http://www.neutralidadedarede.com.br/>>. Acesso em 15 set. 2016.

¹⁵ MOLON, Alessandro. “Neutralidade de rede” na internet e o interesse do usuário: o obvio difícil. Disponível em: <<http://molon.com.br/o-globo-neutralidade-de-rede-na-internet-e-o-interesse-do-usuario-o-obvio-dificil/>>. Acesso em 15/9/2016.

¹⁶ BRASIL, vide nota 1.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

Assim, o princípio da neutralidade da rede passa a impedir que as empresas de telecomunicações ofereçam pacotes com valores diferentes de acordo com o uso da rede. Trata-se de uma grande vitória para os usuários de internet, visto que agora os provedores só podem cobrar pela velocidade da conexão, sem discriminação em relação ao conteúdo que trafega em seus cabos.

A liberdade de expressão, enquanto segundo pilar do Marco Civil da Internet, é um direito fundamental que está previsto no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal¹⁹ que determina que é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. Esse direito também tem sua importância positivada no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU²⁰ de 1948 e no artigo 13.1 do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969²¹, a seguir transcritos:

Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado em suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente e por escrito, ou em forma expressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Assim como os outros direitos fundamentais e por coexistir com eles, sofre certas limitações, tais como a vedação ao anonimato, o direito de resposta, etc. Isso significa que um eventual abuso no exercício da liberdade de expressão – o que ocorre, por exemplo, em discursos racistas e difamatórios - não isenta seu emissor de eventual sanção judicial, pois, conforme leciona Grandinetti²², como qualquer outra ação humana, não pode causar prejuízo a bem jurídico de outrem, seja ele material ou imaterial, já que à livre expressão humana não corresponde a impossibilidade de reprovação.

O artigo 8º do Marco Civil da Internet²³ prevê que o direito à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Protegeu-se também esse direito no artigo 19, que dispõe, já no *caput*, que o provedor de aplicações da internet

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 1 out. 2016.

²⁰ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 1 nov. 2016.

²¹ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 1 out. 2016.

²² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.99.

²³ BRASIL, vide nota 1.

somente será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Com isso, agora apenas os conteúdos que sejam comprovadamente ofensivos e criminosos é que deverão ser retirados do ar pelos provedores de internet. Buscou-se, assim, proteger a remoção arbitrária de conteúdo, claramente atentatória à liberdade de expressão.

Para tanto, como defende Celina Beatriz²⁴, antes que se proceda à retirada de um conteúdo da rede deve ser feita uma avaliação imparcial pelo Judiciário respaldada pelo devido processo legal. Ainda segundo a autora, antes do Marco Civil da Internet não havia uma diretriz de como isso deveria ser feito, mas agora, após a sua vigência, os provedores de conteúdo só serão responsabilizados se, após serem notificados por uma ordem judicial específica, não retirarem o conteúdo.

Por último, o princípio da privacidade, que é também direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal²⁵, garante que a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, assim como o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial nos casos estabelecidos em lei.

O Marco Civil consagrou a privacidade e a proteção dos dados pessoais como princípios do uso da internet e, em seu artigo 7º, incisos VIII e IX²⁶, assegurou aos usuários o consentimento expresso e informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção dos dados pessoais, estabelecendo as hipóteses em que eles poderão ser utilizados.

Conforme leciona Caio César Carvalho Lima²⁷, dados pessoais podem ser entendidos como informações que permitam a identificação, direta ou indireta, de um usuário, por meio de dados cadastrais – como nome, endereço, e-mail, etc. – e técnicos – endereço de IP (*Internet Protocol*).

O Marco Civil estipula um prazo para que os provedores de acesso mantenham esses dados, que é de um ano para os provedores de conexão e de seis meses para os provedores de

²⁴ BEATRIZ, Celina. Os Direitos Humanos e o Exercício da Cidadania em Meios Digitais. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 70.

²⁵ BRASIL, vide nota 19.

²⁶ _____, vide nota 1.

²⁷ LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à luz do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 155.

aplicações de internet, a teor dos artigos 13 e 15 da Lei n. 12.965/14²⁸, respectivamente. Esses registros eletrônicos só poderão ser disponibilizados, de forma autônoma ou associados a dados pessoais, mediante ordem judicial, desde que respeitados, porém, o direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais.

Por fim, importante ressaltar que o artigo 14 do Marco Civil da Internet²⁹ vedou aos provedores de conexão guardar os registros de acesso a outras aplicações da internet, o que só poderá ser feito caso o titular dos dados tenha consentido previamente (artigo 16, Lei n. 12.965/14³⁰). Garantiu-se, assim, maior segurança na navegação, outra grande vitória dos usuários da internet.

3. OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET NOS CASOS QUE ENVOLVEM O BLOQUEIO DO APLICATIVO *WHATSAPP*

Recentemente, o Marco Civil da Internet foi alvo de polêmicas envolvendo o bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp*, de propriedade da empresa *Facebook*. Por quatro vezes, entre fevereiro de 2015 a julho de 2016, decisões judiciais determinaram que as provedoras de internet bloqueassem os domínios e subdomínios do mencionado aplicativo, sob o fundamento de que a empresa se negara a fornecer informações necessárias a investigações policiais.

As decisões judiciais em questão objetivavam que o *WhatsApp* desabilitasse a criptografia de ponta a ponta, que impede que outras pessoas, além da destinatária, tenham acesso às mensagens enviadas. Como bem ilustra Gabriel Aleixo³¹, pesquisador do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, em uma entrevista dada à BBC Brasil, se “a mensagem enviada por meio do aplicativo for interceptada, a pessoa que a interceptou só terá acesso a um bloco de texto sem qualquer sentido”. Ainda de acordo com o pesquisador³², “só quatro ou cinco governos do mundo talvez consigam quebrar a criptografia que o *WhatsApp* implementou. Para um *hacker*, a chance é muito pequena. É um sistema bastante rigoroso”.

²⁸ BRASIL, vide nota 1.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ COSTA, Camilla. *Quatro coisas que mudam com a criptografia do WhatsApp – e por que ela gera polêmica*. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160406_whatsapp_criptografia_cc>. Acesso em 30 set. 2016.

³² Ibid.

Por isso, o *Facebook*³³ – empresa proprietária do *WhatsApp* – alegou dificuldades técnicas em compartilhar as informações necessárias para as investigações, o que ensejou bloqueios do aplicativo em todo o país por horas, até que os Tribunais derrubassem as decisões judiciais que os determinavam.

As determinações para que as operadoras de telecomunicação bloqueassem o aplicativo de mensagens de texto se basearam na interpretação do artigo 12 da Lei n. 12.965/14³⁴, que versa sobre as sanções aplicáveis àqueles que infringirem o disposto nos artigos 10 e 11 desta lei. A teor do inciso III daquele artigo, seria possível que o Poder Judiciário suspendesse as atividades da empresa que não disponibilizasse os registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de mensagens privadas, quando solicitados por ordem judicial.

Não obstante, o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-Rio)³⁵ defende que se desenvolveu, nesses casos, uma interpretação errônea do aludido dispositivo. Isso porque, conforme explica, a partir de uma leitura do artigo 12 com o artigo 11, ambos do Marco Civil da Internet³⁶, o que se depreende é que a suspensão não seria das atividades do aplicativo como um todo, mas tão somente da coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet.

Ainda segundo o ITS-Rio³⁷:

Assim, em momento algum a lei determina que os serviços da empresa possam ser suspensos ou proibidos – o que seria aliás inconstitucional – mas apenas autoriza a suspensão das atividades descritas no artigo 11. Tal modelo de sanção foi adotado com o intuito de pressionar economicamente as empresas, devido ao fato de que tais atividades, como coleta e tratamento de dados, geram uma parte considerável da receita destas empresas.

³³ WHATSAPP *bloqueado*: relembre todos os casos de suspensão do app. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>>. Acesso em 30 set. 2016.

³⁴ BRASIL, vide nota 1.

³⁵ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Regulamentação do Marco Civil da Internet*/ contribuição do ITS para o debate público. Disponível em: <<http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/12/Cartilha-ITS-consulta-decreto-MC1.pdf>> Acesso em: 30 set. 2016.

³⁶ BRASIL, vide nota 1.

³⁷ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE, vide nota 23.

Nesse mesmo sentido se manifestou o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec³⁸. Para o instituto, referindo-se sobre a decisão judicial de suspensão do *WhatsApp* por 48 horas, proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, o bloqueio provocou enorme impacto no país, na medida em que mais de 90 milhões de consumidores se viram privados do acesso ao serviço de mensagens. Para o Idec³⁹, “o bloqueio do aplicativo colocou em evidência a necessidade de uma interpretação dos artigos 10 e 12 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) que seja favorável ao interesse coletivo e aos consumidores no país”.

Em 19 de julho de 2016, o Supremo Tribunal Federal⁴⁰ determinou o restabelecimento dos serviços de mensagens do *WhatsApp*, por meio de liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 403, após a suspensão das atividades do aplicativo por decisão judicial proferida pela juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias (RJ).

Em análise preliminar, o ministro entendeu que o bloqueio do aplicativo de mensagens é medida desproporcional por afetar uma série de usuários de internet, bem como a própria atividade jurisdicional, que utiliza esse tipo de comunicação inclusive para a intimação de despachos e decisões judiciais. Além disso, ressaltou que a medida também atinge o princípio da liberdade de expressão, positivado no artigo 5º, IX da Constituição Federal⁴¹ e, também, no artigo 3º, I da Lei n. 12.965/14⁴².

Nas palavras de Ricardo Lewandowski⁴³:

Ora, a suspensão do serviço de aplicativo *WhatsApp*, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa.

³⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Nota técnica sobre a decisão de bloqueio do WhatsApp*. Disponível em: < <http://www.idec.org.br/pdf/nota-tecnica-bloqueio-whatsapp.pdf> >. Acesso em 1 out. 2016.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Presidente do STF determina restabelecimento imediato dos serviços do WhatsApp*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=32119> >. Acesso em 1 out. 2016.

⁴¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 1 out. 2016.

⁴² _____, vide nota 1.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 403 MC/SE. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf> >. Acesso em 1 out. 2016.

Por outro lado, a juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza⁴⁴, que determinou o bloqueio do *WhatsApp* em todo o país em julho de 2016, entende que o aplicativo se tornou uma ferramenta para criminosos, uma vez que eles sabem que ficam impunes ao usá-lo. A magistrada informou que o *Facebook* foi notificado por três vezes e, ainda assim, não cumpriu a decisão de interceptar as conversas do aplicativo no momento em que elas são transmitidas, antes de serem criptografadas.

No mesmo sentido, a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ)⁴⁵ manifestou o seu apoio à decisão da magistrada por entender que nenhuma pessoa ou organização pode se recusar a cumprir ordem judicial proferida no país. Para a associação, não é a primeira vez que o aplicativo impõe dificuldades a investigações, inclusive ao responder aos ofícios em inglês, como se essa fosse a língua oficial do Brasil. Por fim, ressalta que as organizações criminosas se aproveitam disso para se comunicar pelo aplicativo, a fim de planejar e praticar crimes.

Apesar dessas manifestações, e sem entrar no mérito das decisões judiciais em debate, mas tão somente do fundamento legal dado a elas, é importante destacar que não há no Marco Civil da Internet qualquer dispositivo que disponha acerca do bloqueio de aplicativos como um todo. Isso porque o artigo 12, III e IV⁴⁶ da aludida lei é claro ao dispor que a suspensão ou proibição das atividades se referem aos atos previstos no artigo 11, quais sejam, coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações, que são ações que ocorrem na camada de conteúdo da internet, e não em sua infraestrutura⁴⁷.

O que aconteceu no país, quando do bloqueio do *WhatsApp* por determinações judiciais, foi, segundo Ronaldo Lemos⁴⁸, a suspensão da “transmissão, comutação e roteamento” dos dados do aplicativo, ou seja, o bloqueio da infraestrutura de rede, o que é expressamente vedado pelo

⁴⁴ AMAERJ. *Folha de São Paulo*: sem rastreio, WhatsApp “dá mais força para quem descumpra a lei”, diz juíza. Disponível em: < <http://amaerj.org.br/noticias/folha-de-s-paulo-sem-rastreio-whatsapp-da-mais-forca-para-quem-descumpra-a-lei-diz-juiza> >. Acesso em 1 out. 2016.

⁴⁵ _____. *Nota de apoio da AMAERJ à juíza Daniela Barbosa*. Disponível em: < <http://nas11.com.br/lab/amaerj/noticias/nota-de-apoio-da-amaerj-a-juiza-daniela-barbosa> >. Acesso em 30 set. 2016.

⁴⁶ BRASIL, Art. 12, Lei n. 12.965/14. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: (...) III – suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no artigo 11, ou; IV – proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no artigo 11.

⁴⁷ LEMOS, Ronaldo. *Bloquear a internet está virando normal*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2016/05/1769125-bloquear-a-internet-esta-virando-normal.shtml> >. Acesso em 1 out. 2016.

⁴⁸ *Ibid.*

artigo 9º do Marco Civil⁴⁹, ao dispor que “na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar ou analisar o conteúdo do pacote de dados”.

Além disso, o argumento de interceptar as mensagens no momento em que são enviadas, utilizado pela juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, levaria ao desenvolvimento de uma tecnologia de *backdoor*, também conhecido como “porta dos fundos”, que permite que aquele que a cria tenha acesso a uma rede, retirando-lhe informações, recurso usado por diversos *malwares*.

Essa tecnologia, inclusive, já foi alvo de discussões em diversos países do mundo e deu origem a uma carta aberta destinada aos governantes do mundo, que alerta que as leis e políticas que enfraquecem a criptografia de mensagens – utilizada pelo *WhatsApp*, por exemplo – levariam a uma reviravolta das melhores práticas até agora implementadas para tornar a internet mais segura. Nesse sentido, afirma David Kaye⁵⁰ – professor de Direito da Universidade da Califórnia - Irvine e Relator Especial das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e Expressão – “criptografia e anonimato, e os conceitos de segurança por trás deles, fornecem a privacidade e segurança necessárias para o exercício do direito à liberdade de opinião e expressão na era digital” (tradução livre do original em inglês).

Sendo assim, qualquer decisão judicial que determine a suspensão dos serviços prestados por aplicativos de mensagens com base nos artigos 10, 11 e 12 do Marco Civil da Internet⁵¹, parte de uma interpretação errônea da lei e afronta o princípio da liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, IX da CFRB/88⁵², bem como do artigo 13º, item 3 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos⁵³.

Ressalte-se que o Conselho de Direitos Humanos da ONU⁵⁴, em resolução proferida em 27 de junho de 2016, afirmou que os mesmos direitos que as pessoas possuem *offline* devem ser assegurados *online*, tal qual a liberdade de expressão. Além disso, condenou inequivocamente

⁴⁹ BRASIL, vide nota 1.

⁵⁰ PETERSON, Andreia. *The debate over government “backdoors” into encryption isn’t just happening in the U.S.* Disponível em: < <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2016/01/11/the-debate-over-government-backdoors-into-encryption-isnt-just-happening-in-the-u-s/>>. Acesso em 20 nov. 2016.

⁵¹ Ibid.

⁵² BRASIL, vide nota 19.

⁵³ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 1 out. 2016.

⁵⁴ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE-RJ. *Bloqueio do WhatsApp viola a Constituição e os Direitos Humanos*. Disponível em: < <https://feed.itsrio.org/bloqueio-do-whatsapp-viola-a-constituicao-e-os-direitos-humanos-aaaa0d94f2ac#.k8cggprpu> >. Acesso em 1 out. 2016.

medidas que intencionalmente impeçam ou interfiram no acesso ou disseminação da informação *online* por violação aos direitos humanos internacionais e conclamou os Estados a abdicarem e cessarem tais medidas. ⁵⁵

O debate, contudo, está longe de um fim. O Ministro Luiz Edson Fachin, relator da ADPF n. 403, que discute a constitucionalidade do bloqueio do *WhatsApp* em território nacional, convocou audiência pública para debater o tema, ainda sem data definida, já que, de acordo com o ministro ⁵⁵, o tema “extrapola os limites estritamente jurídicos e exige conhecimento transdisciplinar sobre o tema”. Para tanto, foram convidados o Instituto Beta para Democracia e Internet, a Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, o Instituto de Tecnologia e Sociedade, o Ministério da Justiça, a Polícia Federal e a Procuradoria-Geral da República.

CONCLUSÃO

O objetivo do Marco Civil da Internet foi estabelecer um conjunto de princípios, garantias, direitos e deveres aplicáveis aos usuários de internet, provedores e poder público, a fim de proporcionar a melhor conciliação entre o Direito e a cultura digital. Para tanto, formou-se três pilares essenciais para a sua interpretação, que são a neutralidade da rede, a liberdade de expressão e a privacidade.

Porém, no ambiente complexo que é a internet, logo surgiram controvérsias no momento de sua aplicação, visto que grande parte das disposições da lei ainda não foram regulamentadas. Algumas, como é o caso da neutralidade da rede, já foram solucionadas. Outras, porém, ainda geram muitas discussões, como é o caso do bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp* em todo o território nacional, em virtude de descumprimentos reiterados da empresa *Facebook* em desabilitar a criptografia de ponta a ponta, sob a alegação de dificuldades técnicas de fornecer as informações que as investigações policiais necessitam.

Portanto, a dificuldade hoje existente no âmbito de aplicação do Marco Civil da Internet está na discussão se o bloqueio do aplicativo de mensagens é permitido pela lei ou se, pelo contrário, vai contra o que está ali disposto.

⁵⁵ FACHIN convoca audiência pública para debater bloqueio do WhatsApp. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-02/fachin-convoca-audiencia-publica-debater-bloqueio-whatsapp2>>. Acesso em 20 nov. 2016.

Importante ressaltar que essa controvérsia existe até mesmo dentro do Poder Judiciário, uma vez que juízes de primeira instância, por meio de decisões judiciais, determinaram a suspensão das atividades do aplicativo e tiveram suas decisões reformadas pelos Tribunais, que ordenaram o restabelecimento dos serviços de mensagem.

Trata-se de uma controvérsia que está longe de terminar, mas que já apresenta a necessidade de se criar uma alternativa ao bloqueio do aplicativo em todo o território nacional, pois essa medida parte de uma interpretação errônea do Marco Civil da Internet, que prevê somente a suspensão da coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet, e não das atividades do aplicativo como um todo, e atenta contra o princípio da liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

AMAERJ. *Folha de São Paulo: Sem rastreio, WhatsApp “dá mais força para quem descumpra a lei”, diz juíza*. Disponível em: < <http://amaerj.org.br/noticias/folha-de-s-paulo-sem-rastreio-whatsapp-da-mais-forca-para-quem-descumpra-a-lei-diz-juiza> >. Acesso em 1 out. 2016.

_____. *Nota de apoio da AMAERJ à juíza Daniela Barbosa*. Disponível em: < <http://nas11.com.br/lab/amaerj/noticias/nota-de-apoio-da-amaerj-a-juiza-daniela-barbosa> >. Acesso em 30 set. 2016.

BEATRIZ, Celina. Os Direitos Humanos e o Exercício da Cidadania em Meios Digitais. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 70.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 403 MC/SE. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf> >. Acesso em 1 out. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 1 out. 2016.

_____. Lei n. 12.965/14, de 23 de abril de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm >. Acesso em 15 set. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 2126/2001*. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255> >. Acesso em 1 out. 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMITÊ Gestor da Internet no Brasil. *Resolução CGI.br/ RES/2009/003 P*. Disponível em: <<http://cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 30 set. 2016.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 1 out. 2016.

COSTA, Camilla. *Quatro coisas que mudam com a criptografia do WhatsApp – e por que ela gera polêmica*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160406_whatsapp_criptografia_cc>. Acesso em 30 set. 2016.

FACHIN convoca audiência pública para debater bloqueio do WhatsApp. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-02/fachin-convoca-audiencia-publica-debater-bloqueio-whatsapp2>>. Acesso em 20 nov. 2016.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Bloqueio do WhatsApp viola a Constituição e os Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/bloqueio-do-whatsapp-viola-a-constituicao%C3%A7%C3%A3o-e-os-direitos-humanos-aeaa0d94f2ae#.k8cggprpu>>. Acesso em 1 out. 2016.

_____. DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Regulamentação do Marco Civil da Internet/ contribuição do ITS para o debate público*. Disponível em: <<http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/12/Cartilha-ITS-consulta-decreto-MC1.pdf>> Acesso em: 30 set. 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Nota técnica sobre a decisão de bloqueio do WhatsApp*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/nota-tecnica-bloqueio-whatsapp.pdf>>. Acesso em 1 out. 2016.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

LEMOS, Ronaldo. *Bloquear a internet está virando normal*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2016/05/1769125-bloquear-a-internet-esta-virando-normal.shtml>>. Acesso em 1 out. 2016.

_____, Ronaldo. O Marco Civil como Símbolo do Desejo por Inovação do Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

_____, Ronaldo. *Internet brasileira precisa de marco regulatório civil*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em 30 set. 2016.

LIMA, Caio César Carvalho. Garantia da Privacidade e Dados Pessoais à luz do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MOLON, Alessandro. “Neutralidade de rede” na internet e o interesse do usuário: o óbvio difícil. Disponível em: <<http://molon.com.br/o-globo-neutralidade-de-rede-na-internet-e-o-interesse-do-usuario-o-obvio-dificil/>>. Acesso em 15/9/2016.

PETERSON, Andreia. The debate over government “backdoors” into encryption isn’t just happening in the U.S. Disponível em: < <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2016/01/11/the-debate-over-government-backdoors-into-encryption-isnt-just-happening-in-the-u-s/>>. Acesso em 20 nov. 2016.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *O que é neutralidade da rede?*. Disponível em: < <http://www.neutralidadedarede.com.br/>>. Acesso em 15 set. 2016.

_____. *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. 2015. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara nº 89, de 2003*. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63967>>. Acesso em 30 set. 2016.

WHATSAPP bloqueado: relembre todos os casos de suspensão do app. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>>. Acesso em 30 set. 2016.



LEI 13.300 DE 2016: A REGULAMENTAÇÃO DA DECISÃO FINAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES SOB A ÓTICA DO DIÁLOGO DAS INSTITUIÇÕES

Mariana Tavares Melo de Araujo

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: o mandado de injunção é ação constitucional prevista na desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, tendo por objetivo o controle difuso das omissões inconstitucionais. No entanto, a referida ação passou anos sem regulamentação, sendo sua utilização construída ao longo do tempo por meio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que evoluiu no sentido de dar maior efetividade aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos -, e em junho de 2016 finalmente culminou com a aprovação do Projeto de Lei 6.128/2009, resultando na Lei 13.300. A essência do trabalho é fazer uma análise da evolução do mandado de injunção, especialmente no que diz à eficácia da sua decisão final, tendo como parâmetro o princípio constitucional da separação dos poderes.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ações Constitucionais. Mandado de Injunção. Princípio da separação dos poderes. Diálogo institucional.

Sumário: Introdução. 1. O mandado de injunção no âmbito da Constituição da República de 1988 e sua regulamentação por meio da Lei 13.300 de junho de 2016. 2. Lei 13.300 de junho de 2016 e a regulamentação da eficácia da decisão no mandado de injunção. 3. Eficácia da decisão do mandado de injunção: o princípio da separação dos poderes e o diálogo institucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da regulamentação do mandado de injunção decorrente da promulgação da Lei 13.300 de junho de 2016. O objetivo do presente estudo é identificar evolução do mandado de injunção desde a sua previsão inicial na Constituição Federal de 1988, carente de disciplina, até a sua regulamentação pela Lei 13.300 de junho de 2016, especialmente no que tange à eficácia e abrangência da decisão final.

Enquanto o mandado de injunção carecia de regulamentação, essa ação constitucional que objetiva a garantia do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania quando da ausência de norma regulamentadora, seguia o rito procedimental aplicável ao mandado de segurança, mas



em alguns aspectos a Lei 12.016 de 2009 não era suficiente, principalmente em relação à eficácia e abrangência da decisão que reconhecia a omissão inconstitucional.

Com o advento da Lei 13.300 de junho de 2016, consolidou-se o entendimento jurisprudencial resultante da evolução da análise do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo ao Poder Judiciário, em seus artigos 8º e 9º, a possibilidade de fixação de condições do exercício do direito pleiteado em caso de reconhecimento de omissão constitucional e de inércia da autoridade, órgão ou entidade competente para elaboração da regulamentação do direito fundamental que se busca a garantia por meio do mandado de injunção.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando uma breve colocação das principais características do funcionamento do instituto do mandado de injunção, culminando com a promulgação da Lei 13.300, de junho de 2016, a qual regulamenta a referida ação constitucional.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as opções legislativas realizadas na Lei 13.300, de junho de 2016, em especial no que diz respeito aos efeitos que a decisão que reconhece a omissão legislativa pode vir a ter.

O terceiro capítulo destina-se a examinar as consequências da opção legislativa para os efeitos da decisão que reconhece omissão legislativa, considerando-se, principalmente, o princípio da separação de poderes, princípio este previsto constitucionalmente.

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 MANDADO DE INJUNÇÃO NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E SUA REGULAMENTAÇÃO POR MEIO DA LEI 13.300 DE JUNHO DE 2016

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional prevista no art. 5º, inciso LXXI da CRFB¹, a qual pretende a garantia do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania quando da ausência de norma regulamentadora, sendo inovação trazida pela CRFB, não havendo similar em Constituições anteriores.

Analisando o instituto do mandado de injunção inserido pela CRFB, José Afonso da Silva o conceitua da seguinte forma:

[...] é uma nova garantia instituída no art. 5º, LXXI, da CF de 1988. Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.²

Segundo os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, ao analisar o artigo da Constituição que prevê o mandado de injunção, “[...] A elaboração constituinte do mandado

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 168.



de injunção seguiu sempre a preocupação de buscar meios para assegurar a plena eficácia das normas constitucionais.”³

No mesmo sentido, José Afonso da Silva aponta que o principal objetivo do instituto do mandado de injunção é “[...] conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação.”⁴

A ação tem por finalidade, portanto, mediante o provimento jurisdicional, assegurar a tutela de direitos, garantias, liberdades e prerrogativas constitucionais cuja efetiva fruição esteja sendo inviabilizada pela falta de atuação do poder público no plano normativo.

Para que a ação constitucional seja cabível, se faz necessário que haja falta de norma regulamentadora⁵ de um direito, uma garantia, liberdade ou prerrogativa constitucional, que esta omissão impeça o exercício de direitos e garantias constitucionais e que esses direitos exijam, como condição para seu exercício, de provimentos normativos que do poder público que assegurem seus principais efeitos.⁶

Atente-se para o fato de que o objetivo do mandado de injunção não é o de corrigir eventuais imperfeições legislativas, tampouco se tem a pretensão, por meio do instituto, de atacar ilegalidades ou a ocorrência de inconstitucionalidades.

O mandado de injunção terá cabimento nos casos em que a aplicabilidade de uma norma ficar dependente da elaboração de uma lei ou de outra providência regulamentadora e o instituto tem aplicação justamente para fazer com que a norma constitucional seja aplicada em

³ CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 480.

⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 168.

⁵ Sobre o conceito de norma regulamentadora, Dirley da Cunha Júnior leciona que “[...] é abrangente de atos administrativos, pois a ausência de uma ordem de serviço (ato administrativo concreto) para a implementação de um determinado serviço público (fato administrativo) pode, fatalmente, inviabilizar o exercício de um direito fundamental, como aqueles que carecem de providências materiais do poder público (...). E a omissão dessas providências consiste indubitavelmente na falta de norma regulamentadora. (...) Seu conceito alcança toda “medida” necessária para tornar viável um direito fundamental.” – CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010. p. 124-125.

⁶ *Ibid.*, p. 482.



favor daquele que se utilizou da ação constitucional e exatamente porque não havia regulamentação.⁷

Ocorre que a referida ação constitucional carecia de regulamentação no que diz respeito a sua processualística até o advento da Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, existindo apenas sua previsão no rol de direitos e garantias fundamentais e a determinação de competência para seu julgamento nos arts. 102, inciso I, alínea q e inciso II, alínea a, 105, inciso I, alínea h, 121, § 4º, inciso V e 125, § 1º, todos da CRFB.

Até então, aplicava-se analogicamente ao Mandado de Injunção o rito processual previsto na Lei 12.016/2009, a Lei do Mandado de Segurança, em virtude das semelhanças existentes entre as ações⁸, bem como por força do art. 24, § único, da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.⁹

Saliente-se que o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa, que pode ser tanto física, quanto jurídica, desde que esta se veja impossibilitada de exercer um determinado direito ou garantia constitucional em razão da ausência de norma regulamentadora. Já a legitimidade passiva cabe aos órgãos ou autoridades públicas que tem a obrigação de legislar, mas que ainda não o fizeram, o que caracteriza, então, sua inércia.¹⁰

Questão tortuosa sobre a qual se debatia a doutrina e a jurisprudência a época da inexistência de legislação específica sobre o Mandado de Injunção dizia respeito à eficácia e à abrangência das decisões que reconheciam a inviabilidade do exercício de um direito constitucional decorrente de omissão legislativa e deferiam a injunção.

⁷ SILVA, op. cit., p. 169.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 338.

⁹ BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 233-234.

2. LEI 13.300 DE JUNHO DE 2016 E A REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA DA DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO.

Acerca do assunto da eficácia e extensão dos efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção, inicialmente o Supremo Tribunal Federal adotou a chamada tese não concretista, destacando-se o Mandado de Segurança n. 107/DF¹¹. Segundo esta corrente, ao conceder a injunção, reconhecendo a inconstitucionalidade da omissão legislativa, o Poder Judiciário deveria apenas comunicar o Poder, entidade, órgão ou autoridade que estivesse sendo omissa. Assim, esta corrente equiparava o Mandado de Injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹²

Nesse sentido, defendendo uma interpretação mais restritiva do instituto, era o entendimento do jurista Calmon de Passos, para quem o mandado de injunção seria uma ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária.¹³

Para essa tese, o Poder Judiciário não poderia inovar no ordenamento jurídico por meio da criação de uma norma ou pela determinação de aplicação analógica de uma norma já existente, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, postulado no art. 2º da CRFB¹⁴. Do contrário o Judiciário estaria extrapolando os seus poderes, exercendo um papel de legislador que cumpre ao Poder Legislativo.

Tal posicionamento não era muito bem aceito por parte da doutrina, a qual o considerava conservador, pois esvaziava o instituto ao dar a ele os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dificultando sua utilização como garantia

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 107. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹² CHADDAD, Maria Cecília Cury; PIOVESAN, Flávia. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 441-460.

¹³ PASSOS, Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*: Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 100-102.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.



constitucional processual dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania cujo exercício tenha sido inviabilizado pela inexistência de norma regulamentadora.

Sobre o tema, os autores Ingo Sarlet e Lenio Streck ensinam que, apesar de haver um reconhecimento de uma inconstitucionalidade por omissão, o efeito principal da decisão em sede de mandado de injunção é assegurar a fruição do direito pleiteado pelo impetrante, cujo exercício vinha sendo obstaculizado pela ausência de regulamentação.¹⁵

A partir de 2007, o STF, com o julgamento dos MI n. 670¹⁶, 708¹⁷ e 712¹⁸, inaugurou uma nova fase interpretativa da ação constitucional, afastando a aplicação da corrente não concretista e adotando a chamada tese concretista, visando o resgate da potencialidade do Mandado de Injunção por meio da concretização de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.¹⁹

Avaliando essa nova era no posicionamento do STF acerca do mandado de injunção, Uadi Lammêgo Bulos defende que “[...] Em vez de simplesmente imputar comportamento ao Congresso Nacional, cumpre-lhe viabilizar o exercício e gozo de direito, tornados inoperantes por aqueles que, por dever de ofício, têm de regulamentá-los, mas não o fazem.”²⁰

Essa tese admite que a decisão que julga procedente o Mandado de Injunção possa, desde logo, implementar o direito requerido pelo autor, sem que outras providências sejam necessárias, ou que, antes de tornar viável o exercício do direito, o Poder, entidade, órgão ou autoridade omissa seja notificado de omissão, sendo atribuído prazo fixado pelo Judiciário para a supressão de tal omissão por meio da regulamentação do direito.

¹⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 484.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 24 ago. 2016

¹⁹ CHADDAD; PIOVESAN. op. cit., p. 441-460.

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 793.

Para o autor José Afonso da Silva, o mandado de injunção não visa obter a regulamentação prevista na normal constitucional, tampouco pedir a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional pendente de regulamentação, pois isso seria função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²¹

Diz ainda o supracitado autor que o impetrante do mandado de injunção agiria na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação, cabendo ao juiz, no caso concreto, definir as condições para o direito pleiteado.²²

Ainda de acordo com a corrente concretista, a eficácia da decisão no Mandado de Injunção poderia ser aplicável apenas ao autor da ação ou ser extensível a todos aqueles que estiverem na mesma situação do autor da ação, o que é chamado de efeito *erga omnes*.

Desse modo, a corrente concretista admite que a sistemática omissão do Poder Legislativo autorize o Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos constitucionalmente previstos, sem que isso, em tese, configure violação ao princípio da separação dos poderes.

A Lei 13.300/2016, ao regulamentar a eficácia objetiva da ação constitucional, seguindo a jurisprudência consolidada sobre o assunto, adotou, em seu art. 8º²³, a tese concretista.

No que tange à eficácia subjetiva das decisões, ou seja, a extensão de seus efeitos, o art. 9º da Lei 13.300/2016²⁴ determina que a decisão terá eficácia limitada às partes até o

²¹ SILVA, op. cit., p. 169.

²² Ibid., p. 170.

²³ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

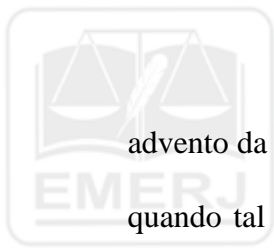
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁴ Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.



advento da lei regulamentadora, podendo ser-lhe conferida eficácia ultra partes ou erga omnes quando tal medida for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Ocorre que, apesar da clara opção legislativa pela tese concretista, permanece a questão sobre como o juiz definirá, no caso concreto, as condições nas quais o direito pleiteado por meio do mandado de injunção será exercido, uma vez que o texto legal não traz qualquer parâmetro para o exercício da jurisdição nesse âmbito.

3. EFICÁCIA DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL.

Da leitura do artigo 8º, inciso II, da Lei 13.300 de junho de 2006²⁵, ao dispor que é possível ao julgador, quando do reconhecimento de mora legislativa, estabelecer condições para o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas pleiteados, nota-se que ao Poder Judiciário foi atribuída uma função que não é lhe é típica, considerando-se a clássica divisão dos Poderes.²⁶

A Constituição da República de 1988, em seu art. 2º²⁷, adotou prestigiou o princípio da separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A cada um dos Poderes foram atribuídas suas funções típicas – ao Legislativo, legislar, ao Executivo, administrar, e ao

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

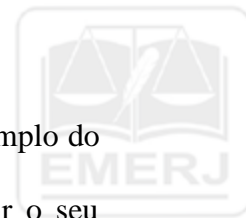
§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁵ BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166. Montesquieu, ao elaborar a teoria da repartição dos Poderes em três, visava que cada um dos poderes fosse autônomo, porém aliado aos demais poderes, com o fito de fiscalização e controle mútuos, uma vez que o poder que não limites tende a se corromper.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2016. Ver artigos 96 a 100 da CRFB/88



Judiciário, julgar -, mas também a Constituição prevê a eles funções atípicas²⁸, a exemplo do Judiciário, que deve administrar sua própria estrutura e cada tribunal deve elaborar o seu próprio Regimento Interno.²⁹

Observa-se que a eficácia objetiva da decisão final em sede de mandado de injunção conforme prevista no art. 8º, inciso II da Lei 13.300 de junho de 2016³⁰, não se encaixa em nenhum das funções atípicas, uma vez que o juiz usará de sua discricionariedade para estabelecer as condições em que os direitos, liberdades e prerrogativas serão exercidos, uma vez que não há norma regulamento o que se pleiteia.

Em razão disso é importante discutir a atuação do Poder Judiciário junto aos outros Poderes, verificando se há violação ao princípio constitucional da separação de poderes, com uma possível exacerbação de suas funções.

A possibilidade de concretização judicial das normas constitucionais carentes de regulamentação em sede de mandado de injunção demonstra a preocupação do legislador constituinte em evitar omissões inconstitucionais, bem como assegurar a efetivação e máxima aplicabilidade das normas constitucionais.

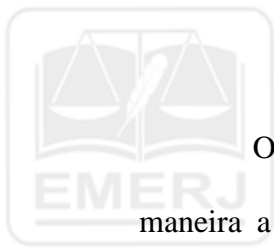
Através da reciprocidade e controle das atividades entre os poderes públicos, o Judiciário se mostra competente para cumprir tal função, no intuito de beneficiar as partes interessadas no processo – isso seria, em síntese, a ideia do diálogo institucional, interpretação contemporânea do princípio da separação dos poderes, segundo a qual os poderes devem interagir entre si, inclusive exercendo funções que seriam típicas dos outros poderes, com o fito de atender a máxima efetivação dos direitos fundamentais.³¹

²⁸ Ibid.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 868 – 874.

³⁰ BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³¹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o congresso nacional sobre interpretação da constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 91, v. 23, 2015. p. 205-244.



O princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado equivocadamente de maneira a justificar a inércia dos órgãos, entidades e autoridades que compõem o Poder Público, frustrando o acesso aos direitos fundamentais. Deve-se buscar, na verdade, conciliar o respeito aos direitos fundamentais e as funções políticas, ambos previstos na Constituição, de modo a otimizar a aplicação imediata das normas que preveem os direitos fundamentais, ainda que carentes de regulamentação.

Importante frisar que os direitos fundamentais que só garantem seu potencial democrático quando possuem meio eficaz de concretização e este meio, processualmente falando, seria o mandado de injunção. A norma jurídica criada com a decisão em sede de mandado de injunção que reconhece a omissão inconstitucional e cria solução para o caso concreto, assim, se equipara às demais decisões judiciais, nas quais o Judiciário não cumpre o papel de legislador, mas sim de aplicador do direito em causa, efetivando uma força normativa preexistente no texto constitucional.³²

Atente-se para o fato de que a decisão em mandado de injunção não implica, desde logo, no exercício do direito, liberdade ou prerrogativa pleiteada, pois é necessário que se proponha a ação adequada para que o direito seja efetivamente exercido pelo interessado.

Saliente-se, por fim, que ao juiz cabe certo grau de discricionariedade, que, segundo Mauro Cappelletti, “[...] não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”.³³ Afirma, ainda, que o processo legislativo não diverge muito do processo jurisdicional, cabendo ao magistrado observar os limites legais a sua criatividade, que nada mais é o que já existe no ordenamento jurídico, em especial a Constituição.

CONCLUSÃO

³² PASSOS, op. cit., p. 98.

³³ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 23 – 27.



A lei que regulamenta o mandado de injunção, ainda que tenha adotado a teoria concretista para a decisão final que reconhece a omissão inconstitucional, deve-se considerar que o objetivo maior da ação constitucional é dar maior efetividade aos direitos previstos na Constituição e que não se trata de usurpação de função típica do Poder Legislativo.

A acepção clássica da separação dos poderes deve ser afastada, pois não mais está em consonância com as necessidades atuais da sociedade, que evolui de maneira muito mais rápida que as leis regulamentadoras dos direitos e garantias, de modo que não se pode esperar pelo procedimento legislativo pouco célere e burocrático para que se tenha acesso a tais direitos.

Por meio do diálogo institucional o Poder Judiciário pode atuar de maneira mais eficaz na aplicabilidade dos direitos fundamentais, evitando as omissões inconstitucionais que tanto prejudicam a sociedade, sem que com isso cause atrite e viole a separação dos poderes, sem pretensões de substituir os demais poderes.

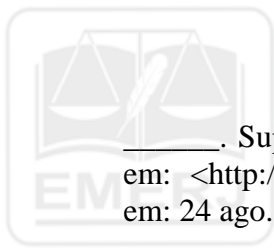
Sendo assim, a tardia, porém bem vinda, regulamentação do mandado de injunção, representa um enorme avanço na evolução e manutenção do Estado Democrático de Direito, uma vez que com esse mecanismo de garantia de maior efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos por meio da supressão da ausência de uma norma torna-se viável o que era inviável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2016. Ver artigos 96 a 100 da CRFB/88.

_____. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 07 out. 2016

_____. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.



_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 107. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 24 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 24 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 24 ago. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 24 ago. 2016

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CHADDAD, Maria Cecília Cury; PIOVESAN, Flávia. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino; QUINTAS, Fábio Lima. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PASSOS, Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o congresso nacional sobre interpretação da constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 91, v. 23, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

O DIREITO DE RESTITUIÇÃO DO RESPONSÁVEL NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA

Marviane Silva de Souza

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: a substituição tributária progressiva é um mecanismo que viabiliza a antecipação do recolhimento do tributo devido tendo como base o um fato gerador presumido. É nesse contexto fático que se instaura um dilema, a saber, nos casos em que ocorre uma efetiva divergência do valor real de venda com o valor arbitrado para a venda, se o responsável teria ou não um direito de restituição do valor pago à maior, acrescentando-se o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Por outro lado, tem-se o direito de complementação como sendo a outra faceta do direito de restituição. O presente trabalho se desdobra na análise dos argumentos favoráveis e contrários ao direito de restituição à luz dos princípios da legalidade tributária e numa perspectiva constitucional.

Palavras-chave: Direito Tributário. Substituição Tributária Progressiva. Direito de Restituição.

Sumário: Introdução. 1. Das questões relevantes acerca do direito de restituição à luz do princípio da legalidade tributária. 2. A restituição na substituição tributária progressiva: silêncio eloquente ou omissão constitucionais? 3. A complementação como o *contrario sensu* da restituição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o direito de restituição nos casos em que ocorre uma efetiva divergência do valor real de venda com o valor arbitrado para a venda, ou seja, se o responsável teria ou não um direito de restituição do valor pago à maior. E ainda, ao se reconhecer o direito de restituição estaria se garantindo, a *contrario sensu*, um dever de complementação do valor pago à menor pelo contribuinte.

Para tanto, abordam-se os argumentos doutrinários favoráveis e contrários ao direito de restituição. O referido tema apresenta inevitável relevância jurídica bem como atualidade diante da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

A substituição tributária progressiva não apenas facilitou bem como viabilizou, concretamente, a arrecadação tributária em cadeias produtivas de tamanha extensão. Sendo



assim, é um instituto meio e não um fim em si, tendo sido criado para que no plano concreto a arrecadação pudesse se efetivar, já que se está diante de um fato gerador presumido, como estabeleceu o Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, pretende-se analisar o direito da restituição tributária à luz do princípio da legalidade tributária. Tal princípio é o alicerce do ordenamento jurídico tributário, pois não há tributo sem lei anterior que o estabeleça como não se pode ferir a segurança jurídica de somente proceder ao pagamento do tributo devido em seu aspecto quantitativo.

Superada a análise principiológica, verifica-se, no segundo capítulo, se a falta de previsão constitucional do direito a restituição tributária do valor recolhido à maior na substituição tributária progressiva é um silêncio eloquente ou uma omissão constitucionais. E conseqüentemente, poderá se compreender a repercussão de cada opção, se silêncio eloquente ou omissão constitucionais, para o próprio mecanismo da substituição tributária progressiva.

No último capítulo, cabe verificar se o direito de restituição do valor recolhido à maior na substituição tributária progressiva ensejará, a *contrario sensu*, o direito de complementação.

Tratando dos procedimentos metodológicos, a pesquisa utilizará a metodologia do tipo qualitativa, quanto à abordagem, já que visa a fomentar a discussão acerca do direito de restituição na substituição tributária progressiva.

No tocante ao objeto, o presente artigo é explicativo, pois delimita os institutos jurídicos com o objetivo de dirimir a discussão jurídica acerca do tema.

Por fim, quanto aos procedimentos, é bibliográfico e documental, pois se utilizará de materiais escritos e publicados, física e virtualmente, e ainda de documentos escritos e não, a saber: artigos científicos, livros doutrinários e jurisprudências. Dessa forma, se poderá proceder a uma análise reflexiva do tema, por ora, enfrentado.



1. DAS QUESTÕES RELEVANTES ACERCA DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Primeiramente, urge esclarecer, em breve síntese, o que vem a ser a responsabilidade tributária por substituição e os seus contornos, para só então se adentrar à problemática do direito de restituição do valor recolhido a maior à luz do princípio da legalidade tributária.

A responsabilidade tributária por substituição compreende os casos em que a lei atribui a terceiro a responsabilidade pela obrigação tributária desde a ocorrência do fato gerador. Assim, nessa modalidade de responsabilidade não se verificará uma mudança no pólo passivo da respectiva obrigação.

Ressalta-se que a responsabilidade tributária por substituição pode ser exteriorizada de dois modos na cadeia produtiva, logo originando as suas duas espécies, segundo a jurisprudência e ampla doutrina, quais sejam, a substituição tributária para trás ou regressiva e a substituição tributária para frente ou progressiva. Quanto à primeira espécie, essa irá se configurar quando as pessoas que ocupam as posições posteriores substituem as pessoas das posições anteriores na cadeia produtiva.

Já na substituição tributária progressiva, que ensejará o dilema da restituição a seguir enfrentado, as pessoas que se encontram em posições posteriores serão substituídas, no dever de pagar o tributo, pelas pessoas em posições anteriores na cadeia produtiva. Nota-se que nessa última modalidade, o dever do pagamento do tributo surge, antes mesmo, da ocorrência do fato gerador. Portanto, estar-se-á diante de um fato gerador presumido, como estabelece o Supremo Tribunal Federal. Fato, que já levou a inúmeras controversas doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua constitucionalidade. Porém, tal problemática já fora pacificada pela Emenda



Constitucional 3/1993¹ que ao introduzir o §7º ao artigo 150 da CRFB/1988² constitucionalizou o instituto da substituição tributária progressiva.

É evidente que caso haja coincidência entre o valor real de venda e o valor arbitrado, não há qualquer controversa, pois de fato ter-se-ia ocorrido a situação hipotética perfeita e desejada pelo legislador, tendo sido a base de cálculo do tributo corretamente presumida.

Já na hipótese da não ocorrência do fato gerador que já fora tributado com a utilização da técnica da substituição tributária progressiva, a questão será solucionada pela literalidade do art. 150, § 7º, da CRFB/1988³ que estabelece que seja feita a imediata e preferencial restituição da quantia paga.

Contudo, enfim, consubstancia-se o dilema, que no presente irá se dirimir, a respeito da efetiva divergência do valor real de venda com o valor arbitrado para a venda. Essa hipótese abrange duas situações fáticas, tanto no caso de o valor real da venda ter sido maior como menor que o valor arbitrado. No tocante a essa última situação fática, questiona-se acerca do direito subjetivo ao direito de restituição do valor recolhido a maior pelo contribuinte à luz do princípio da legalidade tributária.

O princípio da legalidade tributária possui envergadura constitucional, pois pelo art. 5º, II da CRFB/1988⁴: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. E mais especificamente, o inciso I do artigo 150 da CRFB/1988⁵ estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Desse modo, enquadra-se a reserva legal tributária como cláusula

¹BRASIL. Emenda Constitucional 3/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³Ibid.

⁴ Ibid.

⁵Ibid.



pétrea por ser uma garantia individual do contribuinte, nos termos do art. 60, §4, IV, da CRFB/1988⁶.

Assim, somente a lei, seja ordinária, casos em que se pode utilizar de Medida Provisória, ou complementar, pode criar o tributo. Quando da criação de um tributo, o legislador deve definir todos os elementos descritivos da exação, quais sejam: o fator gerador, a base de cálculo, a alíquota e o contribuinte. Assim, a cobrança tributária, sempre compulsória, somente é devida em caso de perfeita subsunção da hipótese de incidência, que obrigatoriamente deve prever todos os elementos descritivos do tributo, ao fato.

Havendo uma cobrança e pagamento com base em um fato gerador presumido, oriundo da utilização do instituto da substituição tributária progressiva, e, posteriormente, se verificando que o fato gerador real ocorreu com base de cálculo à menor, ter-se-ia ocorrido a cobrança e pagamento tributário em valor maior ao devido. Logo, nessa situação não há a perfeita subsunção, já que a base de cálculo, como sendo um dos elementos caracterizadores da hipótese de incidência, ocorreu no mundo fático em valor menor ao presumido. Consequentemente, no tocante ao valor recolhido à maior pelo contribuinte não há base legal que o fundamente, ensejando, portanto, em tributação ilegal. Ressalta-se, uma tributação não meramente ilegal bem como inconstitucional, pois o princípio da legalidade tributária, como já apontado, tem previsão constitucional e tendo até mesmo *status* de cláusula pétrea.

Frisa-se, a lei que institui um tributo não pode prever uma base de cálculo que seja indeterminada, já que, nos termos do art. 97, IV, do CTN⁷, somente a lei poderá fixar base de cálculo, leia-se, fixar no sentido de determiná-la, do contrário, se teria uma exação ilegal.

Ademais, o princípio da legalidade visa a propiciar segurança jurídica. A segurança jurídica pode ser compreendida como a legítima confiança que o particular tem no ordenamento

⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.

⁷BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.



jurídico de não ser surpreendido. Na seara tributária, a segurança jurídica pode ser consubstanciada no conhecimento prévio das obrigações tributárias por meio da observância dos princípios constitucionais da irretroatividade tributária e da anterioridade tributária.

Portanto, o princípio da legalidade tributária por não ser passível de exceção no viés da instituição do tributo leva a crer pela inconstitucionalidade quanto ao valor recolhido à maior pelo contribuinte e não restituído pela Fazenda.

2. A RESTITUIÇÃO NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA: SILÊNCIO ELOQUENTE OU OMISSÃO CONSTITUCIONAIS?

O direito de restituição do valor recolhido à maior na substituição tributária progressiva foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento do RE 593849/MG⁸, matéria com repercussão geral, em conjunto com as ADI 2675/PE⁹ e ADI 2777/SP¹⁰, já que todos versam, em síntese, sobre a constitucionalidade da restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) paga a mais no regime de substituição tributária, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior á presumida.

Atente-se ao fato que o Supremo Tribunal Federal não reconhece a identidade de objeto da ADI 1851/AL¹¹ com a matéria presente nas ADI 2675/PE¹² e ADI 2777/SP¹³.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593849/MG. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2642284>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

⁹_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2675/PE. op. cit.

¹⁰_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2777/SP. op. cit.

¹¹_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1851/AL. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1718462>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹²_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2675/PE. op. cit.

¹³_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2777/SP. op. cit.

Na ADI 1851/AL¹⁴, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o Convênio ICMS 13/97¹⁵ que estabelece a não restituição dos valores pagos a maior e não cobrança dos valores pagos a menor. Porém, os Estados de São Paulo e de Pernambuco não assinaram o Convênio supracitado, e ainda possuíam leis que estabeleciam a restituição, por isso seus governadores moveram ação direta de inconstitucionalidade.

Há que se compreender que no primeiro caso, ADI 1851/AL¹⁶, a adoção da sistemática tributária progressiva é opcional, pois consiste em um benefício fiscal conferido aos que se manifestaram expressamente em adotá-lo, já nos outros dois casos, ADI 2675/PE¹⁷ e ADI 2777/SP¹⁸, estar-se-ia questionando o próprio instituto da restituição na substituição tributária progressiva, conforme se depreende do seguinte trecho do Informativo 440 do STF¹⁹, *in verbis*:

[...] asseverou-se que, na ADI 1851/AL, a substituição tributária, baseada no Convênio ICMS 13/97, é facultativa e consiste em benefício fiscal aos optantes, enquanto que a substituição tributária analisada nas outras ações diretas mencionadas é obrigatória e caracterizada como técnica de arrecadação do ICMS. Por isso, [...], no sentido de que o art. 150, §7º, da CF impõe a devolução da diferença a maior entre o valor devido e o efetivamente recolhido pela técnica de substituição, mesmo quando o fato gerador seja de valor inferior ao presumido (ADI 2777/SP e 2675/PE), e subsistência de regra específica, qual seja, a de ser constitucional a não devolução da diferença quando facultativa a substituição tributária e atrelada a figura de benefício fiscal (ADI 1851/AL).[...]²⁰

Dessa forma, a temática do direito de restituição do valor recolhido à maior na substituição tributária progressiva polarizasse com argumentos a favor e contra a referida restituição.

O Fisco, em especial na ADI 1851/AL²¹, argumenta desfavoravelmente a possibilidade de restituição com um argumento de ordem fática, a saber: a inviabilidade fática de restituição

¹⁴ _____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1851/AL. op. cit.

¹⁵ _____. Convênio ICMS 13/97. Disponível em: <http://www1.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/icms/1997/CV013_97.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹⁶ _____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1851/AL. op. cit.

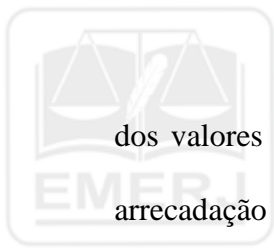
¹⁷ BRASIL.. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2675/PE. op. cit.

¹⁸ _____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2777/SP. op. cit.

¹⁹ _____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 440 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo440.htm>>. Acesso em: 30 de ago. 2016.

²⁰ _____. Superior Tribunal Federal. Rcl-AgR 2.600/SE. Relator: Ministro Cezar Peluso. J. 14.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo440.htm>>. Acesso em 30 ago. 2016.

²¹ _____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1851/AL. op. cit.



dos valores recolhidos a maior, sob pena de tal previsão tornar inócua a própria técnica de arrecadação consubstanciada na substituição tributária progressiva.

Entretanto, para a maioria dos doutrinadores, deve se reconhecer ao responsável o direito à restituição quando o fato gerador concreto ocorrer por valor menor que o presumido.

Assim, aduz Aliomar Baleeiro:

constata-se, facilmente, que, antes do acontecimento do fato jurídico-tributário da norma básica, o fato descrito na hipótese da norma secundária já se terá concretizado, acarretando o dever do responsável. A lei, que institui tal responsabilidade, presume, assim, ocorrência de fato gerador futuro e a base de cálculo, cujo montante é desconhecido. Por tal razão, a lei tem de disciplinar os mecanismos de ressarcimento ao contribuinte, caso não ocorra o fato jurídico tributário, ou ocorra de forma diferente da estimada, ou em menor intensidade. Igualmente, deve disciplinar os meios a serem utilizados pelo responsável para recuperar o pagamento feito em nome e por conta de fato gerador futuro do contribuinte.²²

Por oportuno, nesse mesmo sentido, é cabível ressaltar os quatro argumentos trazidos por Hugo de Brito Machado. Primeiramente, ele aponta que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado pela impossibilidade de utilização de pautas fiscais quando demonstrada a realidade do preço de venda, pois não se pode admitir que a presunção legal seja absoluta, ou melhor, que prevaleça sobre a realidade, como regra geral. Logo, por “*ubiademratioibi idem jus*” – onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito -, deve-se conceder o direito de restituição do valor recolhido à maior se posteriormente for possível se apurar a real base de cálculo.²³

O segundo argumento trazido por Hugo de Brito Machado consiste na concepção que permitir que a base de cálculo incida sobre valor maior que a operação de venda, como no caso do ICMS, estará se tributando o patrimônio. Desse modo, há uma violação à Constituição, pois se estará criando um novo tributo já que a Constituição atribuiu ao Estado tributar a operação de circulação de mercadoria e não o patrimônio, ou seja, a lei seria inconstitucional por violar o sistema de repartição de competência tributária.

²²BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 740-741.

²³MACHADO, Hugo de Brito. A substituição tributária no ICMS e a questão do preço final. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense/RJ. v. 380. p. 103-117. jul./ago. 2005.

E ainda, o jurista afirma que o fato gerador é uma realidade incindível, ou ocorre ou não. Contudo, na sua dimensão econômica é cindível. Assim, na expressão econômica pode ser total ou parcial e se parcial, deverá ser restituído o valor recolhido à maior.

Por último, o quarto argumento trazido diz respeito de que a substituição tributária progressiva é uma técnica em que se terá um mero pagamento antecipado, ou seja, o dever de pagamento do imposto não se confunde com a ocorrência do fato gerador que lhe é posterior.

Ademais, torna-se pertinente a análise sob o viés constitucional, o artigo 150, §7º da CRFB/1988²⁴, ao assegurar a imediata e preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido, estabeleceu um silêncio eloquente na Constituição ou uma omissão na Constituição.

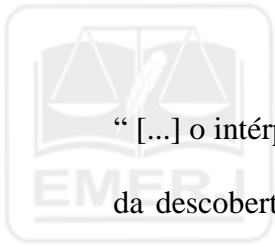
O silêncio eloquente é quando a Constituição, ao se silenciar, está se manifestando. Por tal perspectiva, poder-se-ia concluir que por ter previsto a restituição somente no caso de o fato gerador não ocorrer, estar-se-ia por excluir a possibilidade de restituição se o fato gerador ocorrer por valor parcial. Já na omissão da Constituição entende-se que houve uma lacuna na norma constitucional, logo o tema não fora tratado.

Assim, com o objetivo de dirimir se houve um silêncio eloquente ou uma omissão constitucionais, recorre-se a uma análise pormenorizada do artigo 150, §7º, da CRFB/1988²⁵ à luz de alguns princípios da interpretação constitucional, a saber, o da unidade da Constituição e o da concordância prática. A título de nota, esclarece-se que os princípios de interpretação constitucionais devem ser utilizados como instrumentos de compreensão constitucionais e não um fim em si mesmo.

Do princípio da unidade da Constituição, depreende-se que as normas constitucionais devem ser vistas como um todo e não como normas isoladas. Nas palavras de Gilmar Mendes,

²⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.

²⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.



“ [...] o intérprete estará legitimado a lançar mão de variados recursos argumentativos, como o da descoberta de lacunas axiológicas, tendo em vista a necessidade de confirmar o esforço coerente do constituinte de promover um ordenamento uniformemente justo.”²⁶

Do princípio da concordância prática ou harmonização, infere-se que se devem harmonizar os princípios constitucionais de forma que se possa evitar o sacrifício de um princípio em relação ao outro em cada caso concreto.

Desse modo, utilizando-se dos princípios interpretativos supracitados, torna-se necessário observar o art. 150 §7º da CRFB/1988²⁷ em conjunto com toda a Constituição Federal, interpretando-o com outros princípios constitucionais como o princípio da legalidade, já exposto, e com o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito do Estado.

O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do Estado decorre do princípio da moralidade da Administração Pública insculpida no art. 37 CRFB/1988²⁸. O Estado, ao não proceder a restituição do valor recolhido à maior na substituição tributária, quando o fato gerador ocorreu com valor inferior, está se locupletando indevidamente, pois não há base constitucional ou legal que o respalde. Desse modo, o Estado enriquece sem causa à custa do contribuinte que outrora recolheu valor que posteriormente não se confirmou no plano concreto.

Assim, não há como o princípio da praticidade prevalecer sobre tantos argumentos jurídicos de cunho constitucional, ou seja, deve-se compreender ser um direito subjetivo do contribuinte a restituição do valor recolhido a maior na substituição tributária progressiva.

Em consonância com a tese acima defendida, o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 593849/MG²⁹, declarou inconstitucional o

²⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94.

²⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.

²⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.

²⁹_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593849/MG.op.cit.



artigo 22, §10 da Lei 6.763/1975³⁰ e o artigo 21 do Decreto 43.080/2002³¹, ambos do Estado de Minas Gerais, que tornava definitivo o valor recolhido por substituição tributária progressiva.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal dirimiu a presente controversa, no julgamento do Recurso Extraordinário 593849/MG³², matéria com repercussão geral, em conjunto com as ADI 2675/PE³³ e ADI 2777/SP³⁴, firmando a tese de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”³⁵.

Na referida decisão, o Ministro Relator do Recurso Extraordinário Edson Fachin ponderou que o princípio da praticidade encontra como obstáculo os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, sendo papel do Poder Judiciário assegurar as situações individuais que ultrapassam o limite da razoabilidade.

Ademais, nas palavras do Relator, “a tributação não pode transformar uma ficção jurídica em uma presunção “*juris et de jure*”, tal como ocorreria se o fato gerador presumido tivesse caráter definitivo, logo alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico”³⁶.

Assim, consignou ainda que entender ao contrário representaria uma injustiça fiscal, pois a não restituição do valor recolhido a maior enseja enriquecimento sem causa por parte do Fisco, já que não há chancela da Constituição para a cobrança a maior.

³⁰BRASIL. Lei 6.763/1975. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/16763_1975.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

³¹_____. Decreto 43.080/2002. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/d43080_2002.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

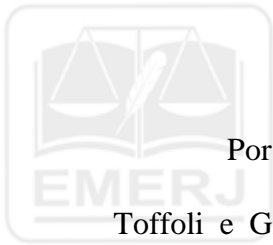
³²_____. Supremo Tribunal Feral. RE n. 593849/MG op.cit.

³³_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2675/PE. op. cit.

³⁴_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2777/SP. op. cit.

³⁵_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 844 STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo844.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

³⁶_____. Supremo Tribunal Federa. Informativo 844 do STF. op. cit.



Por oportuno, consigna-se que restaram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes por compreenderem que conceder a restituição na substituição tributária progressiva é inviabilizar o próprio instituto, somando-se ao fato de que o valor presumido não é um valor arbitrário e sim a média praticada pelo mercado, assim que deveria ser uma presunção definitiva da estimativa.

Pontua-se ainda que, tendo em vista a segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão concedendo efeitos prospectivos a referida tese firmada, pois a decisão orientará os processos pendentes e os futuros, assim não abarcando as decisões já transitadas em julgado e as que não foram judicializadas.

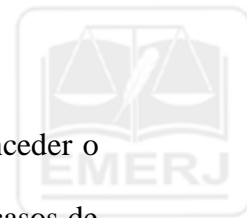
3. A COMPLEMENTAÇÃO COMO O *CONTRARIO SENSU* DA RESTITUIÇÃO

Diante da consolidação da tese do direito de restituição dos valores recolhidos à maior na substituição tributária progressiva, tem-se a complementação do valor recolhido à menor como um direito do Fisco. Assim, a complementação é tão somente a outra faceta do direito de restituição na substituição tributária progressiva.

Noutras palavras, se o contribuinte tem direito de ser restituído do valor pago a maior, também tem o dever de complementar o valor pago a menor. Atenta-se que concluir o contrário seria até mesmo irracional, pois se a restituição é devida, a complementação também o será.

A complementação do valor pago a menor na substituição tributária progressiva é fundamental para que o contribuinte pague o real valor devido a título de carga tributária. Do contrário, tem-se um pagamento a menor, que deverá ensejar um lançamento de ofício da diferença.

Nesse sentido, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do patrimônio público, o gestor público só poderia conceder benefício fiscal por meio de lei específica, nos termos do



art. 150, §6 CRFB/88³⁷. Desse modo, somente por lei específica o Fisco poderia conceder o benefício fiscal de não ser cobrada a diferença resultante do pagamento a menor nos casos de substituição tributária progressiva, como foi feito pelos Estados que firmaram o Convênio de ICMS 13/97³⁸.

Por outro lado, nos Estados que não firmaram o dito Convênio, como São Paulo e Pernambuco, não há lei específica de concessão do benefício fiscal, logo nesses Estados deverá ocorrer a cobrança do valor da diferença a título de complementação, pois, do contrário, tais Estados estariam por conceder benefício fiscal sem previsão em lei específica.

Ademais, deve-se compreender pela ilegalidade substancial de se editar lei específica para assegurar a não complementação, pois não se está a consubstanciar propriamente um benefício fiscal. Ressalta-se que a concessão de um benefício fiscal deve possuir uma finalidade que vai além da própria redução da carga tributária, a saber, a de fomentar um determinado comportamento.

Assim, a edição de lei, assegurando o direito de não complementação, visa reduzir a carga tributária, alterando a própria base de cálculo do tributo, logo violando o princípio da capacidade tributária e o próprio princípio da legalidade, não no seu aspecto formal, mas sim no seu ao aspecto substancial, ao desrespeitar a base de cálculo do tributo prevista em lei.

Portanto, deve-se registrar que a complementação da diferença não é somente um direito como um dever dos Estados para que não ocorra a violação aos princípios da indisponibilidade do patrimônio público e da legalidade no seu aspecto formal, por ausência de lei, ou no seu aspecto material, por alterar a base de cálculo de um tributo por uma via transversa.

Por fim, frisa-se apenas que a complementação nada mais é que o *contrario sensu* da restituição no tocante à diferença resultante na substituição tributária progressiva.

³⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. op.cit.

³⁸BRASIL. Convênio ICMS 13/97. op.cit.



CONCLUSÃO

Ante o que restou assentado, conclui-se que, ocorrendo a efetiva divergência do valor real de venda com o valor arbitrado para a venda nos casos de substituição tributária progressiva, é devida a restituição do valor pago à maior ao responsável, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. E noutra faceta, deve-se compreender que a referida decisão gerará como um consectário lógico o dever de complementação do valor pago à menor pelo contribuinte.

O princípio da legalidade tributária, no seu aspecto de reserva legal tributária, estabelece que é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Logo, tem-se uma garantia individual do contribuinte com *status* de cláusula pétrea.

Ademais, no presente artigo elencou-se, em síntese, quatro argumentos doutrinários, a saber: o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela presunção relativa dos valores constituídos em pautas fiscais, a base de cálculo em valor superior ao valor real decorre na criação de um novo tributo sem amparo legal, a dimensão econômica do fato gerador é cindível e a substituição tributária é um mero pagamento antecipado que não se confunde com o fato gerador em si.

No viés constitucional, mostra-se mais adequado compreender o art. 150, §7º, CRFB/1988 como um típico caso de omissão constitucional como decorrência da utilização dos princípios de interpretação constitucional - princípios da unidade da Constituição e da concordância prática -, e desdobrando-se no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do Estado.

Assim, em harmonia com o Supremo Tribunal Federal, conclui-se pelo direito, do responsável, à restituição do valor recolhido à maior. Essa conclusão origina outra, qual seja, o direito, do Estado, de complementação do valor recolhido à menor no âmbito da substituição

tributária progressiva, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do patrimônio público e ainda, a impropriedade de se prever a não complementação como se fosse um benefício fiscal.

Portanto, a praticidade não prevaleceu diante de farta argumentação de natureza constitucional conforme já demonstrado. Ademais, a substituição tributária não pode ser um fim em si mesma e tão somente um meio de arrecadação. Frisa-se que tal técnica de arrecadação deve ser justa e constitucional. A substituição tributária progressiva, como instituto jurídico, não prepondera a custo da violação do direito individual do contribuinte.

Contudo, somente o tempo dirá se a decisão do Supremo Tribunal Federal, assegurando o direito a restituição tributária progressiva, tornará inócuo o referido instituto. Com a devida vênia, diante de métodos de arrecadação cada vez mais apurados e minuciosos, não se vislumbra que a substituição tributária progressiva estará fadada ao relento da inoperabilidade, pois em estados como o de São Paulo a restituição do valor a maior já é uma realidade.

REFERÊNCIA:

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Convênio ICMS 13/97. Disponível em: <http://www1.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/icms/1997/CV013_97.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

Brasil. Decreto 43.080/2002. Disponível em: <https://http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/d43080_2002.htm>. Acesso em: 25 nov.



_____. Emenda Constitucional 3/1993. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em:
30 ago. 2016.

_____. Lei 6.763/197 - MG. Disponível em:
<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/l6763_1975.htm>. Acesso
em: 25 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2675/PE. Relator: Ministro Ricardo
Lewandowski. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2025496>>.
Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2777/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2075948>>.
Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1851/AL. Relator: Ministro Ilmar Galvão.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1718462>>.
Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 440 do STF. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo440.htm>>. Acesso em: 30
de ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 844 STF. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo844.htm>>. Acesso em: 25
nov. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. Rcl-AgR 2.600/SE. Relator: Ministro Cezar Peluso. J.
14.09.2006. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo440.htm>>. Acesso em 30
ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593849/MG. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2642284>>.
Acesso em: 25 nov. 2016.



MACHADO, Hugo de Brito. A substituição tributária no ICMS e a questão do preço final. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense/RJ. v. 380. jul./ago. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015

IATROGENIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.

Michelle Azevedo da Costa
Graduada pela Universidade Gama Filho.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho aborda o estudo da responsabilidade civil decorrente do erro médico e a distinção entre o denominado erro médico e o ato iatrogênico, institutos comumente confundidos pela doutrina e jurisprudência, sendo a segunda causa de exclusão de responsabilidade civil do profissional médico. Para elaboração da pesquisa, foi utilizado o método de abordagem dedutiva, pois parte do conceito de responsabilidade civil para chegar até a particularidade da responsabilidade civil decorrente de ato iatrogênico.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Erro Médico. Código de Defesa do Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos da Responsabilidade Civil e da Responsabilidade Civil Médica. 2. Erro Médico 3. Iatrogenia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda direitos e deveres advindos da relação médico-paciente, considerando a crescente judicialização dessas relações no Poder Judiciário, onde se pleiteia a responsabilidade dos profissionais da medicina em razão de eventuais erros cometidos com a inobservância de um ou alguns dos deveres inerentes à profissão. Para tanto, aborda-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a explanar algumas das causas de exclusão da responsabilidade médica, especialmente em razão da incompreendida iatrogenia. Em razão da falta de conhecimento sobre o fenômeno iatrogênico, o Poder Judiciário, por diversas vezes, se equivoca ao decidir as questões expostas à sua apreciação, deixando de prestar satisfatoriamente a jurisdição. Este tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que, corriqueiramente, o Poder Judiciário é chamado a intervir nessas relações. Para melhorar a compreensão do tema, buscou-se apresentar o conceito e o significado da palavra responsabilidade, esclarecendo que



esta tem origem no verbo “*respondere*¹” do Latim, que significa o dever de reparar o dano causado por ação ou omissão do agente ativo do verbo.

O primeiro capítulo deste trabalho apresenta os aspectos da responsabilidade civil e sua aplicação na relação médica-paciente e o tratamento contemporâneo vinculado a esse ramo do direito; já no segundo capítulo discorre-se sobre as questões atreladas ao erro médico e a necessidade de sua reparação nas hipóteses previstas em lei. O terceiro capítulo destina-se à análise do conceito de iatrogenia e do dano iatrogênico, bem como de sua repercussão na seara da Responsabilidade Civil, distinguindo o erro daquele e, por fim, destacando os direitos e deveres inerentes à relação estabelecida entre as partes.

A metodologia desta pesquisa foi a revisão bibliográfica, valendo-se do método dialético e análise parcialmente exploratória e qualitativa.

1. ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.

A responsabilidade civil traz a ideia de obrigação, contraprestação, uma vez que sua essência está relacionada ao desvio de conduta, ou seja, ela foi criada para alcançar as condutas contrárias ao direito, compensando-as e exigindo do agente causador do dano que recomponha os danos sofridos.

Como a responsabilidade civil está ligada à recomposição de danos sofridos devido a um atuar danoso, Cavalieri² destaca a possibilidade de dividi-la em quatro espécies: subjetiva, objetiva, contratual e extracontratual.

Para que haja responsabilidade subjetiva é necessário: a) conduta culposa; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial; c) nexos de causalidade entre a conduta e o dano ocorrido. A

¹ Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/responder>> Acesso em 16 de dezembro de 2016.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13/15.



conduta culposa é definida como sendo o atuar de forma imprudente, negligente e imperito. A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, difere-se da responsabilidade subjetiva, pela não exigência de comprovação de conduta culposa, ou seja, para a ocorrência da responsabilidade civil objetiva são necessários apenas dois pressupostos, quais sejam: a) dano patrimonial ou extrapatrimonial; b) nexo de causalidade entre a conduta e o dano, que é a conexão entre o ato danoso e o dano causado, não havendo a necessidade de presença de culpa.

O dano, por sua vez, pode dividir-se entre dano patrimonial e extrapatrimonial. O primeiro atinge os bens materiais integrantes do patrimônio da vítima, enquanto o dano extrapatrimonial ou moral é aquele insusceptível de avaliação pecuniária, podendo ser caracterizado pela ofensa a dignidade da pessoa humana.³

Existem duas formas de se alcançar a responsabilidade civil, a primeira por meio de previsão legal e a segunda por meio da exploração de atividade potencialmente causadora de riscos, consoante disposto no artigo 927, parágrafo único do Código Civil⁴:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Portanto, a conduta lícita ou ilícita pode vir a gerar danos, o que ensejará o direito à reparação civil.

A responsabilidade civil também pode ser contratual e extracontratual. Na primeira existe a previsão expressa em contrato da obrigação de indenizar, previsão esta que não está presente na relação extracontratual, devendo o lesado comprovar o nexo da atuação com o dano gerado. Na responsabilidade contratual, existe um vínculo preexistente, devendo a parte que deu causa aos danos ressarcir a parte lesada, restabelecendo o equilíbrio contratual. Já na responsabilidade extracontratual, ocorre a violação de um direito subjetivo, sem que exista

³ Ibid

⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. > Acesso em 17 de dezembro de 2016.



entre as partes qualquer relação jurídica preexistente, sendo certo que a mesma decorre da lei em razão da violação de um direito.

Assim, temos como elementos da responsabilidade civil o ato ilícito, o dano, o nexo causal, a culpa ou o dolo. O ato ilícito é a conduta praticada pelo sujeito que culposa ou dolosamente causa danos a terceiros, ficando obrigado a repará-lo. A violação do direito subjetivo de terceiro pode ocorrer por meio de uma ação ou omissão do direito, ressaltando que o ilícito culposo ocorre por imprudência, negligência ou imperícia.

No que tange à responsabilidade médica, esta é em suma subjetiva, ou seja, para que haja o dever de indenizar é preciso que existam dano, nexo de causalidade entre o fato e o dano e a comprovação da existência de conduta dolosa ou culposa do agente.

Pode-se dizer que a existência do dano é indispensável para caracterizar a responsabilidade de indenizar, em se tratando de responsabilidade objetiva ou subjetiva, ou seja, a não ocorrência de danos não gera qualquer vínculo obrigacional, podendo a responsabilidade do sujeito surgir por ato próprio, de terceiros e ainda por coisas sob sua guarda. Assim, a prática do ilícito obriga o causador a reparar o dano, restabelecendo para a vítima, nas hipóteses cabíveis, *o status quo ante*, ou quando não viável tal solução, buscar-se-á outra forma de compensação pelos danos causados.

O *quantum* indenizatório referente aos danos causados deve levar em conta outros elementos da responsabilidade civil, como o dolo e a culpa. Tanto a culpa quanto o dolo partem de uma conduta voluntária do agente, todavia, a conduta dolosa já nasce ilícita, causando um resultado antijurídico, enquanto a conduta culposa, ao contrário, nasce lícita mas desvia-se dos padrões de cuidado aceitos.

Outro elemento da responsabilidade civil, o nexo de causalidade, é o que liga uma conduta ao resultado, permitindo-se concluir que aquela conduta fora causadora dos danos sofridos. Sendo assim, caso comprovado à ausência do nexo de causalidade não se pode falar



em direito a indenização.

Deve-se destacar que a responsabilidade civil não é absoluta, havendo certos fatos que influem como excludentes de responsabilidade, sendo as mesmas comuns tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a responsabilidade objetiva, como por exemplo, a ocorrência de força maior ou caso fortuito.

Entende-se por caso fortuito e força maior como a ocorrência de um evento desencadeador de danos em que não há culpa de ninguém. Nesse sentido, o fortuito é inevitável, mas nem sempre imprevisível.⁵

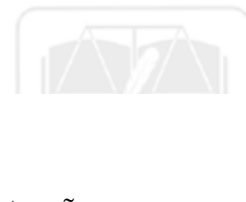
A culpa exclusiva da vítima também exclui a responsabilidade civil, devendo os danos causados serem suportados pela própria vítima, como ocorre, por exemplo, nos casos de descumprimento de recomendações pós-operatório. Diferentemente, quando houver concorrência de culpas não ocorrerá à exclusão da responsabilidade. A vítima, nesse caso, continuará fazendo jus à indenização, mas de forma reduzida na proporção de sua culpa.

Recentemente, observou-se uma crescente demanda da responsabilidade civil médica nos tribunais brasileiros, passando a ser corriqueira a aplicação da condenação de profissionais da medicina a indenizar danos causados com base nas chamadas obrigações de resultado. A responsabilidade do profissional de medicina pode ser dividida em obrigação de meio ou de resultado.

A obrigação do médico é considerada, em regra, de meio, tendo como exceção as especialidades médicas de cirurgia plástica estética, ou embelezadora e a anestesiologia, que são tratadas como obrigação de resultado.

A possibilidade de mudança desse posicionamento ocorre em razão da perspectiva do avanço da pesquisa jurídica, para que esta possa acompanhar a pesquisa científica, considerando-se não ser possível determinar todas as reações fisiológicas de um paciente a um

⁵ CAVALIERI FILHO, *op.cit.*,p.370.



ato médico.

O médico, ao desempenhar seu trabalho, está obrigado a fazê-lo com atenção, cuidado, zelo, diligência e dedicação, bem como se utilizar de toda a técnica disponível sem, entretanto, ser obrigado a alcançar o êxito, uma vez que a natureza jurídica da responsabilidade médica é de meio.

Porém, nos casos de contrato de prestação de serviços, para procedimentos eletivos, o contrato entre médico e paciente teria uma natureza contratual, *sui generis*⁶.

Divergem ainda, os doutrinadores sobre a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, e para outros um contrato *sui generis*. Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços, consoante orientação pelos Códigos da Suíça e da Alemanha.

Porém, prevalece, na doutrina e na jurisprudência pátria, o entendimento de que a natureza da responsabilidade médica seria contratual, ressaltando que a responsabilidade contratual tem sua origem na convenção entre as partes e a extracontratual tem origem na inobservância do dever genérico de não lesar ou causar dano a outrem:⁷

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. USO DE MEDICAMENTO HEPATOTÓXICO PARA O TRATAMENTO DA ACNE SEVERA. HEPATITE MEDICAMENTOSA CAUSADA PELA DROGA, FORÇANDO A PACIENTE A FAZER REPOUSO POR DOIS MESES. PERDA DO EMPREGO. FRUSTRAÇÃO E ANGÚSTIA ENSEJADORAS DE ABALO ANÍMICO. GASTOS COM A COMPRA DO REMÉDIO CARACTERIZADORES DO PREJUÍZO MATERIAL A SER REPARADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO DERMATOLOGISTA E DA CLÍNICA CONDENADA SOLIDARIAMENTE. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DANO E DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO DA CLIENTE E DE EXAMES PRÉVIOS APTOS A AFERIR A SAÚDE HEPÁTICA DA AUTORA ANTES DE INICIADA A TERAPIA ORAL. CONDUTA NEGLIGENTE DO PROFISSIONAL DA SAÚDE EVIDENCIADA, NOTADAMENTE APÓS A CIÊNCIA DOS EFEITOS COLATERAIS APRESENTADOS PELO USO DA FLUTAMIDA. PERÍCIA INDICANDO COMO CAUSA PROVÁVEL DA LESÃO DO FÍGADO A UTILIZAÇÃO DO FÁRMACO PRESCRITO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO MÉDICO, ENTENDIDA COMO DE

⁶ Ibid., p. 370.

⁷ SANTOS, José Maldonado de Carvalho. *Iatrogenia e erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 401



MEIO. CONSEQUENTE EXIGÊNCIA DE CULPA PARA O NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO RESSARCITÓRIA (ART. 14, § 4º, DO CDC), PRESENTE NA HIPÓTESE. CLÍNICA QUE RESPONDE OBJETIVAMENTE PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DERMATOLÓGICOS. HONORÁRIOS PERICIAIS POR CONTA DOS VENCIDOS. RECURSO DA LESADA. MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. VALOR ARBITRADO AQUÉM E DESPROPORCIONAL AO DANO SUPORTADO. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DOS JUROS DE MORA SOBRE ESSE QUANTUM, A INCIDIR DESDE A CITAÇÃO. MAJORAÇÃO TAMBÉM DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, A PARTIR DO BALIZAMENTO DO ARTIGO 20, §§ 3º E 4º DO CPC. APELOS CONHECIDOS, SENDO PARCIALMENTE PROVIDO O DOS RÉUS E PROVIDO O DA AUTORA. (TJ-SC - AC: 20130614414 SC 2013.061441-4 (ACÓRDÃO), RELATOR: RONEI DANIELLI, DATA DE JULGAMENTO: 14/07/2014, SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL JULGADO).⁸

Vale destacar, que a obrigação do médico, segundo Diniz⁹, “se apresenta como uma obrigação de meio e não de resultado, por não comportar o dever de curar o paciente, mas sim de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina”. Ou seja, tem-se que apurar a existência de culpa ou dolo em sua atuação, devendo configurar um verdadeiro erro medico.

2. O ERRO MÉDICO.

O erro médico é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida e à saúde do paciente. O dano suportado pode ocorrer em razão da imprudência, imperícia ou negligência médica no exercício de sua atividade, decorrendo da ação ou omissão do médico, que pode ser dolosa ou culposa, uma vez que o médico trabalha com situações complexas e inesperadas, devendo sempre observar os limites da ética médica, da moral e da legislação brasileira.

Como se vê, as questões puramente técnicas escapam à competência do poder judiciário que deve limitar-se a verificar se houve, por parte do médico, alguma imperícia,

⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº: 20130614414 (2013.061144-4), Rel. Des. Ronei Danielli, j. 14/07/2014, Disponível em: <<https://tj-c.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25202914/apelacao-civel-ac-20130614414-sc-2013061441-4-acordao-tjsc/inteiro-teor-25202915?ref=juris-tabs>> Acessado em: 09/03/2017.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20 ed. V. 2 : teoria geral das obrigações. . São Paulo: Saraiva, 2004, p. 191.



imprudência ou negligência, consistente em erro grosseiro capaz de comprometer a reputação de qualquer profissional, especialmente da área da saúde. Destaca-se nesse sentir, a posição de Hungria¹⁰:

Na Idade Média, penas severas eram aplicadas aos médicos que ocasionavam eventos letais. E não raras vezes imputava-se como culpa o que era apenas atestado de precariedade da arte de curar.

Foi Montesquieu quem iniciou uma nova corrente de ideias no sentido de afastar de sobre a cabeça dos médicos a espada de Dâmocles da sanção penal.

Desde então começou a ser reconhecida uma certa liberdade de iniciativa dos médicos e a necessidade de tolerância para com os erros devidos à própria imperfeição da ciência hipocrática [...]

O médico não tem carta branca, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que surgiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela Justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto.

O erro médico engloba o erro profissional, sendo certo que esse surge da falha, decorrente de limitações materiais e tecnológicas da medicina. Nesse sentido, Cavalieri Filho¹¹ esclarece:

Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em reação ao que era esperado de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E embora não se possa falar em direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto".

O erro médico também pode ser classificado em erro de diagnóstico e o erro escusável. O erro de diagnóstico surge de uma verificação mal desempenhada e, na maior parte das vezes, está relacionada com a insuficiência dos meios utilizados ou ainda pela negligência do investigador.

Jerônimo Romanello Neto¹² adverte que o "erro, derivando de uma apreciação subjetiva em um caso cientificamente duvidoso ou com opiniões diferentes na doutrina médica, não pode causar responsabilidade ao médico".

¹⁰ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. V.5. Rio de Janeiro: Forense. 1953, p. 154.

¹¹ CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 433.

¹² ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade civil dos médicos*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira. 1998, p.37.



Tendo em vista a complexidade da definição de um diagnóstico, Irany Novah Moraes¹³ entende ser necessário que seja a responsabilidade por erro de diagnóstico seja observada sob quatro vertentes, destacando a possível responsabilidade para os dois primeiros tipos de diagnóstico:

O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada é às até mesmo só pela queixa do paciente.

O diagnóstico sindrômico depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mis explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença.

O diagnóstico anatômico, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão.

O diagnóstico etiológico costuma ser o mais difícil, embora com todo progresso da biotecnologia, pois, de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas. Tudo ser torna difícil quando se procura juntar os dados oferecidos pelo paciente e os obtidos pelos exames físicos e complementares para enquadrá-los em um dos seguintes itens que relaciona todas as causas conhecidas das doenças: 1. inflamação; 2. infecção; 3. infestação; 4. degeneração; 5. neoplasia; 6. alteração metabólica; 7. problema imunológico; 8. envenenamento; 9. traumatismo (químico, elétrico, por radiação nuclear ou raios x); ou por exclusão dos demais resta a confissão da causa desconhecida; 10. idiopática.

Dessa forma, comprovado que o médico agiu conforme as técnicas da ciência médica, diagnosticando de forma consciente, se afasta a possibilidade de erro e, por consequência a culpa, considerando-se como escusável o dano que eventualmente ocorrer nessas hipóteses.

O erro escusável é aquele que decorre de uma falha não imputada ao médico, portanto, devem ser analisadas todas as circunstâncias que antecedem o dano ocorrido, uma vez que esse é considerado inevitável e mesmo com todas as cautelas ocorreria.

Para a caracterização do erro médico é preciso que haja o dano ao paciente, ato médico, nexos de causa e efeito entre o tratamento e a lesão causada e uma das falhas citadas (imprudência, negligência e imperícia). Na ausência de qualquer dos elementos descritos está descaracterizado o erro médico.

¹³ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 203-204.



Na verificação do erro médico, o magistrado deverá apreciar as provas, considerar o dano e estabelecer entre eles o nexo causal, avaliando as circunstâncias do ato médico, estabelecendo se houve ou não a culpa.

No campo da responsabilidade, o erro médico pode ser fundado na ordem pessoal ou estrutural. Esta está relacionada com as condições de trabalho e aquela com o vínculo no despreparo intelectual e técnico.

O erro ocorre em todas as profissões, o problema é que o médico lida com vidas humanas em situações, muitas vezes, imprevisíveis, em suma, será preciso apurar os caos de forma isolada, caso a caso, à luz da ciência, dos avanços da tecnologia se era possível ou não nas hipóteses analisadas o que médico tinha efetivamente à sua disposição para se chegar a um diagnóstico esperado pela ciência médica, a um tratamento eficaz, resultando em um tratamento sem imperícia, negligência ou imprudência injustificável.

3. IATROGENIA.

No campo da responsabilidade civil médica, o termo iatrogenia busca expressar um dano causado ao paciente pelo médico em razão de uma ação ou omissão no exercício de sua atividade ou especialização. Os dicionários e enciclopédias médicas referem-se à expressão iatrogenia¹⁴, como:

[...] um estado anormal causado no paciente pelo médico, quando produz ansiedade ou neurose por afirmativas não judiciosas; produção ou indução de qualquer modificação nociva na condição psíquica ou somática de um paciente por meios de palavras ou ações do médico, alterações na saúde de um paciente surgidas como consequência do uso de certos medicamentos indicados pelo terapeuta; a provocação de problemas adicionais ou complicações resultantes de tratamento de um clínico ou cirurgião. [...]

¹⁴ DORLAND, Manole. *Dicionário Médico Ilustrado*. 28. ed. Rio de Janeiro: Rocco, p. 574.



Alberto Riú¹⁵ assinala que a iatrogenia é uma “síndrome não punível, caracterizada por um dano inculpável, no corpo ou na saúde do paciente, conseqüente de uma aplicação terapêutica isenta de responsabilidade profissional.”

No mesmo sentido, podemos citar José Carlos Maldonado dos Santos¹⁶, segundo o qual o dano iatrogênico “significa as manifestações decorrentes do emprego de medicamentos em geral, atos cirúrgicos ou quaisquer processos de tratamento feitos pelo médico ou por seus auxiliares.”

O dano iatrogênico ocorre em razão de uma conduta médica respaldada em notórios preceitos da medicina. Sendo assim, o resultado, que é previsível, não pode ser imputado ao profissional da medicina, que em regra, possui responsabilidade de meio e não de fim.

Ou seja, a iatrogenia pode ser definida como toda intervenção feita no paciente, de forma não culpável, em razão do atuar médico, observando-se as normas e procedimentos da medicina, o que, portanto, não pode ser confundido com o “erro médico”.

A iatrogenia pode ser classificada em positiva ou negativa, ou seja, na iatrogenia positiva as alterações no paciente são mínimas, e na iatrogenia negativa o paciente pode sofrer algumas lesões decorrentes da atuação do médico. A título de exemplificação, podem-se destacar os problemas vasculares, tendo em vista que o tratamento poderá constituir-se em uma lesão definitiva, ou seja, ter-se-ia como tratamento indicado a amputação dos membros em caso de gangrena. Como se verifica no exemplo dado, a intervenção causada pelo médico foi o único meio para se buscar a cura do paciente, porém gera, ao mesmo tempo, outro dano a este.

¹⁵ RIÚ, Jorge Alberto. *Responsabilidade profissional de los médicos* [sic]. Buenos Aires: Lener Editores Asociados, 1981, p.50, apud CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p.3

¹⁶ SANTOS, José Maldonado de Carvalho. *Iatrogenia e erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.26.



Na jurisprudência¹⁷, quando o dano iatrogênico ocorre, mesmo quando da aplicação de todos os cuidados devidos, este é visto como verdadeiro erro escusável, não havendo falar em responsabilidade do médico nessas hipóteses:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INFECÇÃO HOSPITALAR DECORRENTE DE SURTO EPIDÊMICO. INOCORRÊNCIA DE ERRO OU NEGLIGÊNCIA NO TRATAMENTO MÉDICO PRESTADO. DANO IATROGÊNICO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Caso em que a autora, após ser submetida a uma cirurgia de colecistectomia por videoparoscopia no Hospital Geral de Bonsucesso, contraiu infecção hospitalar e foi submetida a intenso e longo tratamento (inclusive com outras cirurgias) para a recuperação de sua saúde. Demonstrado nos autos que o quadro infeccioso não decorreu de erro, assepsia ou negligência no serviço médico prestado, mas sim de surto imprevisível (segundo as atuais técnicas da medicina) de diferente micobactéria, não pode ser imputada responsabilidade à União Federal. Não seria razoável que o atendimento gratuito, realizado segundo a boa técnica, possa gerar para a coletividade o ônus de pagar pelos problemas que são riscos próprios do procedimento, realizado sem intuito de lucro. Portanto, ainda que se queira trabalhar com a responsabilidade objetiva, configura-se fortuito que exclui a responsabilidade. Raciocínio outro afirmaria o Poder Público segurador geral de males oriundos de causas as mais diversas, que não gerou, e quando os recursos devem ser destinados à melhoria do sistema. Remessa e apelo da União providos. Sentença modificada. (TRF-2 - REEX: 200851010124235, Relator: Desembargador Federal GUILHERME COUTO, Data de Julgamento: 23/08/2010, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 28/02/2011)

Sendo assim, a técnica bem empregada, seguindo os ensinamentos da ciência médica, bem como, considerando a reação física própria de cada pessoa, pode se chegar a um resultado positivo sem que haja risco de ocorrer ato iatrogênico.

Diferente do ato iatrogênico, o erro médico é considerado como falha do médico no exercício de suas funções, ou seja, é o desvio do objetivo decorrente da ação ou omissão, podendo ser ainda, de natureza dolosa ou culposa, como se pode observar na jurisprudência¹⁸ pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. ERRO MÉDICO. PROVA PERICIAL CONCLUIU PELA NEGLIGÊNCIA NO PRONTO ATENDIMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DANOS MORAIS

¹⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal 2. Sexta Turma Especializada. REEX nº: 2008.510.10124235, Rel. Des. Federal: Guilherme Couto, j. 23/08/2010, Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23494179/apelre-apelacao-reexame-necessario-reex-200851010124235-trf2/inteiro-teor-111723946?ref=juris-tabs>. Acessado em 09/03/2017.

¹⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Vigésima Câmara Cível Consumidor. Apelação Cível nº: 035.3334 - 48-2012.8.19.0001, Rel. Des. João Batista Damasceno, j. 22/02/2017, Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br>. Acesso em 09/03/2017.



COMPROVADOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R\$ 10.000,00. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ. PERÍCIA MÉDICA CONCLUSIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE QUALQUER FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR. INDENIZAÇÃO ARBITRADA QUE CONSIDEROU A GRAVIDADE DO ILÍCITO, A CONDIÇÃO DAS PARTES E OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, MOSTRANDO-SE MODERADA E PONDERADA NA SUA QUANTIFICAÇÃO, INEXISTINDO MOTIVOS PARA SUA REDUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Dessa forma, para caracterizar o erro médico, faz-se imprescindível a existência do dano ao paciente, seguindo do nexa causal e tratamento com falhas provocadas pelo médico com negligência, imprudência ou imperícia. Outrossim, não existe razão para se confundir o dano iatrogênico com o erro médico, uma vez que aquele ocorre são a previsibilidade do dano, seqüela, e a necessidade de sua produção, considerando-se um meio lícito para se atingir o resultado desejado, observando-se sempre os procedimentos técnicos recomendados. Por conseguinte, o erro injustificável deve ser punido pelo poder judiciário, uma vez comprovado o vício de procedimento restará configurada a conduta ilícita do profissional médico.



CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar com o presente artigo que a responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico por meio de um ato ilícito, tem o dever de reparar, pois todos têm um dever jurídico originário de não causar danos a outrem.

Em sua aplicação na esfera médica, verificou-se que a obrigação assumida pelo médico, como regra, é de meio e não de resultado, sendo assim, somente haverá falar em responsabilidade do profissional da medicina quando esse agir com imprudência, imperícia ou negligência, sendo necessário distinguir o erro médico do ato iatrogênico. Este pode ser definido como sendo o dano causado ao paciente pela intervenção médica sem a ocorrência de culpa.

O erro médico, ao revés do ato iatrogênico, adentra na seara da responsabilidade civil, gerando o dever de reparar o dano causado por outro lado, a iatrogenia é considerada pela jurisprudência como consequência esperada de uma atuação de meio, caracterizando-se como forma de excludente de responsabilidade na relação médico-paciente, uma vez que a iatrogenia caracteriza-se por uma lesão decorrente do atuar médico correto e necessário, afastando-se qualquer reparação a eventual dano causado em razão da atuação médica nesse sentido.

Assim, conclui-se que o erro médico e a iatrogenia não se confundem, uma vez que no erro, quando provocado com culpa, o dever de reparar o dano estará indene de dúvidas em razão da não observância dos deveres de técnicas, bem como, dos deveres de cuidado previstos pelo ordenamento jurídico, enquanto no dano iatrogênico há ocorrência de um dano previsível pela regular atuação médica, não podendo o profissional ser responsabilizado por tal dano, quando ficar comprovado que atuou de forma diligente e em conformidade com as boas práticas médicas.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de civil, comercial, processo civil e constituição da república*. Yussef Said Cahali (Org.). 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Código Civil. Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Lex: Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 de março. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Lex: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 de março 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. 23 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V.2. 20. ed. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004.

DORLAND, Manole. *Dicionário Médico Ilustrado*. 28. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. V.5. Rio de Janeiro: Forense. 1953.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, José Maldonado de Carvalho. *Iatrogenia e erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. V. 1. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. V. 3. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. V. 4. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.



A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE A PARTIR DOS NOVOS MODELOS DE GESTÃO DO 3º SETOR

Michelle Desirée Ayres Morgado

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo: A Lei Federal n. 9.637/98, por intermédio do Programa Nacional de Publicização, dispôs sobre a qualificação de entidades privadas, sem fins lucrativos, como organizações sociais com o objetivo de executar serviços públicos relevantes para a sociedade, em regime de parceria com o Poder Público, podendo para tanto absorver órgãos e entidades públicas que exerciam a atividade, provocando a sua extinção. Apesar de muito criticada, o STF declarou a sua constitucionalidade, estabelecendo apenas a interpretação conforme a CRFB/88 de alguns dispositivos, precipuamente para submetê-las à observância dos princípios que regem a Administração Pública. Apesar disso, o cenário atual demonstra a criação pelos demais entes federativos de OS que se desvirtuam do modelo federal, facilitam o desvio de verbas públicas e o desrespeito aos princípios administrativos, bem como podem implicar na transferência total da atividade, violando frontalmente o caráter de complementariedade atribuído à iniciativa privada pela CRFB quanto a saúde.

Palavras-chave: Organizações sociais. Modelo federal. Princípios de Direito Administrativo. Serviços de saúde. Atuação da iniciativa privada.

Sumário: Introdução. 1. A competência normativa dos entes federativos face ao modelo de gestão federal. 2. O regime jurídico de atuação das OS e a garantia dos princípios administrativos. 3. A impossibilidade de repasse total à iniciativa privada da prestação direta dos serviços públicos de saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a discutir as formas que tomaram os novos modelos de gestão do 3º Setor, concebidos a partir da Lei Federal n. 9.637/98, que tinha como objetivo fomentar a cooperação de entidades privadas em determinadas atividades sociais, mas que atualmente levam, especialmente quanto aos serviços públicos de saúde, a uma verdadeira privatização do setor de saúde.

Para tanto, serão analisadas as diretrizes que tais entidades tomaram após a regulamentação normativa realizada por cada ente federativo no âmbito de seus interesses, e a declaração de constitucionalidade do modelo federal atribuída com interpretação conforme a Constituição Federal pelo STF.

As organizações sociais, foram criadas com vistas a proporcionar uma melhor eficiência na prestação de serviços públicos sociais, não exclusivos do Estado, através da celebração de contratos de gestão da Administração Pública com entidades jurídicas sem fins lucrativos, podendo até mesmo acarretar na extinção dos órgãos e entidades que vinham exercendo tal atividade, e a sua conseqüente absorção pela OS.

Dessa forma, a grande vantagem das OS se torna também a maior preocupação, já que em razão de não se submeterem ao regime jurídico de direito público, receberem incentivos fiscais para o desenvolvimento das suas atividades, e até mesmo contarem com a cessão de servidores, tornam a gestão de importantes setores da sociedade bastante questionável e pouco controlável.

O primeiro capítulo do trabalho buscará analisar a amplitude da competência legislativa conferida à Administração Pública dos demais entes federativos em normatizarem seus próprios modelos de gestão, para demonstrar que foram a criados modelos com finalidade diversa da pretendida pela lei federal.

O segundo capítulo pretende observar se os critérios objetivos estabelecidos pelo STF como necessários à qualificação discricionária das OS, bem como para a celebração de negócios e a contratação de profissionais por estas entidades, seria suficiente para garantir o respeito aos princípios administrativos. A finalidade do capítulo é demonstrar que as OS, atuando fora do regime jurídico de direito público, facilitam o desvio de verbas públicas e o descumprimento da impessoalidade e moralidade administrativa, face a precária fiscalização existente.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a discutir se a adoção de modelos de gestão que impliquem no progressivo e completo repasse da prestação dos serviços públicos de saúde à iniciativa privada se coaduna com a Constituição Federal. O objetivo do capítulo é defender a impossibilidade da transferência total da atividade, tendo em vista que a ausência do Estado



na atuação direta na prestação dos serviços públicos de saúde viola a Constituição e a Lei Orgânica de Saúde.

A pesquisa a ser desenvolvida terá natureza qualitativa quanto a abordagem e descritiva quanto aos objetivos. Quanto aos meios será adotado a metodologia bibliográfica, utilizando-se a lei, doutrina e os posicionamentos já expostos pelo STF acerca do tema.

1. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS FACE AO MODELO DE GESTÃO FEDERAL

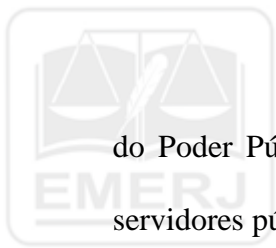
A Lei Federal n. 9.637/98¹ criou o chamado Programa Nacional de Publicização, termo que foi bastante criticado na doutrina, tendo em vista que, como será visto mais adiante, pode implicar verdadeira privatização da forma de gestão estatal quanto aos serviços públicos sociais.

Segundo Hely Lopes Meirelles², a referida lei federal não possui caráter nacional, portanto, a sua aplicação não é obrigatória quanto aos Estados e Municípios, mas deve ser seguida na elaboração das leis dos respectivos entes, conforme o seu campo de atuação.

Nesses termos, importa destacar os principais aspectos elencados pela lei federal quanto ao reconhecimento de qualificação jurídica de organização social, quais sejam: devem ser pessoas jurídicas de direito privado; não ter fins lucrativos; ter atividades dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde; deve haver a existência de órgão de deliberação superior com participação de membros do Poder Público e membros da comunidade de notória capacidade profissional e idoneidade moral; obrigatoriedade de publicação em Diário Oficial dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; a atividade de fomento

¹BRASIL. Lei 9637/98, 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

²MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 336.



do Poder Público pode consistir em repasse de recursos orçamentários, cessão de bens e servidores públicos, entre outras vantagens e requisitos previstos na lei.

Nesse sentido, a Lei n. 9.637/98³ é de observância obrigatória apenas à União Federal nos contratos de gestão que vier a celebrar com as organizações sociais, mas os objetivos precípuos estabelecidos pela lei federal devem ser respeitados pelos diplomas que vierem a ser elaborados pelos demais entes federativos.

Com relação à competência legislativa dos demais entes federativos, essa se encontra inserida no âmbito da competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 24, §2º, e dos Municípios, nos termos do art. 30, II, ambos da CRFB/88⁴. Portanto, não podem se desvincular por completo da norma geral.

No entanto, na prática, a ausência de um controle adequado da constitucionalidade das normas no âmbito da competência legislativa destes entes, bem como a incerteza de quais regras seriam de adoção compulsória pelas suas respectivas legislações, levaram a um estado de duvidosa constitucionalidade das organizações sociais que delas derivam.

Como por exemplo, a Lei n. 7.579/2000⁵, editada pelo Município de Uberlândia, no Estado de Minas Gerais, adota no art. 2º, parágrafo único, como critério para a qualificação de entidades como Organizações Sociais, os requisitos constantes da Lei Federal n. 9790/99⁶, que é a lei que regula as denominadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que embora se assemelhem às OS, possuem especificidades que com ela não se fungem.

³vide nota 1.

⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2016.

⁵BRASIL. Lei 7.579, de 06 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23855838/lei-n-7579-de-06-de-julho-de-2000-do-municipio-de-uberlandia>. Acesso em: 04 abr. 2016.

⁶BRASIL. Lei 9790/99, 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm. Acesso em: 04 abr. 2016.



Assim, além de alterar os requisitos previstos na Lei n. 9.367/98⁷ para qualificar uma entidade como organização social, a referida lei municipal mineira pretende adotar critério próprio da qualificação das organizações da sociedade civil de interesse público, cujo art. 2º, IX da Lei 9790/99⁸, dispõe expressamente que não podem receber tal qualificação as OS.

Assim como a lei municipal mineira, muitas outras legislações dos demais entes federativos acabam por desvirtuar a essência das organizações sociais, quando por exemplo, não fazem previsão de membros do Poder Público no Conselho de Administração, ignorando a relevância dada pelo modelo federal quanto a necessária sinergia que deve haver entre as OS, a sociedade e o Poder Público.⁹

O que se observa é uma total ausência de equidade em muitas legislações estaduais e municipais em comparação com o modelo federal, criando muitas vezes um modelo diverso que beira à inconstitucionalidade e foge da aplicação de princípios administrativos essenciais para a celebração desse tipo de contrato de gestão com entidades privadas.

2. O REGIME JURÍDICO DE ATUAÇÃO DAS OS E A GARANTIA DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

O STF, instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Lei n. 9.637/98 e do inciso XXIV da Lei n. 8.666/93¹⁰, com redação dada pela Lei n. 9.648/98¹¹, na ADIN 1.923/DF¹², decidiu dar interpretação conforme a Constituição aos dispositivos impugnados, para que fosse adotado no procedimento de qualificação, na celebração do contrato de gestão,

⁷vide nota 1.

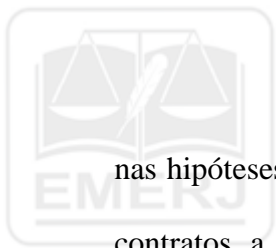
⁸vide nota 6.

⁹SILVA, Daniela Juliano. *Organizações sociais desvirtuadas*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,organizacoes-sociaisdesvirtuadas,43701.html#_ftnref15>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹⁰BRASIL. Lei 8.666/93, 23 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹¹BRASIL. Lei 9.648/98, 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.923/DF. Relator: Min. Ayres Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.



nas hipóteses de dispensa de licitação para contratação e outorga de uso de bem público, nos contratos a serem celebrados pelas OS com terceiros e, na contratação de pessoal, a observância dos princípios dispostos no caput do art. 37 da CRFB/88¹³, de modo a conduzir de forma pública, objetiva e impessoal todas essas atividades. Além disso, decidiu por afastar qualquer interpretação que restrinja o controle exercido, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), da aplicação de verbas públicas.

Com isso, se estabeleceu que as OS não se submetem ao regime jurídico de direito público, mas na gestão das suas atividades, precipuamente na celebração de contratos com terceiros e na contratação direta, eis que estão dispensadas de realizar licitação, devem observar os princípios constitucionais administrativos e atuar com critérios objetivos e impessoais, com publicidade e transparência.

É evidente que a redação original das leis pretendia, conforme salienta a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, ao permitir que a organização social absorva a atividade exercida por ente estatal, utilizando-se do seu patrimônio público e de seus servidores, criar um mecanismo de fuga do regime jurídico público, eis que se teria uma pessoa jurídica de direito privado exercendo a mesma atividade antes exercida, com mesmo patrimônio, porém sem a submissão às “amarras” que se submete à Administração Pública.

A Constituição impôs à Administração Pública uma série de normas sobre licitação, concurso público, controle orçamentário, prestação de contas, não por mero formalismo, mas porque o respeito a essas diretrizes é essencial para proteger a coisa pública e a sua adequada gestão.

A criação de uma qualificação jurídica nova destinada a administrar serviços públicos essenciais sob o regime jurídico de pessoas de direito privado, ainda que se obrigue a

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 582.



observância de critérios objetivos e princípios administrativos constitucionais, viola o art. 37 da CRFB/88¹⁵ e afronta o princípio republicano.

O postulado republicano repele privilégios e não tolera discriminações, impede o administrador realize escolhas arbitrárias, desvinculadas do interesse soberano do povo, portanto, eventuais exceções à obrigatoriedade de licitação e à realização de concurso público só se justificam perante situações excepcionalíssimas, cujo interesse público se sobreponha a esta regra.

Sem essa correlação lógica entre a peculiaridade da hipótese e a necessidade de tratamento desigual não é possível se estabelecer uma possibilidade legal de dispensa de licitação e concurso, pois não é permitido ao legislador simplesmente se arredar destes deveres quando lhe for conveniente.

Apesar disso, fato é que esta discussão perdeu a força após a mencionada decisão do STF que conferiu interpretação conforme a esses dispositivos, de forma a cancelar o modelo de gestão criado para as OS.

O problema que se tem atualmente é quanto à necessária fiscalização dessas entidades no que tange aos aspectos que se referem desde a sua qualificação como organização social e seleção para celebrar contrato de gestão com o ente federativo, até a análise contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, à medida em que recebem bens e recursos públicos.

O controle exercido é tanto interno, ou seja, aquele que se dá no âmbito do próprio Poder sobre os seus próprios atos, quanto externo, exercido pelo Ministério Público, Poder Judiciário e, mais essencialmente, pelos Tribunais de Conta Estaduais e da União, este último em razão da utilização de recursos federais repassados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

¹⁵vide nota 13.



Estabeleceu o TCU, em reiterados acórdãos, a necessidade que na transferência dos serviços de saúde para as OS se demonstre, através de estudo detalhado, ser o seu gerenciamento pela organização social a melhor opção para a Administração, bem como deve conter uma avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, uma planilha detalhada com a estimativa de custos para a execução dos contratos, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração de contratos, entre outras exigências.¹⁶

As orientações estabelecidas buscam garantir nesses modelos de gestão os princípios administrativos da eficiência, publicidade, moralidade, legalidade e impessoalidade, através de um mínimo exigível para que a atuação dessas entidades possa ser considerada legal e legítima.

Na prática, os diversos escândalos que são noticiados rotineiramente nos meios de comunicação revelam a ineficácia desse controle ante ao crescimento desenfreado das organizações sociais.

O TCU no acórdão n. 3239/2013¹⁷ realizou um relatório de auditoria operacional com relação a determinados entes federativos e as respectivas OS atuantes no setor da saúde desses entes, e apontou diversas irregularidades na contratação dessas organizações que vão desde a completa inexistência de um contrato de gestão, até a deficiente prestação de contas, indícios de favorecimento de determinado grupo empresarial na contratação com o Poder Público, contratação com entidades de fins lucrativos, ausência de critérios objetivos na escolha da OS e na sua qualificação, análise meramente curricular para contratação de

¹⁶BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3239/2013. Relator Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj60MHEocbPAhWEGJAKHcnBB_0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2Fjuris%2Fdocs%2Fjudoc%2Ffacord%2F20131129%2Ffac_3239_47_13_p.doc&usg=AFQjCNGqhgMhXmheE6uYjNvXY9uRsKR0Q&bvm=bv.134495766,d.Y2I>. Acesso em: 05 out. 2016.

¹⁷vide nota 16.



pessoal, ausência de memória de cálculo quanto aos valores estimados para a contratação e para a revisão de aditivos que elevam consideravelmente os custos, entre muitas outras.

Trata-se de um quadro preocupante que aponta para a desvirtuação do modelo de gestão que se pretendia criar com a lei federal, com a malversação de recursos públicos e completo descomprometimento com a transparência e eficiência na prestação de serviços públicos de melhor qualidade para a sociedade.

A ausência de um monitoramento eficaz das atividades e do desempenho dessas organizações facilita a corrupção e o desvio de verbas públicas no âmbito da gestão exercida por tais entidades. A preponderância de um mero controle de legalidade do ato administrativo, como se tem realizado, não se demonstra suficiente, tendo em vista ainda que contribui para a existência de um aparato com menos qualidade e menos efetivo na prestação dos serviços.

A quantidade de organizações sociais tem se proliferado em ritmo mais acelerado que a eficiência que os modelos de controle existentes conseguem acompanhar. Em alguns entes federativos o repasse dos serviços de saúde à essas entidades já é quase total, e o risco de comprometimento de um serviço público tão essencial quanto a saúde é cada vez maior.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE REPASSE TOTAL À INICIATIVA PRIVADA DA PRESTAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Inúmeros critérios podem ser adotados para classificar os serviços públicos e, quanto ao objeto, comumente, a doutrina costuma classificar a saúde como um serviço público social podendo ser conceituado, conforme José dos Santos Carvalho Filho¹⁸, como aqueles que “o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos.”

¹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.329.



Portanto, a prestação dos serviços de saúde é de titularidade do Estado em razão do reconhecimento da sua essencialidade para a realização de direitos fundamentais dos indivíduos em uma sociedade. Mas, essa prestação não é privativa do Estado, tendo em vista que a própria CRFB/88¹⁹ no seu art. 199 dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Apesar disso, nota-se claramente o caráter de complementariedade que a CRFB/88²⁰ procurou dar a prestação da saúde por entidade privada, tendo em vista que o art. 197 dispõe que cabe ao Poder Público a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, cuja execução será feita diretamente ou através de terceiros, também por pessoa física ou jurídica de direito privado. Também o parágrafo primeiro do art. 199 da CRFB/88²¹, prevê expressamente a possibilidade de participação complementar das instituições privadas no sistema único de saúde, segundo as diretrizes deste.

Esses dispositivos sistematicamente interpretados trazem a ideia de que o Poder Público não pode se ausentar completamente da prestação dos serviços de saúde, entendendo-se que, apesar da sua execução direta poder ser franqueada à entidade privada, não poderá se excluir da sua gestão e controle, execução indireta, pelos expressos comandos constitucionais.

O direito à saúde está também elencado no art. 6º da CRFB/88²² no rol dos direitos sociais, que consistem em direitos considerados pela Carta Constitucional como mínimos necessários a existência digna, e aptos a proporcionar condições materiais ao alcance da igualdade real pelos indivíduos.

É partindo dessa premissa, de necessidade de se estabelecer um estado de bem-estar social, que os direitos sociais foram encarados pela Constituição como uma dimensão dos direitos fundamentais, que necessitam de prestações positivas do Estado para o seu alcance.

¹⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²¹vide nota 18.

²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.



Embora o Brasil tenha ficado muito longe de alcançar políticas públicas eficientes para se atingir um índice de desenvolvimento satisfatório, melhorando as condições de vida dos mais necessitados, a atuação estatal nas políticas sociais se demonstra ainda primordial, ante a finalidade de diminuir as desigualdades sociais.

Por óbvio que não se pode ignorar a dificuldade crescente em tentar harmonizar as receitas e gastos públicos com uma economia capitalista em desenvolvimento. Porém, o Estado que se demite das suas obrigações sociais constitucionalmente impostas, transferindo-a por completo a terceiros, aprofunda as desigualdades sociais e se reduz ao mero mundo de interesses do mercado.

Valmir Pontes Filho²³ traz crítica pertinente quanto a este encolhimento do Estado, alertando que “não somos a Suíça ou a Noruega, mas um país repleto de abissais desigualdades (sociais e regionais), em que o papel fundamental de condução da economia e da prestação de serviços públicos ainda não prescinde da presença ou da intervenção direta do Estado.”

Sabe-se que para atingir um estado ideal capaz de proporcionar padrões mínimos de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança e previdência social a todos os cidadãos é preciso adotar modelos de gestão associada e regimes de parceria também com entidades privadas. No entanto, não se trata simplesmente de fomentar essas atividades, ou da quantidade de estrutura pública que se faz presente na prestação em parceria desses serviços, mas muito mais da maneira com que se investe e a qualidade do Estado que se faz presente.

Diogo de Figueiredo²⁴ cita inúmeras vantagens que poderiam ser aferidas com o modelo de gestão das OS, especialmente quanto à despolitização de decisões que, ao invés de

²³PONTES FILHO apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacaoes-sociais-oss/>>. Acesso em 07 set. 2016.

²⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As organizações sociais de colaboração: Descentralização social e Administração Pública não estatal. *Revista de Direito Administrativo FGV*. Rio de Janeiro, ano 97, n. 210, p.



serem tomadas por indivíduos provenientes de setores políticos, pessoalmente descomprometidos com os resultados, porque não são por eles atingidos, passam a ser negociadas pelos grupos sociais diretamente interessados, evitando com isso posturas meramente políticas e ideológicas, ou a adoção de medidas desastrosas por inexperiência na atividade de determinado setor.

Apesar das animadoras vantagens que se pode vislumbrar com esse tipo de gestão, a realidade é outra. O autor Jose dos Santos Carvalho Filho²⁵, elucida bem o grande desafio a ser superado:

A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja o da fiscalização das entidades e do cumprimento dos seus objetivos. Sem fiscalização é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos, e o que é pior, de crimes financeiros contra o governo.

Apenas a concessão de serviço público pode possibilitar o repasse da execução e gestão dos serviços ao particular, conforme previsão do art. 175 da CRFB²⁶, pois é forma de descentralização de um serviço público, através de licitação, celebrada com o particular mediante um contrato administrativo, o qual se submete ao regime de direito público. Mas apenas são delegáveis os serviços públicos considerados não essenciais, ou seja, aqueles que não estão relacionados com atividade inerente ao Poder Público, o que não é o caso da saúde.

De outra forma, não cabe delegação à iniciativa privada dos serviços públicos de saúde por meio de concessão, mas apenas se admite a sua participação de forma complementar por meio de ações e serviços voltados a assistência do cidadão, usuário desses

183-194, out./dez. 1997. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47095>>. Acesso em 07 set. 2016.

²⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.361.

²⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.



serviços, mediante contrato ou convênio com o Poder Público. Implica dizer que ao Estado não é franqueada a possibilidade de repassar a gestão da saúde a entidades privadas, que mesmo que atendendo aos requisitos legais para a qualificação jurídica como OS, não podem ter a titularidade da gestão operacional.

Sob a égide das normas e princípios do Direito Administrativo, essa parece ser a única interpretação possível do texto constitucional e da Lei Orgânica de Saúde (Lei n. 8.080/90²⁷) ao garantir o direito à saúde o status de direito social, igualitário, universal e gratuito, efetivado mediante políticas sociais e econômicas que visem a sua promoção, proteção e recuperação.

Independentemente da natureza do instrumento que avaliza esta relação das OS com o Poder Público, ainda que se entenda ser um convênio, eis que os interesses são convergentes, essa transferência das atividades do Estado às OS é vista por alguns como terceirização ilícita, eis que concernente a sua atividade-fim na prestação do serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸ entende que “o que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público.”

Fato é que ocorrendo ou não essa terceirização do gerenciamento dos serviços de saúde às OS, ainda que não se tenha mais o Estado na prestação direta desses serviços, não pode ele se eximir das responsabilidades de garantir que tais serviços sejam prestados eficientemente pelas organizações sociais, em termos de quantidade e qualidade, e de forma que esta se demonstre ser uma melhor alternativa do que se o próprio Estado tomasse as rédeas da prestação direta desses serviços.

²⁷BRASIL. Lei n. 8.080/90, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

²⁸DI PIETRO apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacaoes-sociais-oss/>>. Acesso em 24 ago. 2016.



Tal abandono sim seria efetivamente considerado uma violação aos deveres constitucionais do Estado. Se a Administração Pública deixa de atuar como principal prestadora dos serviços públicos, deve concentrar todos seus esforços nas funções de planejamento, implementação de políticas e metas, regulação, fiscalização e avaliação do setor.

O preço que se paga por um controle deficiente, em que não se consegue analisar adequadamente as prestações de contas e os resultados alcançados no setor, é de mais desvios de verbas públicas e grave risco de falência generalizada dos serviços de saúde voltados para a população.

CONCLUSÃO

Conforme foi visto, a Lei Federal n. 9.637/98 surgiu sob um contexto de busca pela implementação de políticas públicas eficientes e, por intermédio do Programa Nacional de Publicização, dispôs sobre a qualificação de entidades como organizações sociais aptas a absorver a atividade desempenhada antes por órgãos e entidades públicas.

Portanto, não se trata propriamente de uma publicização, a medida em que nenhuma atividade está sendo deslocada da iniciativa privada para a pública, mas o que ocorre de fato é o caminho inverso, ou seja, entes públicos cedendo espaço para entidades privadas no desempenho de determinada atividade, através da celebração de contratos de gestão com as organizações sociais.

Em que pese o regime dos contratos de gestão ser apenas uma etapa do processo de desestatização, pelo qual o Estado se afasta da prestação direta de determinados serviços públicos, o termo “privatização” é aqui utilizado como crítica a este novo sistema.



Na verdade, um serviço considerado público nunca perderá esse caráter, tampouco a titularidade do Poder Público será transferida à iniciativa privada com a celebração de um contrato de gestão, o que ocorre é a transferência da execução da atividade.

Porém, os modelos de gestão pelas organizações sociais no setor da saúde têm sido implementados por um número cada vez maior de entes federativos. Nesse cenário, os modelos vigentes que são apresentados à sociedade atualmente revelam que em vários casos o Poder Público se verifica ausente tanto na execução direta quanto na indireta desses serviços, o que viola frontalmente as disposições constitucionais que regem o direito à saúde.

Embora se possa vislumbrar inúmeras vantagens decorrentes da parceria entre o Poder Público e entidades privadas, que implicam na descentralização do poder estatal permitindo uma maior eficiência na prestação de importantes serviços à sociedade, essa transferência da executoriedade dos serviços públicos de saúde pode implicar na gradativa demissão do Estado de funções que lhe são típicas, por via desses modelos de gestão.

A esta problemática, soma-se a grande liberdade que possuem as organizações sociais na celebração de contratos e admissão de pessoal face ao precário controle exercido pelo Poder Público, que se encontra ainda em completo descompasso com a rápida multiplicação das organizações sociais.

Nestes termos, ter-se-ia criado um meio “legal” para a terceirização de serviços públicos essenciais a sociedade, tendo em vista o repasse do serviço na sua integralidade, de forma que o particular exercesse até mesmo a sua gestão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9637/98, 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.



____Lei 7.579, de 06 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23855838/lei-n-7579-de-06-de-julho-de-2000-do-municipio-de-uberlandia>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

____Lei 9790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

____Lei 8.666/93, 23 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

____Lei 9.648/98, 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.923/DF. Relator: Min. Ayres Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

____Lei n. 8.080/90, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

____BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3239/2013. Relator Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj60MHEocbPAhWEGJAKHcnBB_0QFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2Fjuris%2Fdocs%2Fjudoc%2Facord%2F20131129%2Fac_3239_47_13_p.doc&usg=AFQjCNGqhgMhXmheE6uYjNvXY9uRsKR0Q&bv=m=bv.134495766,d.Y2I>. Acesso em: 05 out. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

____apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacoes-sociais-oss/>>. Acesso em 24 ago. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As organizações sociais de colaboração: Descentralização social e Administração Pública não estatal. *Revista de Direito Administrativo FGV*. Rio de Janeiro, ano 97, n. 210, p. 183-194, out./dez. 1997. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47095>>. Acesso em 07 set. 2016.

PONTES FILHO apud VIOLIN, Tarso Cabral. *A Inconstitucionalidade Parcial das Organizações Sociais*. Disponível em <<https://blogdotarso.com/2015/04/19/a-inconstitucionalidade-parcial-das-organizacoes-sociais-oss/>>. Acesso em 07 set. 2016.

SILVA, Daniela Juliano. *Organizações sociais desvirtuadas*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,organizacaoessociaisdesvirtuadas,43701.html#_ftnref15>. Acesso em: 04 abr. 2016.



O cancelamento da Súmula 321 do STJ pela Corte e a vedação da aplicação do CDC aos litígios entre entidades de previdência privada fechada e seus participantes: os reflexos nos critérios de fixação de competência na 2ª instância do TJ-RJ.

Michelle Souza Kropf de Abreu

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

Resumo – o presente estudo visa a esclarecer a natureza da relação jurídica travada entre as entidades de previdência complementar fechadas e seus participantes. Para tanto, faz-se distinção entre essas entidades e as abertas. Ademais, também é feita uma incursão nos requisitos necessários específicos para a caracterização da relação de consumo. Observa-se o entendimento jurisprudencial acerca do tema, o que culminou no cancelamento da Súmula 321 do STJ e na edição de novo enunciado. Também é feita uma análise acerca dos reflexos do mencionado entendimento nos critérios de fixação de competência na segunda instância do TJ-RJ para a apreciação das lides que envolvam as entidades privadas e seus participantes.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Direito Previdenciário. Entidade de previdência privada fechada. Relação de consumo.

Sumário: Introdução. 1. Caracterização da relação jurídica travada entre entidade de previdência privada fechada e seus participantes. 2. O cancelamento da Súmula 321 do STJ. 3. Jurisprudência do STJ e critérios de fixação de competência na 2ª instância do TJ-RJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo estudar a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre entidades de previdência privada e seus participantes. Para tanto, o estudo partirá da análise do cancelamento da Súmula 321 do STJ pela Corte e da vedação da aplicação do CDC aos litígios entre entidades de previdência privada fechada e seus participantes. A pesquisa tem, ainda, a finalidade de esclarecer os reflexos de tal cancelamento nos critérios de fixação de competência das Câmaras Cíveis especializadas no TJ-RJ.



Também será objeto do estudo a edição de um novo enunciado sumular do Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual se estabelece expressamente que o Código de Defesa do Consumidor somente incidirá nos contratos de previdência complementar aberta, e não dos fechados.

É de se destacar que essa alteração de entendimento gera reflexos práticos no dia-a-dia dos tribunais, uma vez que repercute na distribuição de processos e na celeridade da prestação jurisdicional.

Para a adoção de uma posição acerca do entendimento jurisprudencial sumulado, o estudo partirá da análise da natureza jurídica da relação travada entre as entidades de previdência privada fechada e seus participantes, a fim de se verificar o enquadramento ou não nos conceitos de consumidor e fornecedor. Para tanto, será traçado um paralelo entre as relações mantidas pelas entidades de previdência complementar fechadas e abertas.

Outrossim, serão descortinadas as razões que levaram o STJ a mudar de entendimento e cancelar a súmula 321, bem como, a constitucionalidade do novo entendimento e seus reflexos nos critérios de fixação de competência na 2ª instância do TJ-RJ, levando-se em consideração a opção de política judiciária adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa, e seguirá metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, uma vez que terá como fontes principais a jurisprudência, a legislação e a doutrina.

1. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRAVADA ENTRE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA E SEUS PARTICIPANTES

Para a caracterização de uma relação de consumo, devem estar presentes os requisitos necessários à configuração de consumidor e de fornecedor, os quais se encontram, respectivamente, nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Todavia, da simples leitura dos dispositivos acima mencionados não é possível extrair com clareza o conceito de consumidor, tendo em vista a menção a destinatário final feita pelo artigo 2º da lei em análise. Diante desse cenário, existem três teorias que tentam melhor explicar o conceito de consumidor.

Para a teoria finalista, consumidor é aquele que adquire o produto ou serviço como destinatário final econômico, ou seja, para fins não comerciais, retirando aquele produto ou serviço de circulação. Por esse motivo, temos que para essa teoria o espectro de atuação e de proteção conferida pelo microssistema consumerista é mais restrito.

A teoria maximalista, por sua vez, aumenta em muito o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que para a caracterização da relação de consumo basta que haja a aquisição do produto ou serviço, pouco importando a finalidade para a qual fora adquirido, tão pouco a sua destinação.

A terceira teoria existente é denominada de finalista mitigada, e foi criada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), para o qual o conceito de consumidor deve levar em consideração a sua vulnerabilidade e hipossuficiência frente ao fornecedor de produtos ou serviços. Nesse diapasão, Cláudia Lima Marques leciona que:

A partir de 2003, com a entrada em vigor do CC/2002, parece estar aparecendo uma terceira teoria, subdivisão da primeira – que aqui passo a denominar de “finalismo aprofundado” – na jurisprudência, em especial do STJ, demonstrando ao mesmo tempo extremo domínio da interpretação finalista e do CDC, mas com razoabilidade e prudência interpretando a expressão

“destinatário final” do art. 2º do CDC de forma diferenciada e mista.¹

Nota-se que a autora demonstra que a terceira teoria (finalista aprofundada) é uma subdivisão da finalista pura, na medida em que paralelo ao conceito lá adotado, entende que para a caracterização do consumidor devem ser levadas em consideração a existência de vulnerabilidade e hipossuficiência, o que permitiu que, na prática, pessoas jurídicas pudessem ser consideradas consumidoras.

Com relação às entidades fechadas de previdência complementar, tem-se que em que pese seus participantes sejam vulneráveis e hipossuficientes face a essas entidades, fato é que a jurisprudência tende a adotar o entendimento segundo o qual a relação travada entre eles não é de consumo.

Cumprido esclarecer que as entidades de previdência privada, também denominadas de complementares, são aquelas criadas em paralelo com a previdência básica, a qual, essa sim, é de existência obrigatória. As entidades de previdência complementar podem ser abertas ou fechadas, conforme sejam disponibilizadas a todas as pessoas no mercado ou apenas a um determinado grupo de trabalhadores.

Nesse sentido, esclarece Fábio Zambitte Ibrahim² que:

as entidades fechadas de previdência complementar – EFPC, ao contrário das abertas, são somente acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 305.

² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 785.

Diante desse cenário, a jurisprudência passou a adotar o entendimento segundo o qual, como o serviço não é disponibilizado a todos de modo abrangente, mas somente àquele determinado grupo específico, não haveria relação de consumo.

Esse entendimento influenciou, inclusive, o cancelamento da Súmula 321 do STJ, que assim prescrevia:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.³

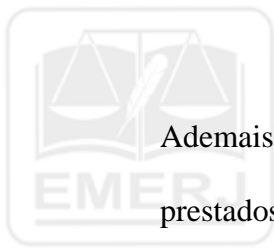
Portanto, a Corte mudou seu entendimento, restringindo o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações mantidas entre entidades de previdência privada e seus participantes, conforme se verá adiante.

2. O CANCELAMENTO DA SÚMULA 321 DO STJ.

Antes mesmo do cancelamento do enunciado sumular 321 do STJ, a Corte já vinha de posicionando no sentido de que a súmula somente era aplicável às entidades de previdência complementar abertas. O fundamento para o aludido entendimento está em que não há relação de consumo entre as entidades de previdência complementar fechadas e seus participantes.

A justificativa para o entendimento de que inexistente relação de consumo está em que as entidades de previdência complementar fechadas não podem ser enquadradas no conceito de fornecedoras, uma vez que não comercializam os seus benefícios ao público em geral, mas tão somente àquela categoria ou grupo autorizados a ingressar no sistema.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 1.536.786-MG. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+321&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 out. 2016.



Ademais, em tais entidades não há recebimento de contraprestação pelos serviços prestados, mas sim reversão total dos investimentos capitalizados para a concessão e manutenção dos benefícios de seus participantes, de modo que essas entidades não visam a obtenção de lucro.

Nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça na ocasião do julgamento do REsp 1.536.786-MG, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, cujo trecho da ementa se transcreve:

[...] 2. Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário. [...]

4. É nítido que as relações contratuais entre as entidades abertas de previdência complementar e participantes e assistidos de seus planos de benefícios - claramente vulneráveis - são relações de mercado, com existência de legítimo auferimento de proveito econômico por parte da administradora do plano de benefícios, caracterizando-se genuína relação de consumo. [...]⁴

Observa-se, portanto, que a Corte se manifestou no sentido de que o CDC se aplica apenas às relações mantidas entre entidades de previdência complementar abertas e seus participantes porque as aludidas entidades atuam em regime de mercado, visando auferir lucro das contribuições. Já as entidades fechadas operam sem fins lucrativos e são organizadas sob a forma de fundação ou de sociedade simples, de sorte que sua sistematização se consubstancia num mutualismo, afastando-se a possibilidade de caracterização de relação de consumo.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.536.786/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+1536786&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=17>>. Acesso em: 12 set 2016.

Há de se destacar que, quando do julgamento acima – publicado no DJe em 20/10/2015 – o STJ restringiu a interpretação dada à redação da Súmula 321, para limitá-la às entidades de previdência complementar abertas. Posteriormente, em 29/02/2016, a fim de afastar quaisquer dúvidas que pudessem pairar sobre o enunciado, o Superior Tribunal de Justiça o cancelou e editou a Súmula 563, cujo teor descreve o atual entendimento da Corte. Confira-se:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.⁵

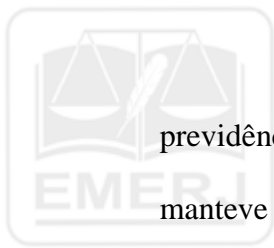
Verifica-se que, ao assim proceder, o STJ sumulou o entendimento que há muito já vinha sendo adotado em sua jurisprudência, e que acarreta numa interpretação restritiva da Súmula 321, que por conta nova enunciado foi cancelada.

3. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA NA 2ª INSTÂNCIA DO TJ-RJ

É pacífico o entendimento de que a relação jurídica travada entre a entidade de previdência complementar fechada e seus participantes não é de consumo. Tal situação traz reflexos nos critérios de fixação de competência na segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em que pese o entendimento supramencionado adotado pelo STJ, antes mesmo da edição da nova súmula, o Regimento Interno do TJ-RJ (RITJRJ), em seu art. 6º-A, §2º, III já excluía da competência das Câmaras Cíveis Especializadas em Direito do Consumidor a apreciação de “processos oriundos de litígios entre instituição de

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 563. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=s%FAMula+563&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 12 set 2016.



previdência privada aberta ou fechada e seus participantes”⁶, entendimento que se manteve no atual regimento. Todavia, não há nenhuma contrariedade dessa previsão regimental com o entendimento do STJ. Com efeito, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro retirou da competência das Câmaras Especializadas não somente as relações envolvendo entidades fechadas, mas também as abertas, por uma questão de política judiciária.

Dessa forma, o fato de as relações que envolvem as aludidas entidades serem processadas nas Câmaras Cíveis não especializadas, por si só, não tem o condão de afastar a incidência das normas do microsistema consumerista nos casos em que couber, quais sejam, quando se tratar de entidade de previdência complementar aberta.

Sobre o tema, quando ainda vigorava a Súmula 321 do STJ, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Conflito de Competência 0064855-61.2015.8.19.0000, de relatoria do Desembargador Jesse Torres, assim decidiu:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Câmaras Cíveis. Alteração do art. 6º do REGITJRJ, que lhes modificou a competência em matéria de direito do consumidor. Entidade de previdência privada. Política judiciária deste Tribunal: competência das Câmaras Cíveis não especializadas para julgar as apelações e agravos contra sentenças ou decisões de juízes do cível em matéria cujo processo seja oriundo de litígios entre instituição de previdência privada, aberta ou fechada, e seus participantes (Lei estadual nº 6.375/12; Resolução nº 34/2013, Órgão Especial, artigos 1º e 2º, REGITJRJ, art. 6º-A, § 2º, com a redação dada pela Resolução nº 10/2015), seguindo-se, no caso, a competência da Câmara Suscitada.⁷

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18661/regi-interno-vigor.pdf?v46>>. Acesso em: 14 set 2016.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. CC 0064855-61.2015.8.19.0000. Relator: Desembargador Jesse Torres. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=11983&PROCESSO=201500802708>>. Acesso em 14 set 2016.



Assim sendo, observa-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro optou por conferir às Câmaras Cíveis não especializadas a competência para processar e julgar litígios que envolvam a relação entre entidades de previdência complementar, sejam elas abertas ou fechadas, e seus participantes. Tal fato decorre, como anteriormente mencionado, de uma opção de política judiciária, não implicando, portanto, na assertiva de que em nenhuma dessas hipóteses há relação de consumo.

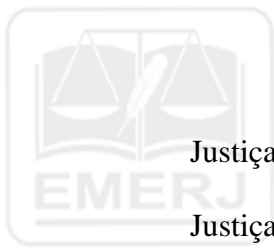
Desse modo, não obstante haja relação de consumo entre o participante e a entidade de previdência complementar aberta, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a competência em segunda instância será das Câmaras não especializadas, as quais aplicarão o Código de Defesa do Consumidor.

Após o advento da nova súmula, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve seu entendimento, de maneira que o novo enunciado sumular do Superior Tribunal de Justiça veio a confirmar o entendimento já adotado na jurisprudência do estado do Rio de Janeiro. A esse respeito, confira-se o julgado a seguir colacionado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA CONTRA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CASO CONCRETO EM QUE O APELO FOI DISTRIBUÍDO À CÂMARA ESPECIALIZADA. RESOLUÇÃO Nº TJ/OE/10/2015. APLICAÇÃO DA SÚMULA 563 DO STJ: "O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR É APLICÁVEL ÀS ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NÃO INCIDINDO NOS CONTRATOS PREVIDENCIÁRIOS CELEBRADOS COM ENTIDADES FECHADAS". COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO SUSCITADO. ACOLHIMENTO DO CONFLITO.⁸

No caso concreto em tela, em solução ao conflito de competência suscitado entre uma Câmara especializada e outra não especializada, o Órgão Especial do Tribunal de

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. CC 0023689-15.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Custodio Tostes. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=11983&PROCESSO=201600801024>>. Acesso em: 14 set 2016.



Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro na Súmula 563 do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que a relação entre a entidade privada e seu participante não é de consumo, o que afasta a incidência da legislação consumerista e atrai a competência da Câmara não especializada.

Nesse mesmo sentido é o julgado abaixo, o qual rememora que o entendimento aqui esposado consta, inclusive, no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Previdência Privada. Entidade de previdência privada fechada. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Aplicação do previsto no art. 6º-A, § 2º, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Incidência do Enunciado nº 563 da Súmula do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Acolhimento do Conflito. Precedente citado: Conflito de competência nº 0051923-41.2015.8.19.0000, Órgão Especial, Desª Elisabete Filizzola, julg. dec. 15/07/2015. Procedência de plano do Conflito. Fixada a competência da Egrégia Décima Primeira Câmara Cível para conhecer dos recursos objetos do incidente. Aplicação do art. 932, V, a, do CPC 2015 c/c o enunciado da Súmula nº 563 do Eg. Superior Tribunal de Justiça.⁹

Sobre o ponto, sobreleva referir que antes mesmo da alteração do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – o que ocorreu em virtude do advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) – o regimento anterior tinha o mesmo entendimento adotado no atual. Portanto, a redação do regimento antigo era no sentido de que compete às Câmaras Cíveis não especializadas o julgamento dos litígios envolvendo entidades de previdência privada aberta ou fechadas e seus participantes.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. CC 0032264-12.2016.8.19.0000 . Relator: Desembargador Nagib Slaibi Filho. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=11983&PROCESSO=201600801307>>. Acesso em 14 set 2016.

Contudo, é de se salientar que esse entendimento não fazia parte da redação original do aludido regimento. Pelo contrário, foi fruto de sua alteração, o que se deu por meio da Resolução TJ/OE nº 10/2015.

Diante disso, à época, surgiu o questionamento acerca da aplicação no tempo do então novo entendimento. Com isso, a fim de regular no tempo os efeitos da mencionada alteração, há que se destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou o Aviso TJ nº 34/2015, o qual disciplinava que:

os processos distribuídos anteriormente à Resolução TJ/OE nº 10/2015 não serão redistribuídos, observando-se a prevenção, conforme deliberação do E. Órgão Especial de 04 de maio de 2015¹⁰.

Destarte, observa-se que o mencionado aviso limitou a alteração promovida pela Resolução TJ nº 10/2015. Por esse motivo, os processos envolvendo litígios entre entidades de previdência privada aberta ou fechada e seus participantes distribuídos em segunda instância antes da publicação da Resolução TJ nº 10/2015, em 29/09/2015, não serão redistribuídos, mantendo-se a prevenção, ainda que tenham sido distribuídos inicialmente a uma Câmara Cível não especializada.

Assim, por exemplo, uma apelação num processo cujo litígio se dê entre entidade de previdência privada aberta ou fechada e seu participante, distribuída antes de 29/09/2015 a uma Câmara Cível especializada, deve se manter no referido órgão fracionário, não havendo que se falar em redistribuição. A razão para tanto está em que a distribuição do recurso de deu antes da alteração do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual passou a prever que a competência para o julgamento dessa matéria é das Câmaras não especializadas.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Aviso TJ nº 34/2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/07-05-2015.pdf>>. Acesso em 14 set 2016.



Portanto, somente em relação aos processos distribuídos em segunda instância após a publicação da aludida resolução, a regra é absoluta no sentido de que a competência é das Câmaras não especializadas. Com isso, objetiva-se conferir segurança jurídica às partes na condução do processo.

CONCLUSÃO

Como visto, para a caracterização de uma relação de consumo é necessário o preenchimento dos conceitos de consumidor e de fornecedor, previstos no Código de Defesa do Consumidor. Contudo, não basta a simples leitura da letra fria lei, ante o conceito legal de consumidor como destinatário final. A esse respeito, observa-se que existem três teorias para explicar o aludido conceito – finalista, maximalista e finalista mitigada – sendo essa última adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

De posse desse conhecimento, observou-se que a jurisprudência adota o entendimento segundo o qual a relação travada entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes não é de consumo. A razão para tanto está em que não comercializam os seus benefícios ao público em geral, e não há recebimento de contraprestação pelos serviços prestados.

Nesse diapasão, em consonância com o entendimento jurisprudencial que vinha sendo adotado, o Superior Tribunal de Justiça cancelou sua Súmula 321, que possuía redação ampla no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor se aplicava às relações entre as entidades de previdência complementar e seus participantes. Editou, então, a Súmula 563, que melhor traduz o entendimento de que o CDC se aplica às entidades de previdência complementar abertas, mas não às fechadas.

Observou-se que, apesar dessa distinção entre as entidades abertas e fechadas, o critério de fixação de competência na segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca das aludidas entidades se lastreou numa política judiciária. Isso porque de acordo com o entendimento do tribunal, a competência para a apreciação e julgamento de lides entre entidades de previdência complementar, públicas ou privadas, é das câmaras cíveis não especializadas.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito Previdenciário*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOES, Hugo. *Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ferreira: 2013.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.



_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LIBERDADE REPRODUTIVA À LUZ DO FENÔMENO EPIDÊMICO ATUAL

Michelly Ribeiro Baptista

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada (Licenciada por exercício de cargo incompatível). Pesquisadora. Assessora Jurídica da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Região Metropolitana I.

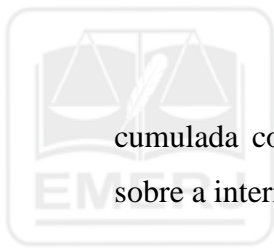
Resumo: O presente trabalho propõe uma reflexão acerca dos fundamentos autorizativos do instituto do aborto, visando a possibilitar uma discussão acerca da ampliação da liberdade reprodutiva das mulheres, perfazendo uma análise pelo bem jurídico tutelado pela norma penal, as permissivas legais, os fundamentos adotados pela Suprema Corte na análise da interrupção da gestação dos fetos anencéfalos, os argumentos do Habeas Corpus n. 124.306 e os fundamentos contidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5581, em razão do fenômeno epidêmico atual permeado pelo zika vírus.

Palavras-chave: Saúde Coletiva. Bioética. Direitos Reprodutivos. Aborto Legal. Aborto Necessário. Aborto Sentimental. Anencefalia. Microcefalia. Zika Vírus. ADPF n. 54. ADI. 5581. Habeas Corpus n. 124.306. Habeas Corpus n. 120026. Modalidades do Aborto. Violência Contra a Mulher. Violência Sexual. Interrupção da Gestação.

Sumário: Introdução. 1. Identificação do bem jurídico tutelado e dos fundamentos autorizativos do aborto legal: uma reflexão pelo viés histórico. 2. Fundamentos da ADPF n. 54, da ADI n. 5581 e do Habeas Corpus n. 124.306. 3. Atenção Humanizada ao Abortamento: procedimentos e reflexões acerca do fenômeno atual permeado pelo Zika Vírus. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de ampliação da liberdade reprodutiva das mulheres, considerando os fundamentos autorizativos da interrupção da gestação por um viés histórico, perfazendo uma análise do bem jurídico tutelado pela norma penal à luz do princípio da ofensividade, as permissivas legais do instituto do aborto, os fundamentos adotados pela Suprema Corte na análise da interrupção da gestação dos fetos anencéfalos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, a interpretação conforme a Constituição concedida no Habeas Corpus n. 124.306, que versa sobre a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre e os argumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade



cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 5581, que versa sobre a interrupção da gestação de fetos microcefálicos.

Para tanto, serão abordadas as normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam a matéria, e, as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dos fundamentos autorizativos do cabimento do aborto legal, de modo a permitir uma discussão acerca de critérios pré-estabelecidos, a ponto de justificar a interrupção da gestação em outras hipóteses não elencadas pela Lei e pela Jurisprudência.

A inviolabilidade do direito à vida, previsto na Constituição da República de 1.988, em seu artigo 5º, *caput*, como um garantia fundamental dos indivíduos, é reconhecido e resguardado pelo nosso ordenamento jurídico da forma mais ampla possível, havendo proteção constitucional e infraconstitucional desde o momento da concepção à vida extrauterina.

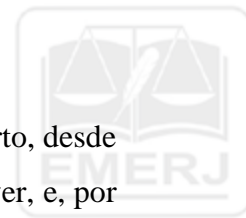
Importa observar, que se faz necessário o aprofundamento na análise do bem jurídico tutelado para a proteção da vida intrauterina, para que se possa ter elementos para proceder a discussões pormenorizadas acerca do instituto do aborto.

No Direito Civil, a Teoria da Concepção protege o nascituro, e está prevista nos artigos 2º, parte final, e 1.800, parágrafo 4º, ambos do Código Civil de 2.002; No Direito Penal, nos deparamos com a lesão à vida intrauterina, tipificada como infração penal nos artigos 124-127 do Código Penal de 1.940.

O aborto, em regra, é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, há situações que a Lei Penal e a Jurisprudência da Suprema Corte autorizam o procedimento.

A Lei Penal autoriza, nos casos em que o aborto é necessário, conforme previsto no artigo 128, I, do Código Penal, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; e, no caso de gravidez resultante de estupro diante da previsão contida no artigo 128, II, do Código Penal. Quando a gravidez resulta de estupro, o aborto é denominado pela doutrina¹ como aborto humanitário ou ético, e, é facultado a gestante ou, quando incapaz, ao seu representante legal, a realização do procedimento. A mens legis da norma é proteger uma mulher da obrigatoriedade de conviver com o fruto de agressão e nos casos de aborto necessário é resguardar o bem jurídico “vida”, que se sobrepõe, em ponderação de interesses, a expectativa de vida do nascituro.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2.012, p. 19.



No Código Penal, há a previsão dessas duas hipóteses permissivas para o aborto, desde 1.940, ou seja, há mais de setenta anos. Contudo, àquela época, não era possível prever, e, por conseguinte, positivar algumas situações decorrentes de patologias severas que não se tinha notícia àquele tempo.

À luz desse cenário, inicia-se o primeiro capítulo, apresentando o bem jurídico tutelado e os fundamentos autorizativos para o aborto pelo viés histórico. Segue-se, no capítulo segundo, ponderando os argumentos utilizados na Suprema Corte nos casos de anencefalia, microcefalia, e, da inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre reconhecida em recente julgamento *inter partes*.

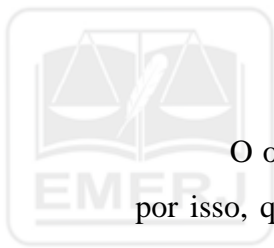
O terceiro capítulo destina-se a descrever procedimentos e propor reflexões acerca da ampliação da liberdade reprodutiva das mulheres em razão do fenômeno epidêmico atual permeado pelo zika vírus.

A pesquisa que se realizou para a produção desse trabalho acadêmico foi de natureza qualitativa e seguiu 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. IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO E DOS FUNDAMENTOS AUTORIZATIVOS DO ABORTO LEGAL: UMA REFLEXÃO PELO VIÉS HISTÓRICO

A importância da tutela do bem jurídico vida denota grande preocupação do legislador brasileiro, que não se limitou a protegê-lo com a tipificação da infração penal de homicídio prevista no artigo 121 do Código Penal; mas lhe reservou outras figuras delituosas, como o aborto, elencadas nos artigos 124-127 do Código Penal; o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio descrita no artigo 122 do Código Penal; e, o infanticídio disposto no artigo 123 do Código Penal, que, apesar de serem figuras autônomas, não passam de extensões ou particularidades daquela figura central, que pune a supressão da vida de alguém².

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. V. 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2.012, p. 25 e 26.



O ordenamento jurídico protege a vida desde a sua formação embrionária, justamente por isso, que até o início do parto, ou seja, à eliminação do feto, qualquer agressão à vida intrauterina, teoricamente, poderá tipificar o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana.³

À luz dessas informações, percebe-se que parte da doutrina⁴, a conduta humana somente deverá ser criminalizada pela infração penal aborto, se for capaz de atingir a expectativa de vida intrauterina - a expectativa de vida do ser humano em formação, indo além, a Suprema Corte, consigna que o instituto do aborto tutela a vida potencial do feto.⁵

O produto da concepção — feto ou embrião — não é pessoa, e sim, mera expectativa de vida ou simples parte do organismo materno⁶, o que significa dizer, que a figura típica, ilícita e antijurídica do aborto, veda condutas que possam lesionar a expectativa de vida intrauterina.

A respeito disso, o princípio da ofensividade remonta que não basta que a conduta humana esteja tipificada como proibitiva pelo ordenamento, a ação deve ser capaz de oferecer um risco concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

O bem jurídico protegido é a vida potencial do feto, o que se consolida após o primeiro trimestre de gestação, quando a ciência médica⁷ conclui que os sistemas os sistemas e órgãos do feto estão praticamente definidos. Antes do primeiro trimestre, há uma gravidez tida como embrionária sem o formato de feto.

Diante de tais considerações, passa-se à análise dos antecedentes históricos do instituto nas duas permissivas legais: aborto necessário e aborto humanitário ou ético.

Para o aborto necessário, quando há risco de vida para gestante, sempre pôde ser realizado o procedimento, mesmo contra a vontade da gestante, sendo dispensável a sua anuência. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto no artigo 128 que elenca a hipótese de aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, encampada pelo estado de necessidade descrita nos artigos 24 e 146, parágrafo 3º, todos do Código Penal. Ademais, adotando as cautelas devidas, o profissional médico agirá no estrito

³ *ibid*; p. 20.

⁴ *Ibid*; p. 21.

⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 124.306. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acessado em 29 nov. de 2016.

⁶ *ibid*; p. 573.

⁷ DAMIÃO, Robério. Médico Especialista em Ginecologia e Obstetrícia. Doutor em medicina pela UNIFESP. Entrevista concedida em 28.11.2016.

cumprimento de dever legal, conforme elucida o artigo 23, III, 1ª parte, do mesmo diploma legal, pois, na condição de garantidor, não pode deixar perecer a vida da gestante.⁸

A problemática advinha do aborto humanitário ou ético, permitido quando a gravidez resulta de estupro. Nesse, é imprescindível o consentimento da gestante ou dos representantes legais e até 1.997 não possuía regulamentação específica esclarecendo da realização procedimento.

Em 1.994, no plano federal, o governo brasileiro passou a firmar acordos internacionais no sentido de efetivar medidas para regulamentação, nos documentos das Conferências do Cairo⁹ e de Pequim,¹⁰ mas somente no ano de 1.997, o Conselho Nacional de Saúde aprovou-se a Resolução CNS n. 258, de 06 de novembro de 1.997¹¹, ainda vigente, determinando que o Ministério da Saúde procedesse à regulamentação do atendimento ao aborto legal no Sistema Único de Saúde.

A Resolução foi efetivamente cumprida pelo Ministro da Saúde com a publicação no ano de 1.999 da Norma Técnica para “Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes”, que incluiu a interrupção da gravidez resultante de violência sexual, hoje na sua terceira edição¹².

Apesar de quase duas décadas de existência, identifica-se, ainda, uma intensa e persistente campanha promovida por grupos religiosos reivindicando, inclusive judicialmente, a revogação da Norma Técnica. Há ainda projetos de leis para sustar a aplicação da Norma Técnica expedida pelo Ministério da Saúde e não permitir o aborto em quaisquer circunstâncias. As tentativas judiciais e legislativas desses grupos têm sido frustradas, mas os constrangimentos e ataques às pessoas, às políticas e programas governamentais nesse sentido

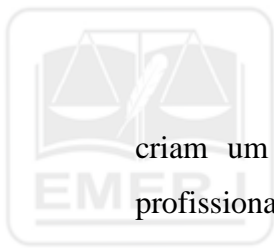
⁸ *ibid*; p. 581.

⁹ UNFPA BRASIL. Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo: 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 19 set. 2016.

¹⁰ BRASIL. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995 Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf Acesso em: 19 set. 2016.

¹¹ _____. *Resolução MS/CNS n° 258, de 06 de novembro de 1.997*. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1997/res0258_06_11_1997.html Acesso em: 19 set. 2016.

¹² _____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes*. Norma Técnica. Série: Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno n° 6, 3. ed. atualizada e ampliada. 1ª reimpressão. 2012: Brasília – DF. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf Acesso em: 19 set. 2016.



criam um ambiente tenso e desfavorável à liberdade reprodutiva das mulheres e dos profissionais de saúde.¹³

Nos autos do Inquérito Civil MPF/PR/RJ n. 1.30.0001.005093/2014-78 foi elaborado em 2015 um Relatório¹⁴ Consolidado do Questionário de Avaliação Aplicado nos Hospitais Estaduais do Estado do Rio de Janeiro na Atenção às pessoas em situação de violência sexual, elaborado pelo GT de Prevenção à Violência da SES/RJ que noticia fragilidades na assistência às pessoas em situação de violência sexual, entre elas, a negativa de unidades cadastradas para a realização do procedimento algumas unidades hospitalares e transferência de gestantes para a realização dos procedimentos em outros hospitais.

Os dados mais recentes da Organização Mundial da Saúde (OMS)¹⁵ apontam que, mesmo com os avanços nas últimas décadas em tecnologia, definição de protocolos clínicos, capacitação profissional e progressos conquistados no campo dos direitos sexuais e reprodutivos, o aborto inseguro se mantém como um grave problema de saúde pública em muitas partes do mundo.

2. FUNDAMENTOS DA ADPF N. 54, DA ADI N. 5581 E DO HABEAS CORPUS N. 124.306

Em 30 de abril de 2013, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, declarou inconstitucional, criminalizar a interrupção da gestação quando diagnosticado o feto com anencefalia, com fundamento no bem jurídico tutelado pela figura típica do aborto, qual seja, a expectativa de vida intrauterina do nascituro, que não restaria violada nessa hipótese, quando o feto não tem cérebro, pois mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, principalmente, de proteção jurídico-penal.

¹³ VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3ª ed. Brasília: UNFPA, 2009. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf Acessado em: 19 set. 2016.

¹⁴ _____. *Inquérito Civil MPF/PR/RJ n. 1.30.0001.005093/2014-78*. Relatório Consolidado do Questionário de Avaliação Aplicado nos Hospitais Estaduais do Estado do Rio de Janeiro na Atenção às pessoas em situação de violência sexual, elaborado pelo GT de Prevenção à Violência da SES/RJ no ano de 2015.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Complicaciones del aborto: directrices técnicas y gestoriales de prevención y tratamiento*. Ginebra: 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000089&pid=S1414-8145201000010002600007&lng=en Acesso em: 12 abr. 2016.



No caso dos fetos anencéfalos, a Suprema Corte¹⁶ considerou que não se estava em pauta a descriminalização do aborto, já que existe uma clara distinção entre a infração penal aborto e a antecipação de parto no caso de anencefalia, sendo o aborto um crime contra a vida, e a antecipação nos casos de anencefalia, um fato atípico, pois o feto é considerado juridicamente morto, uma vez que a própria medicina considera o termo da morte, a ausência de atividade cerebral.

O ordenamento brasileiro tutela a vida potencial, e no caso do anencéfalo, não existe vida possível, pois a anencefalia pressupõe a ausência parcial ou total do cérebro, sendo uma doença congênita letal, para a qual não há cura e tampouco possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior, considera-se então, que o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa.

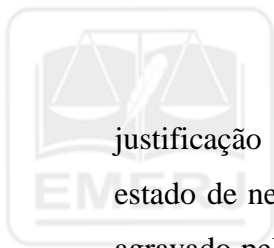
Em síntese, no julgamento da ADPF n. 54, a Suprema Corte, concluiu que não se cuida de preservação ou não de vida em potencial, mas sim, de morte segura no caso dos anencéfalos.

Em outro norte, trazendo a tona nova discussão acerca da ampliação dos fundamentos autorizativos da interrupção da gestação, precisamente, em 24 de agosto de 2016, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) protocolou no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5581, juntamente com arguição de descumprimento de preceito fundamental, questionando dispositivos da Lei n. 13.301/2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus zika.

A ADI n. 5581 propõe, entre outras questões, medidas contraceptivas de longo prazo, e as gestantes que aderirem aos métodos contraceptivos, e, mesmo assim, se encontrarem grávidas, poderiam ter resguardada a sua liberdade reprodutiva, ante a uma grave situação epidêmica não controlada pelo Estado.

Em suma, consta entre os requerimentos da ADI 5581, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pelas medidas contraceptivas de longo prazo propostas na ADI restarem tipificadas nos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda, com a

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+%29%2854.NUME.+OU+54.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h9phb4a> Acesso em: 12 abr. 2016.



justificação genérica dos artigos 23, inciso I, e 24, ambos do Código Penal, em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez.¹⁷

Entre os fundamentos principais da demanda, reside o estado de incerteza em relação a todos os efeitos nocivos causados pela infecção ainda não são conhecidos pela literatura científica e a insuficiente resposta estatal para garantir os direitos de mulheres e crianças afetadas pela epidemia.

Em 06.09.2016, o Procurador-Geral da República se pronunciou pelo não conhecimento da ação, com arguição de ilegitimidade ativa da ANADEP, e, no mérito, pela procedência parcial do pedido cautelar para conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124, 126, 23, I, e 24, todos do Código Penal, para considerar que na interrupção da gestação em caso de infecção comprovada pelo vírus zika, deve ser reconhecida a existência de causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento, nessas situações.

O julgamento dos requerimentos cautelares da ADI n. 5.581 entraram na agenda do Supremo Tribunal Federal, marcado para o próximo dia 07 de dezembro de 2016, onde será decidido pela Corte se a situação epidêmica atual constitui fundamento para a interrupção da gestação em relação às falhas contraceptivas.

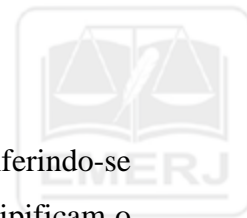
A respeito da interrupção da gestação, o Supremo Tribunal Federal, em 29 de novembro de 2016, afastou a prisão preventiva de dois acusados, denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, no julgamento do Habeas Corpus n. 124306,¹⁸ conferindo interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Interessante se mostra, o enfoque no voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso¹⁹, que destacou que além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a

¹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Despacho* proferido na ADI 5581 em 01.09.2016, publicado no DJE n. 188, divulgado em 02.09.2016. Ministra Relatora Carmém Lúcia.

¹⁸ _____. *Habeas Corpus* n. 124.306. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acessado em: 29 nov. de 2016.

¹⁹ *ibid.*



integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal que tipificam o crime de aborto para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre da gestação, o que prepondera ao bem jurídico tutelado pelo instituto.

3. ATENÇÃO HUMANIZADA AO ABORTAMENTO: PROCEDIMENTOS E DISCUSSÕES ACERCA DO FENÔMENO ATUAL PERMEADO PELO ZÍKA VÍRUS.

Consoante noticiam os especialistas em Saúde Coletiva, a atenção humanizada ao abortamento é um programa que visa à elaboração de um modelo de avaliação de momento oportuno,²⁰ e busca qualificar o atendimento à saúde de mulheres que chegam aos serviços de saúde em processo de abortamento espontâneo ou inseguro.

Destaca-se para tanto, que o sistema de saúde brasileiro dispõe de uma Norma Técnica Federal, que se encontra na terceira edição, que regulamenta o acesso à interrupção da gravidez legalmente permitida, bem como o atendimento às mulheres e adolescentes em caso de abortamento provocado, de forma compassada com as recomendações internacionais.

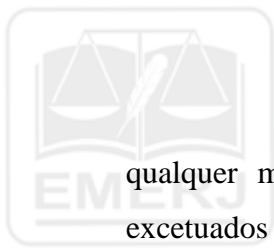
A interrupção da gravidez por meio de técnicas seguras estão previstas na Norma Técnica para os abortos até 12 semanas de idade gestacional, e após 12 semanas de idade gestacional e o acompanhamento pré-natal e psicológico, nos casos de gravidez acima de 20 semanas, orientação e assistência para acionar os mecanismos de adoção da criança se a mulher assim desejar.

A regulamentação começou pela Portaria MS/GM nº 1.508, de 1º de setembro de 2005²¹, que versa sobre o procedimento obrigatório de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Estabelece a norma²², que o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei é condição necessária para adoção de

²⁰ ROCHAI, Bianca. UCHOAI, Severina. *Avaliação da atenção humanizada ao abortamento: um estudo de avaliabilidade*. Physis, vol.23 n.1. Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312013000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acessado em 01 nov. 2016.

²¹ *ibid*; p. 153.



qualquer medida de interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único de Saúde, excetuados os casos que envolvem riscos de morte à mulher.

O Procedimento compõe-se de quatro fases que deverão ser registradas no formato de Termos, arquivados anexos ao prontuário médico, garantida a confidencialidade desses termos.

A primeira fase é constituída pelo relato circunstanciado do evento, realizado pela própria gestante, perante dois profissionais de saúde do serviço, devendo ser assinado pela gestante ou, quando incapaz, também por seu representante legal, bem como por dois profissionais de saúde do serviço.

A segunda fase dá-se com a intervenção do médico que emitirá parecer técnico após detalhada anamnese, exame físico geral, exame ginecológico, avaliação do laudo ultrassonográfico e dos demais exames complementares que porventura houver.

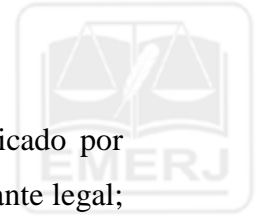
Paralelamente, a mulher receberá atenção e avaliação especializada por parte da equipe de saúde multiprofissional, que anotará suas avaliações em documentos específicos. Três integrantes, no mínimo, da equipe de saúde multiprofissional subscreverão o Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção da Gravidez, não podendo haver desconformidade com a conclusão do parecer técnico.

A equipe de saúde multiprofissional deve ser composta, no mínimo, por obstetra, anestesista, enfermeiro, assistente social e/ou psicólogo.

A terceira fase verifica-se com a assinatura da gestante no Termo de Responsabilidade ou, se for incapaz, também de seu representante legal, e esse Termo conterá advertência expressa sobre a previsão dos crimes de falsidade ideológica prevista no artigo 299 do Código Penal e da vedação do aborto descrita no artigo 124 do Código Penal, caso não tenha sido vítima de violência sexual.

A quarta fase se encerra com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que obedecerá ao esclarecimento à mulher deve ser realizado em linguagem acessível, especialmente sobre: os desconfortos e riscos possíveis à sua saúde; os procedimentos que serão adotados quando da realização da intervenção médica; a forma de acompanhamento e assistência, assim como os profissionais responsáveis; e a garantia do sigilo que assegure sua privacidade quanto aos dados confidenciais envolvidos, exceto quanto aos documentos

²² BRASIL. Portaria MS/GM n. 1.508, de 1º de setembro de 2005, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. 2005, p. 124.



subscritos por ela em caso de requisição judicial; deverá ser assinado ou identificado por impressão datiloscópica, pela gestante ou, se for incapaz, também por seu representante legal; e deverá conter declaração expressa sobre a decisão voluntária e consciente de interromper a gravidez.

Cabe destacar, a Lei n. 12.845/ 2013²³, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, e prevê que “os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social” .

A norma supracitada determina o atendimento imediato, obrigatório em todos os hospitais integrantes da rede do SUS²⁴, garantindo as mulheres, o diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas; amparo médico, psicológico e social imediatos; facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual; profilaxia da gravidez; profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis - DST; coleta de material para realização do exame de HIV²⁵ para posterior acompanhamento e terapia; fornecimento de informações às vítimas sobre os direitos legais e sobre todos os serviços sanitários disponíveis, todos de forma gratuita aos que deles necessitarem.

Esclarece-se, por oportuno que a profilaxia da gravidez, é o uso da "pílula do dia seguinte", prática já prevista em norma técnica do Ministério da Saúde, entendendo o órgão estatal, que em casos de estupro, "a pílula do dia seguinte" tem se mostrado eficaz na prevenção de morte materna ao evitar, ainda, abortos clandestinos.

No tratamento das lesões, caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal, uma vez que cabe ao órgão de medicina legal o exame de DNA para identificação do agressor.

Ultrapassando os aspectos procedimentais, passam-se as reflexões acerca da adequação ao fenômeno epidêmico atual.

²³ _____. *Lei n. 12.845 de 1º de agosto de 2013*. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 ago. 2013, p. 1.

²⁴ *ibid.*

²⁵ *ibid.*

É conveniente diferenciar as reflexões acerca do aborto eugênico, daquelas relacionadas ao feto microcefálico.

Sabe-se que o aborto eugênico constitui procedimento realizado em razão de o feto possuir alguma anomalia física ou neurológica. Há na doutrina²⁶ posicionamento que considera o aborto eugênico como causa de excludente da antijuridicidade, especificamente, a inexigibilidade de conduta diversa, a qual torna a conduta atípica.

Insta frisar, que o Código Penal não legitima o chamado aborto eugênico, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Tal instituto, não se relaciona com os argumentos da ADI n. 5581 que propõe uma garantia à liberdade reprodutiva das mulheres em relação ao fenômeno epidêmico atual permeado pelo zika vírus.

Recentemente, a Organização das Nações Unidas²⁷, realizou uma recomendação no sentido de que não seja considerada infração penal, o aborto de fetos com microcefalia. Tal fato acirrou uma discussão jurídica sobre o tema. Afinal, em meio a tríplice epidemia (zika vírus, dengue e chikungunya) vivenciada no Brasil, a liberação da interrupção da gestação nessa hipótese, representaria de certo modo, a revisão de uma série de questões relacionadas aos direitos reprodutivos das mulheres.

O que se discute hoje, é que a atual epidemia do vírus zika,²⁸ exige do Estado à implementação de um conjunto amplo de políticas públicas para a proteção de direitos que não se restringem ao direito à interrupção da gravidez.

Viabilizar, no contexto atual, a decisão das mulheres, não se confunde com o exercício da autoridade do Estado sobre sua decisão e, por isso mesmo, não se confunde com a eugenia²⁹.

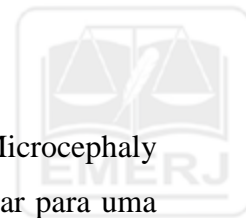
O que se nota, é que para uma mulher hoje no Brasil, descobrir-se grávida e infectada pelo vírus é uma situação de grande sofrimento e desproteção, já que as notícias refletem grande desconhecimento de suas possíveis extensões.

²⁶ *ibid*; p. 581.

²⁷ BRASIL. JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. *ONU defende descriminalização do aborto em meio à epidemia de zika*. São Paulo: 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1737197-onu-defende-descriminalizacao-do-aborto-em-meio-a-epidemia-de-zika.shtml> Acesso em: 12 abr. 2016.

²⁸ BBC BRASIL. *Grupo prepara ação no STF por aborto em casos de microcefalia*. Brasília: BBC, 2016. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160126_zika_stf_pai_rs Acesso em: 12 abr. 2016.

²⁹ BIROLI, Flávia. *O vírus zika, o direito ao aborto e a cidadania das mulheres brasileiras*. Brasília: Boitempo editorial, 12.02.2016. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2016/02/12/o-virus-zika-o-direito-ao-aborto-e-a-cidadania-das-mulheres-brasileiras/> Acesso em: 31 out. 2016.



Em resultados preliminares, divulgados pela ONU, realizados pelo Microcephaly Epidemic Research Group (MERG), recomenda-se que o planeta deve se preparar para uma epidemia global da malformação fetal e de outras manifestações da síndrome congênita do vírus zika.³⁰

Independentemente da consequência que à infecção possa ter no feto ou na gestante, a omissão estatal em relação à obrigatoriedade de enfrentamento de uma gestação de riscos graves e totalmente desconhecidos, por si só, consiste em uma violação aos direitos reprodutivos das mulheres pelo Estado, ainda mais, se constituírem-se em falhas contraceptivas.

Diante disso, cogitar a possibilidade da interrupção da gravidez, nas hipóteses de diagnóstico do feto com microcefalia após uma contraceptiva, poderia, ainda que no plano teórico, ser considerada como uma forma de preservação da liberdade do direito reprodutivo das mulheres, ante a uma situação excepcional, de grave epidemia, não controlada pelo Estado, e, além disso, prevenir, como forma de política pública, práticas inseguras, resguardando-se um abortamento humanizado as gestantes e institucionalizado pelo Estado.

Não se pode deixar de considerar, as atuais limitações financeiras, institucionais e sanitárias do Poder Público no atendimento à demanda em saúde e na realização da política de saúde, o que por si só, residem em um cenário de total desamparo as gestantes.

Perfazendo uma análise ao processo decisório judicial na concretização dos direitos sociais, tem-se por pacífico na Jurisprudência dos tribunais superiores, que as restrições orçamentárias e as limitações da Administração Pública, para atender à demanda em saúde, devem ser apresentadas de modo objetivamente aferível, e a simples conjectura de não possibilidade de cumprimento não deve ser acatada, o que importa dizer, que se espera uma resposta positiva do aparelho estatal,³¹ tal como um conjunto amplo de políticas para a proteção de direitos das mulheres, e como explicitado acima, que não se restrinja a interrupção da gestação.

³⁰ BRASIL. *Países devem se preparar para epidemia global de microcefalia, alertam pesquisadores*. Nações Unidas no Brasil – ONU-BR Disponível em: <https://nacoesunidas.org/paises-devem-se-preparar-para-epidemia-global-de-microcefalia-alertam-pesquisadores/> Acesso em: 12 abr. 2016.

³¹ VENTURA, Miriam. *O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde*. FIOCRUZ/ENSP – Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/premio2012/doutorado/Miriam%20Ventura%20da%20Silva.pdf> Acessado em: 19 set. 2016.



É cediço que não há nenhum tratamento comprovado para os fetos atingidos pelo vírus zika, e qualquer novo tratamento terá que ser seguro para as mulheres grávidas. Serão necessários muitos avanços científicos para entender a melhor forma de lidar com recém-nascidos com graves e incapacitantes malformações congênitas,³² tais como atraso mental, *déficit* intelectual, paralisia, convulsões, epilepsia, autismo e rigidez dos músculos, cientificamente chamada de espasticidade.

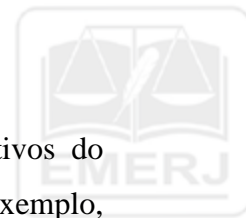
É necessário que se reconheça, ao menos por um período, que o Estado é incapaz de emitir uma resposta positiva e segura às gestantes infectadas pelo vírus zika, ao menos até que a situação epidêmica esteja controlada, como forma de privilegiar, a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a igualdade de gênero, conforme recentemente ponderado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 124.306.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se enfatizar a necessidade de reflexão acerca da ampliação da liberdade reprodutiva das mulheres, principalmente à luz de uma epidemia não controlada pelo Estado, que afronta os primados do Sistema único de Saúde, uma vez que o sistema do Governo assume e consagra os Princípios da Universalidade, Equidade e Integralidade da Atenção à Saúde da população brasileira, explicitado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que aduz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Foi possível verificar que, apesar da gestante ter o direito de realizar o aborto nas circunstâncias permitidas pela Lei e interromper a gestação na hipótese prevista pela Jurisprudência, independentemente de autorização judicial, os entraves identificados para a implantação desses serviços repousam, de fato, no forte estigma do tema, e o receio de alguns profissionais de se envolver em processo judicial, ou mesmo, de ser alvo de ataque pessoal e constrangimento público, por parte de grupos conservadores contrários.

³² THE LANCET. *Zika virus and microcephaly in Brazil: a scientific agenda*. Reino Unido: Elsevier, 2016. Disponível em: <http://www.thelancet.com/pb/assets/raw/Lancet/pdfs/S0140673616005456.pdf> Acessado em: 23 set. 2016.



A finalidade do trabalho, além de esclarecer sobre os elementos autorizativos do aborto, foi o de sugerir uma reflexão acerca de elementos não positivados, como por exemplo, no caso dos fetos microcefálicos, ante uma epidemia não controlada pelo Estado, protegendo-se as gestantes, vítimas das falhas contraceptivas; e, nas hipóteses da gestação embrionária, onde a Primeira Turma da Suprema Corte, reconheceu, recentemente, a prevalência da autonomia e liberdade reprodutiva da mulher.

O grande desafio continua sendo o de potencializar os instrumentos e mecanismos legais e políticos institucionais existentes, para que a efetivação dos Direitos Reprodutivos alcance indiscriminadamente todas as cidadãs, especialmente nas permissivas legais.

A questão jurídica que envolve a assistência à gestante de um feto com grave anomalia, reconhecida por organismos internacionais como uma epidemia global, desconhecida pelos cientistas em suas causas, efeitos e tratamentos, denota uma situação de absoluto desamparo dessas gestantes, e as discussões apresentadas nesse trabalho, visam possibilitar uma reflexão acerca da ampliação da liberdade reprodutiva das mulheres ante a completa ausência de proteção estatal com amparo em interrupções gestacionais legitimadas pela jurisprudência brasileira.

REFERÊNCIAS

BBC BRASIL. *Grupo prepara ação no STF por aborto em casos de microcefalia*. Brasília: BBC, 2016. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160126_zika_stf_pai_rs Acesso em: 12 abr. 2016.

BIROLI, Flávia. *O vírus zika, o direito ao aborto e a cidadania das mulheres brasileiras*. Brasília: Boitempo editorial, 12.02.2016. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2016/02/12/o-virus-zika-o-direito-ao-aborto-e-a-cidadania-das-mulheres-brasileiras/> Acesso em: 31 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 191-A - p.1.

_____. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940, e retificado em 03 jan. 1941.

_____. *Norma Técnica Federal: atenção humanizada ao abortamento*. 3. ed. 2013. Disponível em:



http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. *Portaria MS/GM n. 344 de 12 de maio de 1998*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de mai. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+%29%2854.NUME.+OU+54.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h9phb4a> Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. _____. *Habeas Corpus n. 120026*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC120026.pdf> Acesso em: 23 set. 2016.

_____. _____. *Habeas Corpus n. 124.306*. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acessado em: 29 nov. de 2016.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5581*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323833> Acesso em: 23 set. 2016

_____. *Países devem se preparar para epidemia global de microcefalia, alertam pesquisadores. Nações Unidas no Brasil – ONU-BR* Disponível em: <https://nacoesunidas.org/paises-devem-se-preparar-para-epidemia-global-de-microcefalia-alertam-pesquisadores/> Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995* Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf Acesso em: 19 set. 2016.

_____. *Portaria MS/GM n. 1.508, de 1º de setembro de 2005*, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. 2005, p. 124.

_____. *Resolução MS/CNS n. 258, de 06 de novembro de 1997*. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 abr. 1998, p. 84.

_____. *Lei n. 12.845 de 1º de agosto de 2013*. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 ago. 2013, p. 1.

_____. *Lei n. 13.301 de 27 de junho de 2016*. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 jun. 2016, p. 1.

_____. *Zika: documentário sobre mulheres*. Campina Grande: Vozes da Igualdade, 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=m8tOpS515dA&index=1&list=PLf-Oz5dUh_njeIcx-40L99fCs31u7CmeL Acessado: 01 nov. 2016.

_____. JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. *ONU defende descriminalização do aborto em meio à epidemia de zika*. São Paulo, Jornal Folha de São Paulo: 2016. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/02/1737197-onu-defende-descriminalizacao-do-aborto-em-meio-a-epidemia-de-zika.shtml> Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes*. Norma Técnica. Série: Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno n. 6, 3. ed. atualizada e ampliada. 1ª reimpressão. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf Acesso em: 19 set. 2016.

_____. *Inquérito Civil MPF/PR/RJ n. 1.30.0001.005093/2014-78*. Relatório Consolidado do Questionário de Avaliação Aplicado nos Hospitais Estaduais do Estado do Rio de Janeiro na Atenção às pessoas em situação de violência sexual, elaborado pelo GT de Prevenção à Violência da SES/RJ no ano de 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Complicaciones del aborto: directrices técnicas y gestorales de prevención y tratamiento*. Ginebra: OMS, 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000089&pid=S1414-8145201000010002600007&lng=en Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. *Abortamento Seguro: orientação técnica e política para os sistemas da saúde*, 2002. Publicado por Organização Mundial da Saúde, International Women's Health Coalition – Campinas, SP: Cemicamp, 2004. Disponível em: http://www.iwhc.org/storage/iwhc/documents/abortamento_seguro_cap.1-4.pdf Acesso em: 20 set. 2016.

ROCHAI, Bianca. UCHOAI, Severina. *Avaliação da atenção humanizada ao abortamento: um estudo de avaliabilidade*. Physis. Vol. 23 n.1. Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312013000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acessado em 01 nov. 2016.

DAMIÃO, Robério. Médico Especialista em Ginecologia e Obstetrícia. Doutor em medicina pela UNIFESP. Entrevista concedida em 28.11.2016.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3ª ed. Brasília: UNFPA, 2009. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf Acessado em: 19 set. 2016.

_____. *O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ENSP – Escola Nacional de Saúde Pública, 2012. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/premio2012/doutorado/Miriam%20Ventura%20da%20Silva.pdf> Acessado em: 19 set. 2016.

THE LANCET. *Zika virus and microcephaly in Brazil: a scientific agenda*. Reino Unido: Elsevier, 2016. Disponível em: <http://www.thelancet.com/pb/assets/raw/Lancet/pdfs/S0140673616005456.pdf> Acessado em: 23 set. 2016.

UNFPA BRASIL. *Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo*. Brasília: UNFPA, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 19 set. 2016.



O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVO AO DEFERIMENTO DE LEITOS PARA INTERNAÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Natasha Anastácia Ferreira Pinto

Graduada pela UCAM - Universidade Candido Mendes. Advogada.

Resumo: a Administração Pública, a competente para dar efetividade aos direitos sociais constantes da Carta Constitucional, revela-se insuficiente em suas atividades. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a possibilidade de o Poder Judiciário brasileiro atuar de forma ativa na concretização de políticas públicas, por intermédio do chamado "ativismo judicial", principalmente na área da saúde, sem que isso importe em violação ao princípio da separação de poderes.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Políticas Públicas. Intervenção Judicial. Internação Hospitalar. Direito à Saúde.

Sumário: Introdução. 1. O ativismo judicial e a saúde como garantia fundamental. 2. A impossibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível na disponibilização de leitos hospitalares no SUS. 3. A analogia com o Estado de Coisas Inconstitucional e o papel do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo fazer uma análise acerca do que hoje se denomina "ativismo judicial" em face das omissões estatais, principalmente no que diz respeito ao direito à saúde, que é uma garantia fundamental insculpida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

No primeiro capítulo, será discutido como o Poder Judiciário atua em uma conduta pró ativa em face das omissões do Poder Executivo/Administração Pública, pois esse se encontra aquém de uma prestação digna aos cidadãos no tocante aos direitos fundamentais. Diariamente nos telejornais mostra-se a luta dos brasileiros para conseguir uma vaga nos



hospitais públicos ligado ao Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080/90), com leitos decentes e material adequado, tendo em vista a ausência de recursos repassados pelo Poder Público.

No segundo capítulo, será tratado uma das alegações do Estado, que é o princípio da reserva do possível atrelado ao mínimo existencial, que vem sendo utilizado como um limitador ao repasse público orçamentário. Ocorre que tal defesa estatal quando feita de maneira generalizada e usual não pode subsistir, fazendo com o que o Poder Judiciário se torne o "personagem principal" na efetivação de políticas públicas, sem que haja violação ao princípio da separação de poderes.

No terceiro capítulo, será demonstrado como o Supremo Tribunal Federal vem sendo instado a se manifestar sobre o "Estado de Coisas Inconstitucional - ECI", que é quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais, causado pela inércia de autoridades públicas em modificar essa conjuntura. Essa situação faz com que a Corte tenha que fixar "remédios estruturais" voltados para a execução de políticas públicas, como é o caso da saúde.

O presente trabalho adotará metodologia de pesquisa de dados qualitativa, com objetivo descritivo e por meio bibliográfico.

1. O ATIVISMO JUDICIAL E A SAÚDE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, chamada de "Constituição Cidadã", foi promulgada para reintroduzir a democratização no Brasil, que estava abalada em razão de um regime autoritário militar desde 1964. A Carta Magna é um marco jurídico para a institucionalização dos direitos humanos e consolidação das garantias e direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros.



Ao longo de seu texto, há um rol de direitos inerentes à condição humana, como os direitos sociais à saúde, à moradia, à segurança, dentre outros, que implicam em contraprestações do Estado. O papel de implementação e de tutela desses direitos cabe ao Poder Executivo que, não obstante, não tem se tornado efetivo, tendo em vista que não cumpre, normalmente, a sua missão institucional.

Na impossibilidade de os competentes atuarem na previsão e implementação de políticas pública, o Poder Judiciário se envolve, tomando para si "causas alheias" ao tentar compensar os déficits existentes dos demais institutos. Assume, assim, um papel determinante no que tange ao asseguramento de direitos de caráter contraprestacional.

Diante desse panorama, a doutrina instituiu o chamado Ativismo Judicial que, segundo Luís Roberto Barroso, "está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (...) que incluem a imposição de condutas ou abstenções do Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas"¹.

O cientista social brasileiro, Luiz Jorge Werneck Vianna, procura discutir como que frente a um Executivo ineficiente para gerir a sua burocracia e a um Legislativo demagogo, as esperanças e anseios da população foram depositadas no Judiciário. Segundo ele, "o ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, abdica da defesa da integridade do Direito (...) e se torna instrumento do seu derruimento"².

O problema maior não seria o ativismo judicial, mas o fato dele descambar em uma espécie de juristocracia. Haveria a substituição de uma democracia, em que o papel de cada um dos poderes está delimitado na CRFB/88, sendo este um dos pressupostos do Estado

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

² WERNECK VIANNA, Luiz. *O ativismo judicial mal compreendido*. Disponível em: < http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf>. Acesso em: 4 Abr. 2016.

Democrático de Direito, passando o Judiciário a se imiscuir numa seara que não seria sua originariamente. Ocorre que, na prática, o a preocupação maior é o da efetivação dos direitos e não do reconhecimento deles.

Ainda que o Poder Judiciário não seja formado por magistrados democraticamente eleitos pelo povo, ele está inserido no processo de democracia. Esta é formada pela soberania popular e pela garantia de direitos fundamentais. O Judiciário atua exatamente no momento em que é preciso garantir os direitos fundamentais, ou seja, num dos pressupostos da própria democracia, ainda que não representem necessariamente o que se chama de "vontade da maioria".

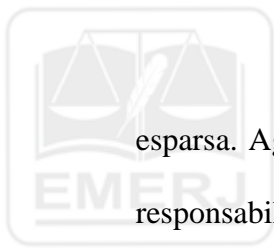
Esse papel assumido pelo Judiciário e o ativismo judicial decorrem de uma relativa aproximação de sistemas de *civil law* e *common law*. Isso levou a um termo no direito canadense de bijuralismo, com influência do direito francês e do direito norte-americano. Trata-se da mescla de modelos jurídicos. Ao nos aproximarmos da *common law*, em que o precedente tem caráter vinculativo, conseqüentemente nos unimos ao ativismo judicial.

Atualmente, o Judiciário atua como um participante ativo da vida política, diferentemente de como pensava Montesquieu que, ao tratar da separação de poderes, colocava o Judiciário como um poder neutro, sem posicionamento político. Para Maria Tereza Sadek,, "no caso brasileiro, pós Constituição de 88, é visível o crescimento do Judiciário como poder político. Nos últimos tempos, não é possível falar em uma única política ou uma única alteração na vida pública, de que o Judiciário não tenha participado"³.

No que tange especificamente ao direito à saúde, a Constituição de 1988 foi a primeira a consagrá-lo como garantia fundamental e um dever do Estado, conforme preconiza seu artigo 196.⁴ Todos os textos constitucionais anteriores falavam genericamente e de forma

³ SADEK, Maria Tereza. *Política e Judiciário*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/faz-parte-essencia-justica-preencher-espacos-vazios-sadek>>. Acesso em: 4 Abril 2016.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.



esparsa. Agora, ele é regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação para a assistência à saúde, e sem que haja qualquer tipo de privilégio ou preconceito, primando-se pela isonomia.

Quando a Constituição de 1988 trata do direito à saúde, é possível notar que há um viés individual, mas também um viés coletivo. No entanto, "dizer que a norma do art. 196, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição"⁵.

O grande problema no Brasil não reside na ausência de legislação específica sobre o tema, pelo contrário, as leis são ricas no que tange ao direito fundamental à saúde. A questão reside na inércia de implementação e manutenção de políticas públicas, que, conseqüentemente, afeta a sua eficácia social. Nesse ponto, cabe ao Poder Judiciário ter uma conduta pró ativa para viabilizar e efetivar o direito, tendo em vista que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

O Supremo Tribunal Federal já considerou o direito à saúde como um direito subjetivo de toda a coletividade, cabendo a sua prestação pelo Estado. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, "o poder público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional (...) incumbe implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir os objetivos do art. 196 CRFB"⁶.

A Corte Constitucional já se posicionou no sentido de que a responsabilidade dos entes da Federação é solidária e "se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde,

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR-RE 271.2868. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.



de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo"⁷.

Nota-se que a ideia do Judiciário, no contexto brasileiro, é atuar em conflitos que seriam perdidos na arena política, e que o acabam levando a se instar em razão de uma sociedade vulnerável.

2. A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS HOSPITALARES NO SUS

Um dos grandes problemas atuais no Brasil é a ausência de repasses públicos para o setor da saúde, o que acarreta em filas intermináveis nos hospitais, ausência de leitos para os pacientes doentes, não fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares, entre outros. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é de todos os entes da Federação, de forma solidária, ou seja, é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios⁸.

Ao serem propostas demandas judiciais questionando a efetividade dos direitos sociais, dentre eles a saúde, a defesa da Administração Pública busca respaldo no chamado Princípio da Reserva do Possível, que é a capacidade financeira que cada ente possui para implementar e efetivar os direitos e garantias fundamentais. Ocorre que, ainda que o Estado não possa ser visto como um garantidor universal, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que em relação à saúde e à educação, presente está o garantismo estatal, ou seja, a alegação de ausência de verbas públicas não pode ser óbice para efetivação de tais direitos.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 550.530 AgR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192-3. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1817>>. Acesso em: 24 ago. 2016.



Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos⁹ faz uma correta ponderação quanto à cláusula de reserva do possível, em que esta "não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

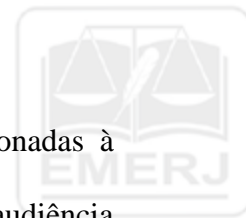
Diante desse cenário de reconhecida ineficiência da Administração Pública, o Poder Judiciário é chamado para intervir em áreas típicas de gestão administrativa, exercendo senão controle judicial de atos e omissões do Poder Público. Ressalte-se que a alegação de violação à separação de poderes não justifica a inércia do Poder Executivo no cumprimento de seu dever constitucional de garantia do direito à saúde. Assim, um dos parâmetros encontrados foi o de que a discricionariedade do administrador começa quando acaba a fruição dos direitos fundamentais.

No ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre o tema na conhecida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 45 e tratou da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e da abusividade estatal em sempre alegar a tese da reserva do possível na sua peça defensiva.

Para a Corte Suprema, consoante expressou-se o Ministro Celso de Mello¹⁰, se os Poderes do Estado agirem de modo irrazoável, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, ferindo o mínimo existencial do indivíduo, ou seja, violando as condições mínimas necessárias à uma vida digna e à sua própria sobrevivência, justificar-se-ia, por razões de imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, com o fim de viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição foi recusada pelo Estado sem um motivo justificado.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 24 ago. 2016.



Destaca-se que com a existência de inúmeras demandas judiciais relacionadas à saúde, a Presidência do Supremo Tribunal Federal realizou no ano de 2009 uma audiência pública sobre o tema, com diversos fóruns sobre reflexão e argumentação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro chegou a editar o seu Enunciado de Súmula nº 241 no sentido de que "cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre a efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição".¹¹

No âmbito do Sistema Único de Saúde, é notório os grandes problemas que vêm se amontoando ao longo do tempo, em que a população de baixa renda não consegue vaga nos hospitais públicos, não consegue medicamentos, não consegue obter um tratamento digno. Tal situação vai de encontro ao previsto na Constituição Federal em seu artigo 198¹², que garante o atendimento integral para a população, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais.

Diversas ações, recursos e mandados de segurança chegam diariamente aos tribunais em razão da ausência de leitos nos hospitais públicos, principalmente quando em situações emergenciais. Destaca-se que tal situação acarreta a obrigatoriedade de custeio pelos entes públicos - dada a obrigação solidária entre eles - a um tratamento em hospital particular a depender do caso concreto. A falta de vagas em hospital público "não isentaria os entes estatais de arcarem com as despesas necessárias ao tratamento do doente, pois este não pode ficar privado dos cuidados necessários ao restabelecimento da sua saúde, sob pena de ofensa ao dever constitucional dos entes federativos e ao princípio da dignidade da pessoa humana"¹³.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. APL 306627902010819001. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Disponível em: <[Revista de Artigos Científicos - V. 8, n.2, Tomo II \(M/V\), jul./dez. 2016](http://tj-</p></div><div data-bbox=)



A propositura de inúmeras demandas individuais relativas à saúde fez com que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desse início a uma série de ações coletivas em face do Estado e do Município e, além disso, "a interlocução ONGs que representavam doentes com patologias crônicas, a Defensoria Pública e o Conselho Estadual de Saúde, foi fundamental para a propositura das ações. Essas instituições vivenciam os problemas práticos enfrentados em cada setor, podendo subsidiar as demandas"¹⁴. Nota-se, portanto, que o fortalecimento da cultura administrativa, sem que haja necessidade de intervenção judicial, é um desafio a ser superado.

3. A ANALOGIA COM O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PAPEL DO STF

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, por intermédio da Medida Cautelar na ADPF n° 347¹⁵, iniciou julgamento a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional, promovido pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) no que tange o sistema penitenciário brasileiro e sua situação atual, a qual seria violadora de preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, dos direitos fundamentais dos presos.

A origem do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) se deu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada "Sentencia de Unificación". No Brasil, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional foi a maior novidade do pedido formulado na ADPF n° 347. Até então, o termo era desconhecido no país.

rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21132740/apelacao-apl-3066279020108190001-rj-0306627-9020108190001-tjrj. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/material/1720_ADPF_347_-_Decisao_liminar_Min_Marco_Aurelio.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.



Segundo aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁶, citado na petição da ADPF nº 347, para que haja o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, há a necessidade dos seguintes pressupostos: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem seus direitos violados acorrerem o Judiciário.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é uma medida excepcional, tendo em vista que se trata de uma técnica não prevista na Constituição Federal ou em qualquer outro ato normativo. No entanto, como atinge um número significativo de pessoas que tem seus direitos violados, a Corte Constitucional não pode se manter inerte. Deve adotar, assim, a postura de um ativismo judicial, fixando "remédios estruturais" voltados à formulação e execução de políticas públicas em face das omissões do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Nos casos em que se identifica um Estado de Coisas Inconstitucional, há um "bloqueio institucional para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas"¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF nº347, relativo ao pedido de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 07 set. 2016.

¹⁷ Dizer o Direito. Disponível: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.



penitenciário brasileiro, mas já apreciou pedido de liminar e deferiu os requerimentos da audiência de custódia e de liberação de verbas do Fundo Penitenciário (FUNPEN). O Plenário reconheceu que há, de fato, uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, que são submetidos a penas cruéis e degradantes nos presídios quando do cumprimento de suas penas privativas de liberdade.

Segundo as palavras de Ana Paula de Barcellos¹⁸, "o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência". Assim, a violação dos direitos dos presos transcende as situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade.

É importante ressaltar que a responsabilidade por essa situação é dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-membros e do Distrito Federal. O problema é que a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentária eficazes representam uma verdadeira "falha estrutural" que geram ofensas aos direitos dos presos, além da perpetuação e agravamento da situação. Diante disso, o papel do Supremo Tribunal Federal é retirar os demais Poderes da inércia, coordenando ações com vistas a resolver os problemas e monitorar os resultados alcançados. Como as instituições legislativas e administrativas têm se mostrado incapazes, a intervenção judicial faz-se necessária.

Caso haja a declaração do Estado de Coisas Constitucional pelo STF quando do julgamento do mérito da ADPF nº 347, essa decisão poderá ser utilizada por analogia em outras situações, nas quais haja violação não apenas dos direitos fundamentais dos presos, mas também de todos aqueles que necessitam de um atendimento digno na área da saúde.

Os hospitais públicos federais, estaduais e municipais encontram-se num estado de calamidade tal qual os presídios brasileiros, em que os pacientes são tratados com descaso, de forma desumana, aguardando por meses para marcação de exames emergenciais, dormindo

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 254, p. 1-10, ago. 2010.



amontoados no chão dos corredores, tendo em vista a ausência de leitos para atenderem a todos, sem o fornecimento da medicação necessária para a sua sobrevivência.

Toda essa situação, violadora de diversos dispositivos da Constituição Federal, principalmente o artigo 5º¹⁹, é causada pela inércia e incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais de atuação do Poder Público e de uma pluralidade de autoridades podem alterar o cenário inconstitucional.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal não possa substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de tarefas próprias, é possível que o Judiciário supere bloqueios políticos e institucionais sem afastar, porém, esses poderes dos processos de formulação e implementação de soluções necessárias.

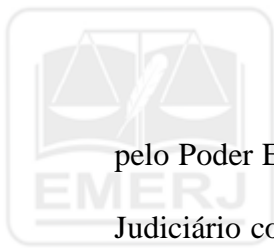
CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a importância e a possibilidade de efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, principalmente na área da saúde, tendo em vista a ineficiência dos demais Poderes da República Federativa do Brasil.

Na sequência, foi abordado o chamado "Ativismo Judicial", levando-se em consideração pareceres doutrinários e entendimento jurisprudenciais, o que garante aos magistrados brasileiros o poder de compelir os demais Poderes a tomarem certas condutas no que tange a execução dos direitos fundamentais, sem que haja espaço para a tese da reserva do possível.

Do exposto, conclui-se que, embora haja diversos apontamentos sobre o "Ativismo Judicial", no Brasil há uma grande dificuldade na concretização dos direitos fundamentais

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.



pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, havendo necessidade de intervenção do Poder Judiciário com o intuito de garantir, pelo menos, o mínimo existencial, que é aquilo que está estampado na Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, não há qualquer tipo de afronta ao princípio da separação de poderes, haja vista ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição Federal, bem como fundamenta o Poder Judiciário a dar uma existência real ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na verdade, diante das constantes omissões estatais, o que ocorre é uma violação à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros, e não uma violação à separação de poderes, pois esse permanece intacto em razão do adotado sistema de freios e contrapesos.

Por fim, é dever constitucional do Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, de garantir o cumprimento dos direitos sociais, tendo em vista que é sua função típica a realização e defesa do ordenamento jurídico, a depender do caso concreto, intervindo e determinado ao Poder Público o cumprimento de suas obrigações institucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgR-RE 271.2868. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 550.530 AgR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192-3. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1817>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>> -



Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. APL 306627902010819001. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21132740/apelacao-apl-3066279020108190001-rj-0306627-9020108190001-tjrj>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/material/1720_ADPF_347__Decisao_liminar_Min_Marco_Aurelio.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 254, ago. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 07 set. 2016.

Dizer o Direito. Disponível: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SADEK, Maria Tereza. *Política e Judiciário*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/faz-parte-essencia-justica-preencher-espacos-vazios-sadek>>. Acesso em: 4 Abril 2016.

WERNECK VIANNA, Luiz. *O ativismo judicial mal compreendido*. Disponível em: <http://www.cis.pucRio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf>. Acesso em: 4 Abr. 2016.



A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O PRINCÍPIO DO RISCO NA VISÃO DE CLAUD ROXIN

Nathália de Oliveira Corrêa Faria Maciel

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

Resumo – conceitua-se crime, hoje, como uma conduta típica, ilícita e culpável. No que diz respeito à tipicidade, tem-se que é composta pelo tipo penal objetivo e pelo tipo penal subjetivo, após a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria finalista, de Welzel, com a Reforma de 1984 do Código Penal. No tipo penal objetivo examina-se a relação de causalidade, isto é, o nexos causal existente entre a conduta do agente e o resultado. Embora o tipo penal subjetivo permita uma restrição da responsabilidade penal, certo é que o tipo penal objetivo continua amplo, o que enseja severas críticas doutrinárias. Diante disso, a essência do trabalho é analisar como a teoria da imputação objetiva, na vertente de Claus Roxin, que se fundamenta no princípio do risco, poderia solucionar uma das principais problemáticas decorrentes da teoria da equivalência dos antecedentes causais, que se encontra positivada no art. 13, *caput*, do Código Penal, qual seja, a regressão ao infinito.

Palavras-chave – Direito Penal. Teoria da Imputação Objetiva. Princípio do risco. Claus Roxin.

Sumário – Introdução. 1. A limitação da relação de causalidade pela Teoria da Imputação Objetiva. 2. Análise do risco na Teoria da Imputação Objetiva segundo Claus Roxin. 3. Aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro. Conclusão. Referências.

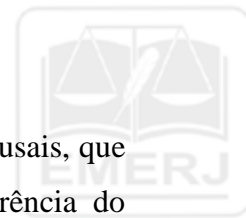
INTRODUÇÃO

O presente artigo científico apresentará a teoria da imputação objetiva na vertente do jurista alemão Claus Roxin, com base no princípio do risco, como forma de solução das problemáticas atuais que envolvem a relação de causalidade examinada no tipo penal objetivo.

Sabe-se que para que possa ser imputada a determinada pessoa a prática de um crime é preciso, primeiramente, que se proceda à análise da tipicidade da conduta do agente, isto é, da verificação do amoldamento do seu comportamento à norma penal positivada.

Inúmeras teorias surgem com o escopo de definir a tipicidade. Dentre elas, destaca-se a teoria finalista, adotada pelo Código Penal Brasileiro, segundo a qual o tipo penal possui um elemento objetivo, que consiste na análise da conduta, do resultado e do nexos causal existente entre eles, e um elemento subjetivo, qual seja, a finalidade.

A relação de causalidade examinada no tipo penal objetivo também é objeto de várias teorias, as quais buscam explicar como a ação e o resultado se relacionam. Nesse



sentido, adota-se, atualmente, a chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, que considera como causa toda condição que de certa forma contribui para a ocorrência do resultado, ou seja, há tão somente uma limitação mínima da responsabilidade penal.

É especialmente em decorrência desse excesso de amplitude conferido ao tipo penal objetivo que a teoria da equivalência dos antecedentes causais é constantemente criticada na doutrina.

Diante desse quadro fático, no primeiro capítulo se demonstrará a relevância do estudo da teoria da imputação objetiva, a qual permite uma limitação da relação de causalidade, afinal insere no tipo penal objetivo mais um elemento – a imputação objetiva – que impõe uma limitação máxima à responsabilização penal.

No segundo capítulo se justificará a análise da teoria da imputação objetiva apenas na vertente proposta pelo jurista alemão Claus Roxin, com fundamento no princípio do risco, afinal é objeto de maiores estudos em âmbito nacional e internacional, assim como possui maior viabilidade de aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, no terceiro capítulo se discutirá que, apesar de não se encontrar positivada, a teoria da imputação objetiva pode vir a incidir nos casos concretos, pois não importa em afastamento completo da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Na realidade, traduz uma ideia de complementariedade.

A pesquisa proposta é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva.

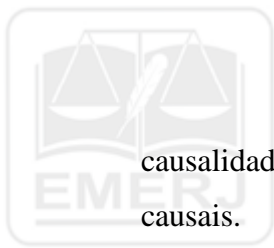
1. A LIMITAÇÃO DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE PELA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Há que se reconhecer que o sistema jurídico-penal é complexo e encontra-se em constante mutação, especialmente diante das várias teorias que vão se desenvolvendo ao longo dos séculos.

Pode-se dizer que o Direito Penal moderno se estruturou a partir da noção de conduta, uma vez que se considera crime um comportamento humano.

No século XIX, Liszt e Beling foram responsáveis pela elaboração da teoria causal da ação, segundo a qual “[...] considerava-se realizado o tipo penal toda vez que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto (*conditio sine qua non*)¹”. O nexos de

¹ MASI, Carlo Velho. A teoria da imputação objetiva e sua influência na moderna dogmática jurídico penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, n. 42, junho-julho 2011, p. 40.



causalidade, nesse momento, era estudado à luz da teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Essa construção dogmática acabava por permitir um regresso ao infinito nas causas que levavam à ocorrência do resultado, isto é, na configuração do tipo penal, ocorrendo limitações à responsabilização jurídico-penal apenas nos campos da antijuridicidade ou da culpabilidade.

Por volta da década de 1930, Welzel desenvolveu a teoria finalista, que importou na transferência dos elementos subjetivos – dolo e culpa – do plano da culpabilidade para o plano da tipicidade. Criou-se, assim, um tipo penal subjetivo a ser analisado em conjunto com o tipo penal objetivo, no qual se verifica o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

O finalismo acabou permitindo uma restrição ao *regressus ad infinitum*, característico da teoria causal da ação, quanto ao tipo penal subjetivo, ao inserir o exame de elementos subjetivos. Contudo, a amplitude do tipo penal objetivo assim permaneceu, ensejando severas críticas.

Nesse contexto, surge uma nova teoria da conduta, qual seja, o funcionalismo, com duas principais vertentes: o funcionalismo teleológico, de Claus Roxin – o qual ressalta que a principal função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos –, e o funcionalismo sistêmico, de Jakobs.

Conforme pondera Carlo Velho Masi², o que se objetiva é uma reestruturação do nexo de causalidade, que integra a tipicidade, a fim de que a responsabilização jurídico-penal atinja tão somente condutas juridicamente relevantes, a partir, principalmente, da noção de criação ou incremento de riscos.

A teoria da imputação objetiva, formulada sob a égide do funcionalismo, se preocupa em delimitar o alcance do tipo penal objetivo. Contudo, é inegável que a conduta humana compreende um conjunto de atos objetivos e subjetivos, de modo que a referida teoria não poderia simplesmente abandonar o tipo penal subjetivo.

Nesse sentido, Claus Roxin³:

A imputação objetiva se chama “objetiva” não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da

² Ibid., p. 41.

³ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122.

responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo.

Extraí-se, portanto, que na teoria da imputação objetiva o tipo penal objetivo é composto não só pela análise do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, mas também pela chamada imputação objetiva. É exatamente isso que permite uma maior restrição à configuração do tipo penal objetivo, sendo muitas vezes desnecessária a análise do tipo penal subjetivo, pois a questão se resolve antes mesmo de se entrar nessa seara.

A despeito das demais teorias – causal e finalista – que sustentam que o injusto penal deve ser entendido como conceito único, fundamentado no desvalor da ação ou na desautorização da vigência da norma, Claus Roxin⁴ defende ser igualmente relevante o exame do desvalor do resultado, compreendido como a lesão de bens jurídicos.

Deve-se entender que Roxin não nega vigência às teorias causal e finalista da ação, mas sim complementa os seus estudos, buscando solucionar as críticas que lhes são feitas, construindo, desta forma, a teoria da imputação objetiva.

Cumpra esclarecer que a análise da teoria da imputação objetiva, notadamente a ideia de limitação do tipo penal objetivo, é relevante, pois o ordenamento jurídico brasileiro adota, no Código Penal de 1940, a teoria da equivalência dos antecedentes causais⁵, a qual considera como causa todas aquelas condutas que contribuiriam para a ocorrência do resultado.

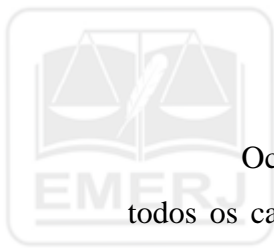
Registre-se que a própria legislação penal mitiga a aludida teoria ao estabelecer no parágrafo 1º, do art. 13 do Código Penal Brasileiro⁶, o que se chama de concausa relativamente independente superveniente e, no parágrafo 2º⁷, hipóteses de omissão imprópria. Isso porque Welzel trabalhava, no finalismo, com a ideia de adequação social, excluindo a conformação típica de determinadas condutas, evidenciando uma necessidade de limitação da relação de causalidade.

⁴ _____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39-40.

⁵ Artigo 13, *caput*, do Código Penal Brasileiro: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 07 set. 2016.

⁶ Parágrafo 1º do art. 13 do Código Penal Brasileiro: A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 07 set. 2016.

⁷ Parágrafo 2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 07 set. 2016.



Ocorre, no entanto, que a noção de adequação social não comportava solução para todos os casos concretos, de forma que precisou ser aperfeiçoada, servindo de base para a elaboração da teoria da imputação objetiva⁸.

Conclui-se, pois, que a teoria da imputação objetiva, especialmente na concepção de Claus Roxin, não visa excluir os ideais do finalismo, mas tão somente complementá-los, a fim de que se limite a relação de causalidade de forma efetiva.

Forçoso reconhecer, portanto, que a verificação do nexo de causalidade, isoladamente, não permite a atribuição do tipo penal ao autor, o que justifica a inserção de um novo componente ao tipo penal objetivo, qual seja, a imputação objetiva.

Carlo Velho Masi⁹ elucida que:

A aplicação da teoria da imputação objetiva se dá, então, após a verificação do nexo causal, como método de análise do fato típico que, ao visar à aplicação da lei penal, irá responsabilizar, pela violação dos valores vigentes, aquele que é indicado como elemento de certeza, o que justifica a intervenção do Direito Penal no agir social.

Saliente-se, por fim, que Claus Roxin desenvolve a teoria da imputação objetiva a partir do denominado princípio do risco, o que será estudado em momento oportuno.

2. ANÁLISE DO RISCO NA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEGUNDO CLAUD ROXIN

Historicamente, a teoria da imputação objetiva surgiu em 1927, a partir dos estudos desenvolvidos por Larenz e Honig, com base na filosofia jurídica de Hegel, o qual voltou a relacionar a ideia de imputação ao conceito de ação, que consiste em uma exteriorização da vontade do homem imputável¹⁰. A aludida teoria foi, a partir de 1970, ampliada e aprofundada por Claus Roxin, com o surgimento do chamado princípio do risco¹¹.

Note-se que, especialmente no que diz respeito aos crimes classificados doutrinariamente como de resultado, nos quais se tem a produção de um evento penalmente relevante, é necessário, a princípio, que se estabeleça uma relação entre a conduta do agente e

⁸ ROXIN, op.cit., 2006, p. 47.

⁹ MASI, op. cit., p. 43.

¹⁰ ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 131.

¹¹ ROXIN, op. cit., 2008. p. 124-125.

esse evento para que se possa ter a responsabilização criminal. Segundo Thiago Carrion¹², essa relação é chamada de imputação.

De acordo com o referido autor¹³, para Roxin, “[...] a causalidade seria apenas a exigência mínima para a imputação ao tipo objetivo, de modo que, depois de firmada, outros elementos, de caráter normativo, devem exercer um papel limitativo sobre ela”.

Assim sendo, Claus Roxin defende que o importante para a verificação da ocorrência do injusto penal, isto é, da conduta típica, ilícita e culpável, não seria a causação do resultado, como defende a teoria causalista, nem a finalidade da ação humana, conforme prega a teoria finalista, mas sim a realização de um risco não permitido¹⁴. Em razão disso, a análise do risco ganha relevância no estudo dessa vertente da teoria da imputação objetiva.

Felipe Lima de Almeida¹⁵ ensina que Claus Roxin se vale de quatro critérios materializadores da teoria da imputação objetiva, baseada no princípio do risco, quais sejam:

- a) a diminuição do risco (ações que diminuem riscos não podem ser imputadas como ações típicas); b) riscos juridicamente irrelevantes (ações que não criam uma possibilidade objetiva de lesão, isto é, ações que não são condições adequadas do resultado não são objetivamente imputáveis); c) aumento do risco (quando o autor foi além do risco permitido, causou o resultado, mas não se sabe se a ação correta o teria evitado); e d) fim de proteção da norma (aqueles resultados que não se encontrem no âmbito de proteção da norma de cuidado não são imputáveis a quem os causou).

Roxin sustenta, portanto, que o tipo penal objetivo, à luz da teoria da imputação objetiva, é formado pela conjugação da ação, da causalidade, do resultado, da criação de um risco juridicamente desaprovado e da realização do risco, ou seja, não basta que o agente atue com a vontade final de lesionar o bem jurídico, exigindo-se, impreterivelmente, que a conduta crie um risco não permitido e que esse risco se verifique no resultado. Isso não exclui, entretanto, a existência do tipo penal subjetivo, que continua composto pelo dolo e pelos elementos subjetivos especiais do injusto, na mesma linha do que dispõe a teoria finalista¹⁶.

No que diz respeito à definição de risco não permitido, sabe-se que nem todas as condutas que efetivamente gerem um perigo podem ser vedadas pelo ordenamento jurídico. Isso porque o risco é inerente à comunidade humana.

¹² CARRION, Thiago Zucchetti. *Os Reflexos da Teoria da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira*. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Thiago_Zucchetti.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

¹³ Vide nota 12.

¹⁴ ROXIN, op. cit., 2006, p. 41.

¹⁵ ALMEIDA, op. cit., p. 141.

¹⁶ Ibid. p. 146.



Nesse sentido, destaca Carlo Velho Masi¹⁷:

Quando o ordenamento jurídico permite e regula a construção de uma ponte, um automóvel, um avião, um navio, uma arma de fogo, etc., o legislador tem consciência de que a utilização desses bens, ainda que de forma normal, carrega riscos a objetos que ele mesmo pretende proteger. Assim, a direção de um automóvel, mesmo que de acordo com as regras regulamentares, traz riscos a terceiros e a todos que se utilizam desse meio de transporte. A não ser assim, seria quase impossível a convivência social com a utilização das modernas fontes de energia (eletricidade, gás, reações nucleares, etc.), a extração de minerais, a produção industrial e agrícola, o emprego dos aparelhos que o progresso nos traz, o transporte, a manipulação de alimentos e medicamentos, etc.

Diante disso, imperioso reconhecer que a criação ou o incremento de um risco permitido afasta a imputação do tipo penal objetivo, independentemente do perigo que possa oferecer à sociedade. É o caso, por exemplo, daquele que causa um acidente, ainda que respeitando as regras de trânsito, e lesiona um pedestre que passava pela rua. Esse agente não deverá responder por lesões corporais, pois sua conduta decorreu de um risco tolerado por lei¹⁸.

Por sua vez, também exclui a imputação as hipóteses de diminuição de risco, ainda que alguma lesão seja causada ao bem jurídico. Diferentemente do que se verificaria numa análise pela teoria finalista, em que a conduta seria típica, afastando-se o crime pela aplicação de eventual causa de justificação, pela teoria da imputação objetiva, essa conduta sequer pode ser considerada típica, na medida em que não se criou ou incrementou um risco não permitido. Assim, segundo Felipe Lima de Almeida, “haverá exclusão da imputação sempre que uma determinada conduta, embora cause lesão ao bem jurídico, acabe evitando a ocorrência de lesão maior”¹⁹.

Do mesmo modo, inexistirá imputação no caso de ausência de criação de risco pelo autor. Assim sendo, se a conduta do agente criminoso não criar um risco juridicamente relevante e o resultado pretendido ocorrer independente de sua vontade, decorrerá do acaso e, por conseguinte, não haverá imputação²⁰.

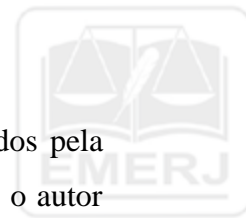
Por fim, distintamente da teoria finalista que permite uma limitação da *conditio sine qua non* apenas no tipo penal subjetivo, a teoria da imputação objetiva permite essa restrição dentro do próprio tipo penal objetivo, pois, segundo Roxin, a princípio, os cursos causais hipotéticos são irrelevantes para fins de imputação do tipo penal, mas nada impede que, em

¹⁷ MASI, op. cit., p. 47.

¹⁸ Ibid., p. 47.

¹⁹ ALMEIDA, op. cit., p. 152-154.

²⁰ Ibid., p. 154-155.



hipóteses pontuais, permitam a exclusão dessa imputação. Dentre exemplos abordados pela doutrina temos “o caso do pelotão de fuzilamento ilegal na época da guerra, em que o autor não poderá se eximir da imputação com o argumento que, se não tivesse atirado, outro em seu lugar o faria (...)”²¹.

Observe-se que situação diversa seria aquela em que a conduta do agente apenas altera uma causalidade natural, hipótese em que o resultado não lhe poderá ser imputado, salvo se for possível verificar que a condição da vítima foi agravada ou que o resultado foi, de qualquer forma, antecipado²².

Thiago Carrion²³ ensina que:

[...] não se pode confundir a mera modificação do curso causal natural com sua substituição, como acontece no caso em que um condenado à morte é assassinado no mesmo momento em que sua execução toma lugar. Nestas circunstâncias, alerta Roxin, a ação lesiva é completamente autônoma e, tendo em vista que os danos a bens jurídicos são puníveis a menos que presente uma causa de justificação, o resultado deve ser imputado a quem desempenha tal ação.

Importante salientar que, além da criação de um risco não permitido, para que o resultado seja atribuído ao agente criminoso exige-se, também, que o risco tenha se realizado no resultado. Desse modo, “conforme Roxin, a imputação deve ser excluída quando o resultado não advém da realização do perigo criado ao bem jurídico protegido, mas apenas por uma relação puramente causal com esse, respondendo o autor apenas a título de tentativa”²⁴.

Do mesmo modo, se torna relevante que a norma penal, potencialmente aplicável ao caso, estenda seu âmbito de proteção ao resultado causado pelo autor da conduta. Nesse ponto, ensina Thiago Carrion²⁵ que:

[...] o fim de proteção do tipo apresenta vital importância em episódios nos quais profissionais que atuam na eliminação ou na vigilância de fontes de perigos (bombeiros, polícias, soldados) acabam por lesionarem-se no exercício das suas atividades por decorrência de uma conduta causal culposa de alguém. Nesses casos, há razões suficientes para excluir a imputação ao tipo objetivo, pois, dentre outros argumentos, quem escolhe alguma dessas profissões o faz voluntariamente e recebe remuneração pelos riscos assumidos.

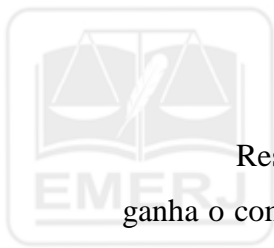
²¹ Ibid., p. 155-156.

²² Vide nota 12.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.



Ressalte-se, ainda, no tocante à teoria da imputação objetiva, o papel de destaque que ganha o comportamento da vítima para fins de responsabilização do agente criminoso. Claus Roxin fala, assim, em autocolocação da vítima em perigo ou risco, o que permitiria o afastamento da tipicidade ou, ao menos, a diminuição da responsabilidade do autor. “Desta forma,”, preceitua Carlo Velho Masi, “quando a vítima assume, conscientemente, o risco permitido, não se pode atribuir ao agente a responsabilidade pelas consequências danosas do fato”²⁶.

Sobre a autocolocação da vítima em perigo, Thiago Carrion²⁷ faz uma análise prática, a partir da ideia de que, para Roxin, o alcance do tipo penal pode, em determinados casos, afastar a imputação:

Um primeiro grupo de hipóteses abarcadas por essa análise é chamada de cooperação em uma auto-colocação em perigo doloso, que podem ser exemplificadas por meio de casos como o do homem que entrega heroína a um viciado, com a qual este sofre uma overdose, ou o da pessoa que se envolve em um acidente automobilístico com um terceiro, que se recusa a receber uma transfusão de sangue e vem a falecer em virtude das lesões causadas pelo acidente.

Nessas circunstâncias, conforme Roxin, a responsabilidade do autor de uma ação negligente, em que pese tenha criado um risco não permitido e este tenha se manifestado, deve ser excluída, caso a vítima possua conhecimento das possíveis consequências de sua conduta, sendo que, se o agente operou dolosamente, deve ser responsabilizado apenas por um crime tentado.

Conclui-se, portanto, que para a imputação de um resultado ao agente criminoso, a partir dos ensinamentos de Claus Roxin, há que se constatar a criação ou o incremento de um risco não permitido, a realização desse risco no resultado, bem como que determinada norma estenda seu âmbito de proteção aos danos diretos ocasionados pelo autor. Ademais, revela-se indispensável a análise da possibilidade de alteração da responsabilidade do agente, caso haja alteração do resultado em decorrência da exclusão hipotética de um curso causal ou, ainda, se houver a intervenção imprudente de um terceiro para a produção do resultado²⁸.

O que se constata, pois, é que o princípio do risco, desenvolvido por Claus Roxin como base para a teoria da imputação objetiva moderna, é verdadeiramente complexo, tendo em vista que demanda uma análise extensa e em diferentes ângulos de uma mesma hipótese fática. O objetivo é viabilizar a exclusão da imputação ainda no exame do tipo penal objetivo, sem que se faça necessário adentrar o tipo penal subjetivo, isto é, dispensando-se a apreciação do dolo e dos elementos subjetivos especiais do injusto.

²⁶ MASI, op. cit., p. 49-50.

²⁷ Vide nota 12.

²⁸ MASI, op. cit., p. 44.

3. APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Sabe-se que a relação de causalidade entre ação e resultado possui fundamental relevância para o Direito Penal, tendo em vista que, *a priori*, somente é possível imputar um crime a um determinado agente a partir de sua análise.

Isso posto, conforme exposto anteriormente, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro, adota, em seu artigo 13²⁹, a teoria da equivalência dos antecedentes causais, também denominada de *conditio sine qua non*, para explicar a causalidade, sustentando, assim, que deve ser considerada como causa toda a condição sem a qual o resultado não ocorreria.

É notório que a Reforma Penal de 1984, que inseriu no Direito Penal brasileiro os preceitos da teoria finalista, não trouxe maiores mudanças no que diz respeito à relação de causalidade, na medida em que apenas implicou na transferência do elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo ou a culpa, da culpabilidade para a tipicidade, criando-se, como consequência, o tipo penal subjetivo. Verifica-se, dessa forma, a inexistência de alterações no que tange ao tipo penal objetivo, no qual se dá a análise da causalidade.

Diante disso, tem-se que as críticas feitas à teoria da equivalência dos antecedentes causais, com relação à permissão de uma regressão infinita nas causas do resultado, se mantiveram, mesmo depois da aludida Reforma Penal.

A partir do panorama atual do Direito Penal brasileiro, portanto, com o objetivo de sanar as problemáticas relativas à relação de causalidade, o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal), que se encontra em tramitação no Congresso Nacional³⁰, prevê a inclusão da teoria da imputação objetiva em nosso ordenamento jurídico.

A redação originária do referido Projeto de Lei assim dispõe³¹:

O fato criminoso

Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.

Parágrafo único. O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo.

²⁹ BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 07 set. 2016.

³⁰ _____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 07 set. 2016.

³¹ Ibid.



Causa

Art. 15. Considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

Art. 16. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Segundo Richard Honing³², que elaborou, originariamente, a teoria da imputação objetiva, a imputação objetiva do resultado revela-se imprescindível para a tipicidade, pois não bastaria uma análise do comportamento do agente e de sua vontade para a tipificação, afinal “apenas os resultados previsíveis e dirigíveis pela vontade são imputáveis e somente a imputação objetiva permite a afirmação da tipicidade de uma ação”³³.

Nesse sentido, Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho³⁴, reproduzindo os ensinamentos do aludido doutrinador, afirmam que:

A questão da causalidade já está decidida quando se constata que a ação foi condição necessária para que o resultado ocorresse. Mas a comprovação da relação de causalidade não é suficiente para que determinado resultado seja atribuído a alguém. Aferir o significado dessa relação de causalidade com fulcro em critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico é precisamente a tarefa principal da imputação objetiva.

Certo é que a teoria da imputação objetiva não fica isenta de críticas, especialmente no que diz respeito à sua marcante característica de conferir especial importância ao tipo penal objetivo, deixando de examinar devidamente o tipo penal subjetivo, sem o qual, evidentemente, não se pode realizar a devida tipificação.

Nesse diapasão, os ensinamentos de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho³⁵:

O mais contraditório nas propostas das modernas teorias da imputação objetiva é sua pretensão de delimitação do que é obra de responsabilidade um autor diante do acaso ou da pura casualidade, com lastro unicamente no tipo objetivo. Para aferir se um determinado acontecimento do mundo do ser pode ou não ser obra ou produto do atuar de um determinado sujeito é indispensável investigar se ele dirigiu sua ação em direção à consecução do resultado produzido. Do contrário, a mera aplicação de filtros normativos supostamente restritivos seria insuficiente para deslindar com justiça a questão.

³² PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista dos Tribunais Online*, vol. 3, p. 81, jul. 2005. Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20imputa%20E7%E3o%20objetiva%20no%20Direito%20Penal%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*



Contudo, é importante observar que a inclusão dos ensinamentos da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro não importa em necessária exclusão da teoria da equivalência dos antecedentes causais, uma vez que são complementares. O que se tem, por conseguinte, é apenas mais um critério de imputação, de modo que, após a verificação da causalidade natural, procede-se a um segundo estágio, analisando-se se a conduta criou ou incrementou um risco juridicamente relevante, se esse risco se materializou no resultado e se o resultado inclui-se no âmbito de proteção da norma.

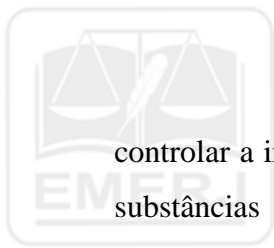
Ademais, em que pese não se encontrar positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da imputação objetiva, mais especificamente a doutrina do risco, desenvolvida por Claus Roxin, vem sendo objeto de aplicação pela jurisprudência pátria, especialmente pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no tocante aos delitos culposos³⁶.

É possível citar, a título exemplificativo, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 46.525³⁷, no qual a Corte enfrentou o caso de um dos membros de uma Comissão de Formatura que foi denunciado pela prática do crime de homicídio culposo, na medida em que, durante uma determinada festa, por eles organizada, tendo sido disponibilizada bebida alcoólica e outras substâncias ilícitas, um estudante foi jogado na piscina vindo a morrer afogado.

Na hipótese em comento, o STJ entendeu, à luz da teoria da imputação objetiva, que a conduta do paciente e dos demais membros da Comissão de Formatura seria atípica, tendo em vista que os agentes não criaram uma situação de risco não permitido, afinal não poderiam

³⁶ Vide nota 12.

³⁷ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. [...] 3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. 4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. 5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu em caso, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, acarretando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 46.525. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/do_c.jsp?livre=46525&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em 07 set. 2016.



controlar a ingestão de bebida por cada um dos convidados, bem como que o uso e abuso de substâncias entorpecentes por jovens em festas universitárias caracterizaria um risco permitido, por se tratar de situação corriqueira. Concluiu-se, pois, que a autocolocação da vítima em risco afastaria a responsabilidade penal dos denunciados, nos moldes da doutrina de Claus Roxin.

Sendo assim, apesar das controvérsias e críticas que circundam a teoria da imputação objetiva, é inquestionável que esta se revela como um caminho para a solução da problemática da regressão *ad infinitum* ocasionada pela aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes causais, caso contrário não se cogitaria da sua introdução no projeto do Novo Código Penal, nem teria aplicabilidade pelos Tribunais Superiores.

CONCLUSÃO

O Direito Penal é a *ultima ratio*, pois se preocupa com a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, os quais não podem ser protegidos tão somente pelos demais ramos do Direito. Disso decorre que o tipo penal, elemento que integra o conceito de crime, deve se ater a essa finalidade, motivo pelo qual se torna relevante o estudo da teoria da imputação objetiva, mais precisamente na vertente de Claus Roxin, que se pauta no princípio do risco, em virtude da importância que se confere a conceitos jurídico-normativos.

A aludida teoria, conforme exposto anteriormente, viabiliza uma restrição da responsabilização penal. Isso porque, hoje, o que mais se critica, doutrinariamente, é a amplitude do tipo penal objetivo, o qual poderia sofrer uma limitação com a inserção de um outro elemento em sua composição, além da relação de causalidade, qual seja, a chamada imputação objetiva.

É certo que a inserção do tipo penal subjetivo, na tipicidade, com a adoção da teoria finalista da conduta, na Reforma de 1984 do Código Penal, permitiu uma limitação da responsabilização penal, mas as críticas relativas ao tipo penal objetivo não foram afastadas.

Cumprir observar que eventual aplicação prática da teoria da imputação objetiva, na vertente de Claus Roxin, não implicaria em afastamento por completo da teoria da equivalência dos antecedentes causais, que regula a relação de causalidade e se encontra positivada no Código Penal atual. Na realidade, a ideia que se tem é de complementariedade entre as referidas teorias. Ou seja, a princípio, não haveria qualquer óbice à aplicabilidade da teoria da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro.

É exatamente por isso que se pode encontrar na jurisprudência pátria, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, julgados em que a teoria da imputação objetiva foi aplicada, sem que houvesse qualquer afronta ao ordenamento jurídico.

É bem verdade que a teoria da imputação objetiva não fica imune a críticas, afinal foi, inicialmente, elaborada a partir de casos práticos e, muitos dos seus conceitos, ainda permanecem no campo teórico. Entretanto, há que se reconhecer que a aludida teoria vem ganhando destaque e sendo objeto de estudo por doutrinadores nacionais e estrangeiros, justamente pelo fato de se revelar uma solução para as problemáticas decorrentes da teoria da equivalência dos antecedentes causais, especialmente a possibilidade de regressão *ad infinitum* na verificação das causas do resultado penalmente relevante.

Registre-se, por fim, que a adoção dos ensinamentos da teoria da imputação objetiva pelo Direito Penal brasileiro pode se revelar positiva, na medida em que representaria uma modernização da política-criminal, a fim de se compatibilizar com a sociedade e o Estado Democrático de Direito. Essa situação é factível, tendo em vista que o Projeto de Lei do novo Código Penal, que se encontra em trâmite no Congresso Nacional, prevê a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 07 set. 2016.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 07 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 46.525. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=46525&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em 07 set. 2016.

CARRION, Thiago Zucchetti. Os Reflexos da Teoria da Imputação Objetiva na Jurisprudência Brasileira. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Thiago_Zuccheti.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

MASI, Carlo Velho. A teoria da imputação objetiva e sua influência na moderna dogmática jurídica penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, n. 42, junho-julho 2011.



PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista dos Tribunais Online*, vol. 3, p. 81, jul. 2005. Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20imputa%E7%E3o%20objetiva%20no%20Direito%20Penal%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE EM CRIMES DE LESÃO CORPORAL E DE HOMICÍDIO PRATICADOS NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL

Nelson de Almeida Pereira

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o dolo eventual e a culpa consciente são categorias próximas do ponto de vista de sua conceituação e de difícil identificação em certos casos concretos, como em alguns delitos praticados por motoristas sob efeito de álcool. Neste trabalho, investiga-se a compatibilidade das duas figuras com as situações práticas encontradas e busca-se apontar critérios que permitam distinguir o elemento subjetivo do tipo presente.

Palavras-chave: Direito Penal. Dolo eventual. Culpa consciente. Veículo automotor. Embriaguez.

Sumário: Introdução. 1. O dolo eventual e tentativa. 2. A compatibilidade entre o dolo eventual e o risco de lesão para o autor do fato como resultado de sua conduta delitiva. 3. A relação entre o elemento subjetivo do tipo e possíveis vínculos afetivos entre o agente e o ofendido. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo investigar, na doutrina e na jurisprudência, os critérios fáticos empregados para distinguir a existência de culpa consciente e de dolo eventual nos crimes de lesão corporal e de homicídio praticados na condução de veículo automotor sob a influência de embriaguez.

A relevância dessa discussão se verifica na existência de debate, no meio jurídico e na sociedade em geral, quanto à classificação dos delitos de trânsito. Do ponto de vista do direito, mostra-se difícil, na prática, distinguir com segurança a vontade e a consciência do autor de lesões corporais e homicídios na condução de veículo automotor em estado de embriaguez. A separação entre a consciência do risco gerado pela conduta associada à descrença no resultado danoso e a assunção da eventual produção do resultado adverso é particularmente complexa em casos em que o sujeito se encontra com o estado anímico alterado pelo uso de substâncias alteradoras de seu estado psicológico, como o álcool.



De outro lado, no meio social, a resolução da controvérsia acarreta em forte impacto em decorrência da diferença das sanções cominadas para os delitos culposos e dolosos em comento. Muitas vezes, percebe-se a existência de descontentamento entre determinados grupos em face da sanção aplicada no caso de crime culposos, percebida como branda, e das graves consequências do delito.

Com o propósito de investigar acerca da existência de critérios seguros de distinção do elemento subjetivo do tipo nos crimes de trânsito, inicia-se o trabalho investigando-se a compatibilidade teórica do dolo eventual com crimes de trânsito. Em particular, se o reconhecimento da possibilidade de se praticar lesão corporal ou homicídio com dolo eventual implicaria a admissão, em outras situações, da modalidade tentada desses delitos.

No segundo capítulo, debate-se a compatibilidade entre o dolo eventual e a lesão ou risco de lesão ao autor do fato como resultado de sua conduta típica.

A seguir, discute-se a influência da relação pessoal entre autor e ofendido na tipificação do delito. Ou seja, se o fato do lesado ser desconhecido ou ser amigo do autor pode ser usado como fator de distinção entre assunção do risco, caracterizador do dolo eventual, ou descrença em sua materialização, estado mental típico da culpa consciente.

A pesquisa a ser realizada é descritiva e qualitativa e adotará a metodologia bibliográfica, adotando como fontes a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

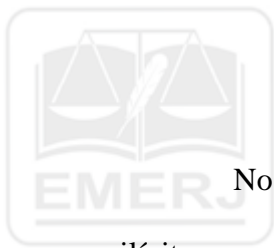
1. A VINCULAÇÃO ENTRE AS FORMAS DE DELITO TENTADA E CONSUMADA COM DOLO EVENTUAL

A investigação de critérios para distinguir a prática de lesão corporal e de homicídio nas modalidades culposa e dolosa deve começar pelo reconhecimento da possibilidade da prática desses crimes. Somente cabe inquirir a respeito de meios de identificação de homicídio e lesão corporal praticados com dolo eventual ou com culpa consciente por motorista embriagado se se admitir possível a prática desses crimes.

A existência de modalidade culposa desses delito não induz a controvérsias significativas. O próprio Código de Trânsito Brasileiro¹, em seu art. 302, § 2º, prevê expressamente o homicídio culposo sob a influência de álcool. Assim, revela-se trivial a compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio entre o fato de se encontrar o causador de morte ou lesão sob o efeito de álcool ou substância de efeito análogo e se lhe atribuir o resultado a título de culpa. A qualificação dessa culpa como “consciente” também não apresenta problemas, consistindo essa modalidade de culpa no fato do sujeito representar o resultado como possível mas não desejá-lo.

Mais difícil se mostra a comprovação de adequação do conceito de dolo eventual aos delitos de trânsito de homicídio e lesão corporal. A proximidade conceitual dos institutos do dolo eventual e da culpa consciente dificultam que se enxergue as duas modalidades delituosas em situações em que o autor do delito não manifesta de forma expressa o seu intento com relação à produção do fato típico.

¹ BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.



No caso do condutor de um veículo automotor, é de conhecimento comum que é ilícito o consumo de álcool por quem dirige automóvel. O Código de Trânsito Brasileiro² estabelece em seu art. 165 que essa conduta, por si só, é infração gravíssima. De outro lado, campanhas sucessivas na mídia e operações policiais de grande visibilidade, como as chamadas “Blitz da Lei Seca”, buscam conscientizar a população da ilicitude da conduta e do perigo gerado pela direção de veículo após o consumo de álcool ou substância de efeito análogo.

Tais fatos tornam simples a visualização da culpa consciente em delitos de trânsito. Ou seja, mostra-se fácil enxergar que determinado sujeito tenha consciência da possibilidade de ocorrência de uma batida ou atropelamento, mas que acredite que será capaz de dirigir o veículo suficientemente bem para impedir que esse resultado ocorra. Mais difícil, porém, é comprovar a manifestação de dolo eventual, isso é, que o agente não apenas tenha uma representação do resultado danoso como também o aceite.

Cabe aqui trazer à luz a diferenciação proposta por Juarez Cirino dos Santos³ sobre os conceitos de dolo eventual e de culpa consciente:

a literatura contemporânea trabalha, no setor dos *efeitos secundários (colaterais ou paralelos) típicos* representados como *possíveis*, com os seguintes conceitos-pares para definir *dolo eventual* e *imprudência consciente*: a) o *dolo eventual* se caracteriza, no nível intelectual, por *levar a sério* a *possível* produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por *conformar-se* com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variação para as situações respectivas de *contar com* o resultado típico *possível*, cuja eventual produção o autor *aceita*; b) a *imprudência consciente* se caracteriza, no nível intelectual, pela representação da *possível* produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, pela *leviana confiança* na ausência ou evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado etc. na realização concreta da ação.

A apresentação do conceito de dolo eventual e de culpa consciente não bastam, é claro, para que se possa admitir sem ressalvas ambas as figuras no caso de delitos de trânsito com embriaguez. Nesse momento do trabalho, porém, não pretendemos nos aprofundar na

² Vide nota 1.

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC, Lumen Juris: 2008, p.142-143.



identificação típica mais adequada aos delitos. Preferimos, por enquanto, trabalhar com as ramificações da admissão de ambas as qualificações.

A primeira delas diz respeito à existência de tentativa. O Código Penal⁴, em seu art. 14, II, conceitua o crime tentado como aquele em que, “iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.” Exige-se, pelo conceito legal, apenas a existência de uma vontade direcionada a um resultado típico e a não produção do resultado em decorrência de fatores externos ao agente. Assim, parece compatível a tentativa com o dolo eventual.

Com efeito, é amplamente aceita na doutrina a compatibilidade dos institutos do dolo eventual e da tentativa. Admitem a tentativa no dolo eventual entre outros, Zaffaroni⁵, Juarez Cirino dos Santos⁶ e Fernando Galvão⁷, que ensina:

os crimes que se realizam com dolo eventual admitem tentativa. (...) Se o dolo eventual é caracterizado pela postura subjetiva de assumir a ocorrência do resultado, o comportamento é tendencioso à realização de tal objetivo e pode haver a interrupção que autoriza uma responsabilidade diminuída. É certo que o resultado jurídico exigido pelo dolo eventual deve ser determinado.

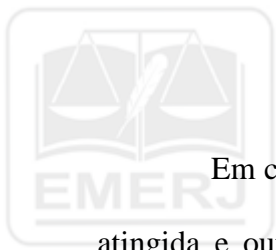
A explicação acima fornece mecanismos para que se possa identificar situações em que se faz presente a tentativa. Como afirmado por Galvão, o resultado advindo da tentativa deve ser determinado, com relação ao dolo eventual do condutor do veículo. Assim, não basta a consciência de que seria possível a ocorrência de um atropelamento ou de uma batida de carros. É preciso que se demonstre que o motorista tinha conhecimento da possibilidade de lesão, e da intensidade das lesões, a serem suportadas por pessoas determinadas como resultado de um evento certo, seja uma colisão ou um atropelamento.

⁴ BRASIL, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 7 set. 2016.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 600.

⁶ SANTOS, op. cit., p. 393.

⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 801.



Em casos concretos, isso será mais facilmente verificável quando houver uma pessoa atingida e outra, por uma eventualidade fora do controle do autor do crime, reste menos gravemente atingida do que outra. Nesse sentido, julgando compatíveis os institutos no contexto de homicídio na condução de automóvel, decidiu da seguinte forma a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal⁸:

Ementa: PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. QUALIFICADORAS E APLICAÇÃO DA LEI 12.971/2014. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DUPLA SUPRESSÃO INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO NO PROCESSAMENTO DA AÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADO. 1. A imputação de homicídio doloso na direção de veículo automotor supõe a presença de evidências da assunção do resultado danoso por parte do agente. A especial dificuldade na tipificação desses delitos se deve aos estreitos limites conceituais que interligam os institutos do dolo eventual e da culpa consciente. 2. No caso, tanto a inicial acusatória quanto o recebimento da denúncia demonstram que a imputação criminosa atribuída ao paciente não resultou de aplicação indiscriminada do dolo eventual, conferindo-lhe inadequada elasticidade, mas decorreu das circunstâncias especiais do caso, notadamente a aparente indiferença para com o resultado lesivo. 3. Antecipar-se ao pronunciamento das instâncias ordinárias acerca da adequação legal do narrado na inicial, além de exigir investigação fática sobre o elemento volitivo, implicaria evidente distorção do modelo constitucional de competências. 4. O conhecimento dos pedidos de exclusão de qualificadora e de aplicação de novel legislação por esta Corte implicaria dupla supressão de instância, pois as matérias sequer foram apreciadas pelo Tribunal de origem, o que não é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. Inexiste situação configuradora de violação ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXIII, da CF), apta a caracterizar constrangimento ilegal ao recorrente. 6. Habeas corpus denegado.

Muito embora a decisão acima destacada não tenha feito referência expressa a qualquer critério fático de identificação da tentativa, percebe-se que o julgamento da corte se coaduna com o exposto anteriormente. Assim, pode-se concluir o presente capítulo afirmando, em primeiro lugar, que a doutrina e a jurisprudência acolhem a existência simultânea de dolo eventual e de tentativa, inclusive em crimes de trânsito contra pessoa. Em segundo lugar, podemos apontar como um critério útil para a identificação da tentativa o risco concreto a uma determinada pessoa, não consumado apenas em virtude de fatos incidentais.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 127774. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127774%2E+OU+127774%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/px9aklg>> . Acesso em: 4 abr. de 2016.



2. A COMPATIBILIDADE ENTRE O DOLO EVENTUAL E O RISCO DE LESÃO PARA O AUTOR DO FATO COMO RESULTADO DE SUA CONDUCTA DELITIVA

A segunda questão relevante para a adequada tipificação dos delitos contra pessoa praticados por condutores de veículo automotor embriagados é a da existência de compatibilidade entre o dolo eventual direcionado a terceiros e o risco de lesão ou a efetiva lesão do autor do fato como resultado da conduta típica. Ou seja, a discussão acerca da possibilidade de se admitir que alguém pratica dolosamente uma lesão corporal ou homicídio em situações que geram um grave risco de lesão para si, como no caso de colisões entre veículos ou entre o veículo do autor do fato e um grande objeto fixo, como um poste.

Cabe, aqui, lembrar brevemente a classificação mais adotada pela doutrina nacional para o dolo, em consonância com a legislação nacional. Em linhas gerais, a classificação do dolo costuma ser bipartida, a partir da redação do art. 18, inciso I, do Código Penal⁹, entre dolo direto (“quando o agente quis o, por sua vez, resultado”) e dolo eventual (“ou assumiu o risco de produzi-lo”)¹⁰. O dolo direto pode ser subdividido em dolo direto de 1º grau e dolo direto de 2º grau. O dolo direto de 1º grau corresponde à vontade de produção de um determinado resultado típico. O dolo direto de 2º grau (também chamado de dolo indireto), a seu turno, existe quando o autor de determinado fato admite certo resultado como consequência necessária de um outro resultado, que visa alcançar. O dolo eventual é a aceitação da produção de certo resultado em função da prática de determinada ação.

A partir dessa classificação, no contexto de lesões ou morte praticadas por motoristas embriagados, raramente se estará diante de lesões corporais ou homicídios praticados com

⁹ Vide nota 4.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 335.



dolo direto. Exigir-se-ia, para tanto, que o motorista direcionasse sua vontade especificamente para a produção do fato típico. Por exemplo, que lançasse propositalmente seu carro contra um segundo carro, com o intuito de ferir ao menos uma das pessoas envolvidas na colisão.

No mais das vezes, argumenta-se que o motorista dirigia sem se importar se algum ferimento a terceiro ou morte poderia vir a ocorrer como resultado de sua conduta. Ou seja, aceitando a produção de um resultado típico – agindo com dolo eventual. O seu intuito principal seria, por exemplo, o de se exhibir, de chegar mais rápido ao destino, de disputar uma corrida. O dano a terceiros seria uma consequência da busca dos resultados diretos com a qual se anuiria.

Um dos obstáculos propostos para a configuração do dolo eventual, então, é a conexão entre o dano a terceiros e o dano ao próprio autor do crime. Uma linha de pensamento é no sentido de que, para existir o dolo eventual, o sujeito deveria aceitar a produção de um dano não só a terceiros, mas também a si próprio. No caso de colisões que resultam em severos danos ao veículo, com graves lesões ou morte de ao menos um dos ocupantes do veículo do autor do fato, a aceitação do resultado da colisão deveria implicar na aceitação de morte ou grave lesão para o próprio motorista. Isso não seria, a princípio, uma conduta condizente com a maior parte das situações enxergadas na prática, ou com o pensar da maior parte das pessoas.

Essa solução para o caso implica admitir que o autor do fato não teria aceito a produção do resultado, mas adotado um curso de ação imprudente que deu causa a um resultado típico que imaginou ser possível mas que não desejava. Ou seja, que a correta qualificação do caso seria a de lesão corporal ou homicídio na modalidade culposa, mais especificamente com culpa consciente. Essa não é, contudo, a solução única ou a mais correta para todos os casos.

Deve-se atentar para dois pontos. O primeiro é que, apesar dos danos a serem suportados pelo autor do delito e por terceiros (vítimas) se originarem de um mesmo comportamento do autor, sua condução do veículo, trata-se de resultados distintos que podem ser representados mentalmente de forma separada e diferentes pelo autor. Em outras palavras, pode alguém aceitar como resultado possível do modo como dirige ou de suas condições físicas e mentais ao dirigir que uma colisão venha a ocorrer e que alguém venha a se ferir ou morrer. Ao mesmo tempo, pode imaginar ser capaz de afastar de si próprio o resultado danoso, seja pela escolha do posicionamento do carro ao bater, seja pelos equipamentos de segurança do veículo, seja por se imaginar excepcionalmente resistente.

Ademais, trata-se aqui de um condutor sob o efeito de bebidas alcóolicas. O álcool é uma substância que atua sobre o sistema nervoso central e que é capaz de alterar tanto a percepção do indivíduo sobre a realidade quanto juízos de valor que venha a fazer. Assim, a representação mental do resultado da ação por um condutor embriagado é distinta daquela que o mesmo sujeito teria caso estivesse sóbrio.

Some-se a isso a disciplina adotada pelo Código Penal para o estado de embriaguez durante a prática de um delito. Em primeiro lugar, a redução das faculdades mentais advinda da embriaguez não afasta, de regra, a imputabilidade penal. “Acolhendo os fundamentos da teoria da *actio libera in causa*, o art. 28 do Código Penal¹¹, em seu inciso II, dispõe que a embriaguez, voluntário ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal.”¹² Dessa forma, não só pode a forma com que o autor do fato realiza julgamentos acerca das consequências de suas ações se alterar em função da ingestão de bebida, como essa alteração não afasta a possibilidade de que venha a ser penalmente responsabilizado por danos que venha a produzir.

¹¹ Vide nota 4.

¹² GALVÃO, op. cit., p. 458.



A teoria da *actio libera in causa* enxerga a embriaguez como elo da cadeia causal que leva à produção do resultado típico. Como requisito para a aplicação da *actio libera in causa* e a responsabilização do sujeito, requer-se que o resultado típico seja previsível ao tempo da ingestão voluntária da bebida.¹³ Assim, para os casos em que se sabe, ao tempo do consumo da bebida, que haverá subsequente condução de veículo automotor, é plenamente aplicável a teoria da *actio libera in causa*.

Dessarte, não são plenamente incompatíveis o dano (ou risco de dano) ao condutor de veículo envolvido em colisão que venha a lesionar terceiros e a existência de dolo eventual. A efetiva configuração do dolo pode ter apoio, isolada ou conjuntamente, na representação de resultados distintos para o próprio autor do fato e as vítimas e na alteração do estado mental do autor advinda do consumo de álcool. Essa percepção, por sua vez, não acarreta, no mais das vezes, a inimputabilidade do autor, ainda que a embriaguez seja elevada, pela aplicação da teoria da *actio libera in causa*. Por fim, mostra-se particularmente aplicável essa teoria e compatível com a realidade o dolo eventual em situações em que a ingestão de álcool ocorre em contextos em que se tem certeza que haverá condução de veículo (exemplificativamente, quando alguém vai de carro até um bar beber e pretende ir dirigindo para outro local logo a seguir).

¹³ BITENCOURT, op. cit., p. 452.

3. A INFLUÊNCIA DO VÍNCULO PESSOAL ENTRE O AUTOR DO FATO E A VÍTIMA NA AFERIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

A doutrina nacional define o dolo eventual, a partir da redação do art. 18, inciso I, segunda parte, do Código Penal¹⁴, como o agir consciente voltado para um fim, anuindo-se com a possibilidade de ocorrência de uma lesão a um bem jurídico penalmente tutelado como resultado desse agir. Dessa forma, exige que o autor do fato consinta com a ocorrência do resultado danoso. Esse consentimento, note-se, não precisa ser expresso, decorrendo de um estado mental cuja prova pode ser por meio da análise do comportamento do sujeito no momento da prática do ato delituoso.

À evidência não há como penetrar no subjetivo do agente/condutor para saber se presente a vontade, assumindo o risco do resultado letal. A única forma de concluir pela existência do dolo (eventual) na circulação de veículos no trânsito é quando o agente infraciona de tal forma os regulamentos existentes que põe em risco, voluntariamente, a segurança do trânsito, atividade que já traz inerente o risco.¹⁵

Guilherme de Souza Nucci¹⁶ aborda o tema da dificuldade em se diferenciar dolo eventual e culpa consciente no caso concreto. Afirma que discernir com segurança as duas figuras dependeria de penetrar na mente do agente. Portanto, em termos práticos, “cuida-se de um exercício de adivinhação incompatível com a segurança exigida pelo Direito Penal, particularmente nos contextos da legalidade, da taxatividade e da culpabilidade.” Como resultado, afirma que na prática, a “diferença [entre culpa consciente e dolo eventual] advém

¹⁴ Vide nota 4.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Criminal. RSE 70010717833. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70010717833&code=2698&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%27a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%27A%20%203.%20CAMARA%20CRIMINAL>. Acesso em 7 set. 2016.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza (org.) Tratado Jurisprudencial e Doutrinário – Direito Penal: V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.



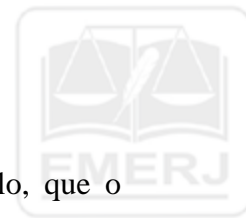
das circunstâncias do crime – e não propriamente do querer do agente, como seria de se esperar no contexto do elemento subjetivo do delito.”

Embora não seja possível falar, a princípio, em uma modalidade padrão de estado mental (dolo ou culpa), o dolo significa uma conduta mais gravosa, um ataque direto ao sistema jurídico. É, afinal, uma decisão específica de agir contrariamente ao preceito legal. A culpa, de outro lado, corresponde ao agir sem observância de um dever objetivo de cuidado. É, portanto, uma violação menos grave do direito, uma vez que pressupõe que não tenha existido uma intenção de lesão a um bem jurídico, punida com menor rigor. Por ser violação ao direito menos intensa, é mais próxima do comportamento médio de pessoas que vivem em sociedade. A jurisprudência nacional adota esse entendimento.

É sabido que este elemento subjetivo [dolo] em crimes cometidos na direção de veículo automotor é excepcional, sendo regra a modalidade culposa. Tal regramento é uma consequência lógica do sistema, porque, via de regra, não se pode conceber que alguém, no trânsito, preveja e aceite a ocorrência do resultado morte.¹⁷

O dolo, pelo exposto, é a exceção no crime de trânsito e necessita, para que seja admitido no caso concreto, de elementos probatórios que indiquem a aceitação pelo autor do delito do resultado danoso. Como demonstrado no capítulo 2, a ocorrência de um resultado prejudicial aos interesses do autor, como a lesão a sua integridade física, não é incompatível com o dolo. Uma lesão a outra pessoa, ainda que objeto de afeto do autor do fato, por raciocínio semelhante ao exposto, não implica automaticamente a culpa consciente. Contudo, uma vez que o dolo e a culpa devem ser aferidos a partir de um contexto probatório, a lesão à pessoa com a qual o autor do fato tenha um vínculo afetivo deve funcionar como um fator que aproxima a interpretação dos fatos da culpa consciente, especialmente quando a única pessoa lesionada for aquela por quem se tem afeto.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Câmara Criminal. RSE 70029606308. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70029606308&code=0732&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20%201.%20CAMARA%20CRIMINAL>. Acesso em 7 set. 2016



Assim, mostra-se necessário demonstrar, para que se reconheça o dolo, que o proveito almejado pelo autor do fato, associado a um possível comprometimento de sua capacidade de julgamento advindo do consumo de álcool eram tal que justificou a assunção de um risco grave para bens jurídicos caros a ele.

CONCLUSÃO

A tarefa de encontrar a correta adequação típica dos delitos praticados por motoristas sob o efeito de álcool não encontra solução fácil. Muito embora os conceitos de dolo e culpa, inclusive suas figuras particulares, como dolo eventual e culpa consciente, encontrem distinção clara do ponto de vista teórico, sua identificação no caso concreto esbarra no obstáculo de se formar juízo de certeza acerca de uma ideia na mente de alguém.

A distinção dogmática entre os conceitos está em se desejar ou aceitar um resultado, no caso do dolo, ou agir com negligência para evitar esse resultado, na culpa. Esses estados mentais diversos são facilmente identificados quando o meio empregado para a prática do crime não comporta ambiguidades na interpretação da intenção do agente. Por exemplo, se alguém dispara diversas vezes com uma arma de alto calibre na direção de um grupo de pessoas, fica claro que terá agido com dolo de matar. Pode permanecer dúvida quanto a se tratar de dolo direto ou dolo eventual, mas não há como cogitar de culpa, ainda que culpa consciente.

No outro campo, pode-se cogitar uma situação em que certa pessoa inicia obras na fachada de um prédio sem o uso dos equipamentos de segurança adequados, acreditando que o serviço é simples quando comparado com suas habilidades, mas acaba por deixar cair um



pedaço de tijolo, ferindo quem passava por lá. Nesse caso, terá agido claramente acreditando que o resultado danoso não viria a se manifestar. Portanto, terá agido com culpa consciente.

Diferentemente, no caso de crimes praticados por motoristas embriagados, não é fácil encaixar os comportamentos observados na prática nas categorias jurídicas estanques existentes. O potencial lesivo de um automóvel, somado à redução de capacidade produzida pelo álcool, apontam para um descaso para com a integridade física e o patrimônio alheios, típica do dolo eventual. Por outro lado, o risco de produção de lesões a bens jurídicos importantes para o autor do fato encaminham a solução para a culpa consciente. Dessa forma, faz-se necessário atentar para elementos acessórios do fato delitivo para apontar com segurança mínima a culpa ou o dolo.

No capítulo 1, pôde-se demonstrar que a existência de dolo eventual não implica a admissão de crime contra cada pessoa pela qual o motorista embriagado passa, nem mesmo na forma tentada. Embora exista compatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado, somente se pode considerar vítima de crime tentado a pessoa que tenha sofrido um risco objetivamente comprovável, não consumado por circunstâncias alheias à vontade do autor do fato. Não é suficiente a existência de um risco abstrato.

Nos capítulos 2 e 3, pôde-se relacionar o dolo eventual com a lesão ou risco de lesão a bens jurídicos valorizados pelo próprio autor do fato. Não se enxerga incompatibilidade entre a ideia de aceitação do resultado danoso para terceiros e a existência de um risco para o próprio autor do fato típico ou para bens jurídicos aos quais ele atribua um valor significativo. Contudo, esse risco pessoal, associado ao contexto fático em que praticado o crime, poderá contribuir para o deslinde da controvérsia acerca de sua intenção.

Pelo exposto, não se pode negar a dificuldade de se distinguir o real intento do autor de um crime em particular. Porém, reconhecida a aceitação na doutrina e na jurisprudência tanto da modalidade culposa quanto dolosa para os delitos praticados por



motoristas embriagados, pode-se buscar critérios norteadores da incidência dos dispositivos legais pertinentes. Em resumo, enxerga-se uma linha contínua de descaso para com a segurança alheia, que parte da leve imprudência para a absoluta aceitação do dano. Será a observação do conjunto dos comportamentos individuais do autor do fato que indicará sua posição exata nessa linha e, dessa forma, se agiu com culpa ou dolo. Esses comportamentos individuais, por sua vez, orientam-se por três campos: o descaso demonstrado em relação a terceiros, o proveito que o autor do fato busca auferir com o fato criminoso e a exposição a risco a que sua atitude sujeita bens jurídicos que tenham valor para ele. A valoração desses três elementos indicará, no caso concreto, se o sujeito agiu com dolo eventual ou com culpa consciente.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

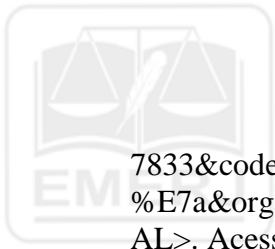
BRASIL, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____, Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 127774. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127774%2ENUME%2E+OU+127774%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/px9aklg>> . Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Câmara Criminal. RSE 70029606308. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70029606308&code=0732&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%2E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%2E7a%20%201.%20CAMARA%20CRIMINAL>. Acesso em 7 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Criminal. RSE 70010717833. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=7001071>



7833&code=2698&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20%203.%20CAMARA%20CRIMINAL>. Acesso em 7 set. 2016.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Tratado Jurisprudencial e Doutrinário – Direito Penal: V. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC, Lumen Juris: 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COLABORAÇÃO PREMIADA

Oswaldo Luiz Gomes Neto

Graduado pela Universidade Estácio de Sá –
Campus Resende, RJ. Advogado.

Resumo – o processo penal tem por finalidade estabelecer limites para a intervenção estatal, bem como garantir a efetivação do poder punitivo. A colaboração premiada, como técnica especial de investigação criminal, insere-se nesse cenário apresentando alguns questionamentos jurídicos. A exigência prévia e irrestrita de renúncia pelo colaborador ao direito de permanecer em silêncio e a possibilidade ou não de o acordo de colaboração extrapolar os limites da lei são exemplos em que se encontra instaurado um conflito entre efetividade e garantismo do processo penal. Com a Lei 12.850/13, a colaboração premiada teve um regramento específico e detalhado, tornado-se cada vez mais utilizada na prática forense criminal. A essência do trabalho é abordar a colaboração premiada nos seus aspectos históricos e conceituais, analisar sua aplicabilidade em cotejo com garantias constitucionais do acusado e apresentar seu regramento no âmbito da Lei 12.850/13.

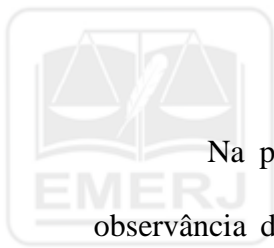
Palavras-chave - Direito Processual Penal. Direito Penal. Colaboração Premiada. Princípios Constitucionais. Direito ao Silêncio. Não autoincriminação. Justiça Colaborativa Crime Organizado.

Sumário - Introdução. 1. A Colaboração Premiada em uma Perspectiva Histórica e Conceitual. 2. Finalidades do Processo Penal no contexto da Colaboração Premiada como Instrumento Respeitador dos Direitos e das Garantias do Acusado. 3. Um Panorama Normativo da Colaboração Premiada no domínio da Lei 12.850/13. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a temática da colaboração premiada, técnica de investigação criminal que, com o advento da Lei n. 12.850/13, passou a ter um destacado papel no processo penal brasileiro, mas que, ao mesmo tempo, vem despertando intensos debates quanto aos seus reais limites dentro de uma perspectiva constitucional.

Não obstante a colaboração premiada ter suas origens no século XVII, contemporaneamente normas legais esparsas passaram a prever aspectos da colaboração premiada, não havendo até o ano de 2013 um regramento normativo que a disciplinasse de maneira sistemática e técnica.



Na perspectiva de um processo penal mais eficaz que não descure da imperiosa observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado, surgem algumas polêmicas jurídicas em torno da colaboração.

A renúncia prévia e irrestrita ao direito do acusado permanecer calado como condição para celebração do acordo judicial, possivelmente violando a garantia da não autoincriminação, bem como a possibilidade de os atores processuais se valerem de uma justiça negociada que desborde dos parâmetros legais para a aplicação efetiva de uma pena ao acusado, são arquétipos que representam um eventual conflito entre eficiência e garantia no processo penal.

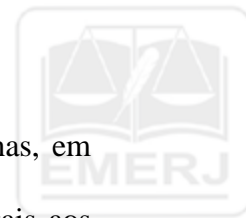
Com a edição da Lei n. 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas), balizas legais foram criadas quanto à utilização da colaboração premiada, notadamente no que toca à celebração do acordo, tratando da legitimidade para a proposta, o conteúdo e o sigilo desse acordo, dentre outras regras normativas que passaram a garantir uma demarcação legal para a aplicação do instituto.

Dessa maneira, o anterior panorama de relativa ineficácia do sobredito instituto como técnica de investigação alterou-se sensivelmente, passando a ser um instrumento de um protagonismo inquestionável no combate ao crime, notadamente o crime organizado.

1. COLABORAÇÃO PREMIADA EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E CONCEITUAL

Embora visto por alguns como instituto novo no ordenamento jurídico nacional, pode-se afirmar, baseado no trabalho de Gazzola¹ e na obra de Gomes², que a colaboração

¹ GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio Gomes (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009, p. 148.



premiada encontra raízes no século XVII, mais precisamente nas Ordenações Filipinas, em seus Títulos VI e CVXI do Livro Quinto, que previam a concessão de benesses legais aos malfeitores que prestassem informações às autoridades públicas permitindo a prisão de outrem.

Sem perquirir o questionamento ético desse comportamento, a colaboração premiada ao longo do tempo ganhou destaque na legislação penal e processual penal, estando prevista em diversos dispositivos legais do direito positivo, mas que apenas com o advento da Lei nº 12.850/13³ teve a devida sistematização procedimental normativa.

Não obstante autores como Lima⁴ apresentarem distinção entre as expressões colaboração premiada e delação premiada, funcionando aquela como o gênero, do qual esta seria espécie, pode-se afirmar, na linha do asseverado por Oliveira⁵, que tratam-se de expressões sinônimas, não havendo maiores inconvenientes quanto a utilização de ambas, sendo certo que a Lei n. 12.850/13⁶, primeiro diploma legal que tratou procedimentalmente do instituto legal, consagrou a expressão colaboração premiada.

A lei não define o que vem a ser colaboração premiada. Para Bitencourt⁷:

A colaboração premiada, ou colaboração processual, ou ainda, delação premiada (os primeiros termos, eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.

² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 213.

³ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal comentada*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 849.

⁶ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁷ BITENCOURT, Roberto Cezar; BUSATO, Paulo César. *Comentário à lei de organização criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.

Já para Cunha⁸, a colaboração premiada poderia ser definida, com fundamento na Lei n. 12.850/13⁹, “como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução de pena (ou a sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei”.

Por fim, Lima¹⁰ afirma que a colaboração premiada pode ser conceituada como uma:

Técnica especial de investigação por meio do qual o coautor e/ou participe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Verifica-se, portanto, que a colaboração premiada é algo a mais do que uma confissão “stricto sensu” ou de um simples testemunho, configurando um instituto de Direito Processual Penal, técnica de investigação, para solução de casos penais, em que o acusado, estimulado por benefícios legais, colabora espontaneamente com as autoridades no sentido de revelar o fato delituoso, sua participação, bem como, a identidade dos coautores.

Ainda quanto à compreensão inicial do instituto, pode-se afirmar, com fundamento no art. 3º, I da Lei n. 12.850/13¹¹, que a colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova, não se travestindo de um meio de prova propriamente dito. Badaro¹² afirma que os meios de prova “são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar)”.

Ou seja, pela colaboração premiada o investigado ou acusado, por meio de suas declarações, proverá de informações os agentes públicos encarregados da persecução

⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentário à nova lei sobre o crime organizado (lei 12.850/13). 3 ed. Salvador: JusPodvim, 2015. p. 35.

⁹ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal comentada*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2013. p. 513.

¹¹ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹² BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270.



criminal, que deverão ser necessariamente corroboradas, regra da corroboração¹³, por provas capazes de confirmar suas declarações. Nessa linha, o art. 4º, § 16 da Lei n. 12.850/13¹⁴ prevê que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador, reforçando a natureza jurídica de meio de obtenção de prova.

Revela notar, ainda, que não se pode confundir a colaboração premiada com os prêmios legais que dela decorrem quando da sua efetivação judicial¹⁵. A colaboração premiada é a técnica especial de investigação especial para obtenção de fontes materiais de prova, que acaso alcance seu objetivo firmado no acordo de colaboração, poderá resultar para o colaborador nos benefícios legais previstos no art. 4º, da Lei n. 12.850/13¹⁶, como a redução de pena, a fixação de regime inicial aberto ou semiaberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a progressão de regimes, o perdão judicial e consequente extinção da punibilidade e o não oferecimento da denúncia.

Nesse panorama, a colaboração premiada é um instituto político-criminal que passou a ter relevância inquestionável no combate ao crime, sobretudo a criminalidade organizada, mas que vem suscitando intensas divergências quanto à sua aplicação na prática forense frente aos direitos e às garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988¹⁷, trazendo a doutrina e jurisprudência entendimentos diversos na perspectiva da adequação constitucional do instituto contribuindo para uma depuração do sistema de justiça punitivo.

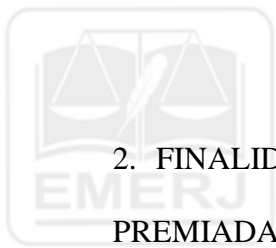
¹³ MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3 ed. São Paulo: Metodo, 2012. p. 195.

¹⁴ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal comentada*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 513.

¹⁶ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.



2. FINALIDADES DO PROCESSO PENAL NO CONTEXTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA RESPEITADORA DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO

Segundo Pimentel¹⁸, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal, de um lado, cumpre a finalidade de estabelecer limites para a intervenção estatal, servindo de resguardo ao acusado como sujeito de direitos e merecedor da tutela de preceitos constitucionais; e, de outro lado, de ser meio para efetivação do poder punitivo, com aplicação do direito penal.

Na dinâmica de um Estado que busca corresponder aos legítimos anseios da sociedade, o intervencionismo estatal é cada vez mais atuante, resultando inegavelmente em restrições a liberdade da pessoa e possivelmente em violações de direitos individuais caso não haja instrumentos de controle sobre a ação do Estado.

Na Constituição da República são expressamente previstas restrições à atuação estatal, verificando que direitos e garantias fundamentais são nominadas em função da dignidade da pessoa humana¹⁹. Nessa linha, somente serão adequadas e legítimas as intervenções do Estado no campo processual que respeitem os direitos e garantias individuais, inspirados na dignidade da pessoa humana e revelador de um processo penal garantista.

Por sua vez, o monopólio do poder punitivo do Estado enseja a necessidade de instrumentos legais que permitam a efetivação adequada da repressão criminal, buscando,

¹⁸ PIMENTEL, Eduardo de Souza. *Processo penal garantista e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestre em Processo Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006. p. 10.

¹⁹ PIMENTEL, Eduardo de Souza. *Processo penal garantista e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestre em Processo Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006. p. 17.



assim, o cumprimento da promoção do bem comum, com o alcance de uma pacificação social, surgido de um processo penal eficiente.

Nesse entrechoque estabelecido pela busca de um processo penal eficiente e não violador de direitos e garantias assegurados pelo texto constitucional brota o instrumento processual da colaboração premiada como opção legislativa de combate à criminalidade.

Dentre tantos debates existentes acerca da colaboração inserida em um processo penal constitucional, uma importante questão é identificada na exigência de o colaborador ter que previamente renunciar ao seu direito constitucional de silêncio, ao tempo em que comparece na condição de testemunha no processo em que também é réu. O art. 4º, § 14 da Lei n. 12.850/13²⁰ prevê expressamente que o colaborador, na presença de seu defensor, renunciará ao direito ao silêncio nos depoimentos que prestar e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

O art. 5º, LXIII da Constituição da República²¹ garante o direito de todo acusado de permanecer calado, sendo um dos representantes mais significativos da garantia da não autoincriminação. Não obstante entendimento em sentido contrário na doutrina²², o direito ao silêncio deve ser encarado como uma garantia sensível do acusado frente ao aparato dispensado para formação da acusação e para o julgamento no processo penal. A imposição legal de renúncia ao silêncio pelo colaborador, a pretexto de somente assim ser aceita sua colaboração com a concessão dos benefícios legais, ofende a sobredita garantia fundamental.

Verificando a incompatibilidade da previsão legal com o texto constitucional, Gomes²³ sintetiza e conclui o tema asseverando que:

²⁰ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

²¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

²² NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis e processuais penais comentadas*. vol 2. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

²³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 333.



Ninguém é obrigado a se autoincriminar. O silêncio, amparado no princípio da não-autoincriminação, jamais pode ensejar qualquer tipo de responsabilidade penal. Quem exercita o direito constitucional do silêncio jamais pode ser punido por isso. Quem exerce um direito não pode ser punido. Exercer ou não o direito ao silêncio é algo que pertence exclusivamente ao mundo psicológico do colaborador, que também é juiz da eficácia do acordo feito. Ele, mais que ninguém, sabe que quanto menos eficaz o seu acordo, menos prêmios irá receber.

Ainda que seja acertada a lição que ensina não haver direitos absolutos, a renúncia ampla e irrestrita ao direito de permanecer calado ainda no início da persecução penal é comportamento que acaba por subjugar o acusado ao poderio do Estado acusador/julgador, esvaziando por completo o seu direito de ampla defesa, seja na perspectiva da defesa técnica ou seja na sua própria defesa pessoal. A renúncia prévia imposta por lei não se adequa à garantia de o defensor traçar as estratégias efetivas de defesa, na medida em que o torna mero observador das declarações do cliente-colaborador para, ao final, apor sua assinatura no acordo firmado. Negociar benefícios não é exercício amplo de defesa. A defesa efetiva é aquela que atua ao longo do processo se preocupando com a *res in iudicium deducta*, mesmo que haja confissão por parte de acusado.

É de se destacar, também, que a colaboração premiada por ser balizada pelas regras e princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal, normas cogentes e amparadas em uma construção sedimentada na legalidade estrita, não permite que o acordo derivado da colaboração desborde os limites impostos pela própria lei.

O regramento da colaboração premiada é disciplinado na Lei n. 12.850/13²⁴, devendo ser este o parâmetro legal base para o acordo em juízo, juntamente com as disposições do Código Penal²⁵, da Lei de Execução Penal²⁶ e do Código de Processo Penal²⁷. A colaboração premiada, ainda que se inserida no âmbito de uma justiça negociada, *plea bargaining*, e

²⁴ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁵ BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁶ BRASIL, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁷ BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

colaborativa²⁸, não se encontra dentro de uma irrestrita esfera dispositiva dos atores processuais.

Conforme Jardim²⁹, “o Ministério Público não pode oferecer ao delator “prêmio” que não esteja previsto na lei específica. Tal limitação se refere não só ao tipo de benefício (prêmio), como também se refere à sua extensão, mesmo que temporal”.

Essa compreensão dogmática da colaboração premiada contribuirá para que se reserve um juízo de proporcionalidade, com base na lei estrita, para a aplicação da medida de colaboração, levando-se em conta a gravidade ou não dos crimes confessados e a aplicação do direito positivo específico, resultando na qualidade/quantidade dos benefícios concedidos ao colaborador.

Assim, com a observância do direito estrito em matéria penal, devidamente sintonizado com as garantias constitucionais do acusado, haverá a possibilidade de afiançar uma efetividade na persecução penal com a utilização da colaboração premiada como técnica de investigação.

3. UM PANORAMA NORMATIVO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DOMÍNIO DA LEI 12.850/13

Com o advento da Lei n. 12.850/13³⁰, que dentre outros objetivos definiu o crime de organização criminosa e regulamentou algumas técnicas de investigação no âmbito das infrações penais praticadas por organizações criminosas, o instituto jurídico da colaboração premiada teve um tratamento específico, com a previsão de regras claras para sua adoção,

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; SILVA Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. *Fides*. Natal, v. 6; n. 1, jan./jun. 2015. p. 164/165.

²⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites?*. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/acordo-de-cooperacao-premiada/>>. Acesso em: 28 set. 2016.

³⁰ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.



dispondo sobre a forma e o conteúdo do acordo, a legitimidade para formulação do pedido, o momento para a intervenção do juiz, os direitos do colaborador e sigilo da colaboração.

O tratamento legislativo dispensado à colaboração premiada no âmbito dos crimes praticados por organizações criminosas se tornou um verdadeiro roteiro legal para as demais colaborações realizadas fora desse ambiente específico de criminalidade. Em acordo com Cabete³¹:

Entende-se que o advento da normatização da lei 12.850/13, além de não revogar os dispositivos anteriores, pode servi-los de complemento em suas respectivas áreas de aplicação, uma vez que o atual diploma legal normatiza de forma bem mais detalhada os procedimentos para a colaboração, isso, aliás, era uma lacuna por demais prejudicial à devida aplicação do instituto por meio de diplomas legais que antecedem à atual Lei do Crime Organizado.

Reforçando a tese de regramento geral da colaboração premiada promovida pela Lei n. 12.850/13³², Gomes³³ afirma ser possível a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes às demais fontes legislativas que versam sobre delação premiada, em um verdadeiro diálogo sistemático de coerência, em que a complementação das normas se dê de maneira coerente com o sistema em que cada uma se encontra prevista.

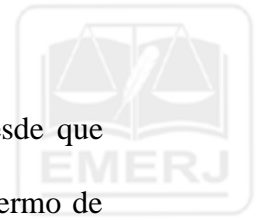
Nesse quadrante, conforme previsto no art. 4º da Lei n. 12.850/13³⁴ a voluntariedade na manifestação do delator é requisito necessário para a aplicação dos benefícios resultantes da colaboração. A voluntariedade exigida pela lei não se confunde com a espontaneidade, sendo possível, dessa maneira, que o colaborador receba influências do seu defensor, do

³¹ CABETE apud GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 222.

³² BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

³³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 222.

³⁴ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.



delegado de polícia ou do Ministério Público para celebração do acordo³⁵. Isso desde que colabore sem vício de vontade, seja por coação física ou coação psíquica, sendo o termo de colaboração resultado de seu interesse livre.

Visando preservar a voluntariedade da colaboração, em todos os atos de negociação, confirmação e execução do acordo, o colaborador deverá ser assistido por defensor, segundo previsão no art. 4º, §§ 6º e 15 da Lei n. 12.850/13³⁶, que busca preservar as garantias do acusado, investigado, frente ao poder persecutório do Estado. Ademais, deve haver a expressa declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor no termo de acordo de colaboração, conforme determina o art. 6º da Lei n. 12.850/13³⁷. Por fim, o termo de colaboração será submetido à homologação pelo juiz, que deverá verificar a voluntariedade do colaborador, inclusive podendo ouvi-lo, na presença de seu defensor, segundo previsto no art. 4º, § 7º da Lei n. 12.850/13³⁸.

Para que a colaboração possa ser realizada deve, ainda, haver efetividade nas informações prestadas pelo agente colaborador. Assim, não basta o mero repasse de informações à autoridade policial ou ao membro do Ministério Público³⁹, devendo o colaborador colocar-se à disposição permanentemente das autoridades para a elucidação dos fatos investigados, comparecendo quando solicitado ou acompanhando eventuais diligências⁴⁰.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 242.

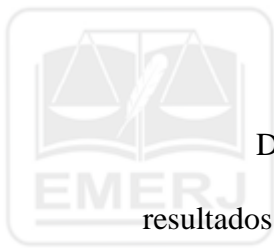
³⁶ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

³⁷ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

³⁸ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

³⁹ SOBREIRO, Rafael Soccol. A prova obtida com colaboração premiada: meio de impugnação de prova no âmbito do combate às organizações criminosas. In: WENDT, Emerson (Org.); LOPES, Fábio Motta (Org.). *Investigação criminal*: provas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015. p. 186.

⁴⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 58.



Desse comportamento colaborativo deve necessariamente advir um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei n. 12.850/13⁴¹, como a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Revela notar que a colaboração premiada pode ser iniciada por meio de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia dirigido ao juiz, nos termos do que dispõe o art. 4º, § 2º, da Lei n. 12.850/13⁴².

Quanto à concessão dos benefícios, deverá ser levada em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, segundo o disposto no art. 4º, §1º da Lei n.12.850/13.

Nesse aspecto, Gomes⁴³ aponta que a:

Interpretação literal do dispositivo levaria ao absurdo de não contemplar com o prêmio legal aquele que se empenhou em colaborar com as investigações, entregando ou mais resultados previsto em lei, simplesmente pelo fato de o juiz, por exemplo, entender que a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso não são compatíveis com a concessão do benefício (por mínimo que seja).

Por isso, as sobreditas circunstâncias para concessão dos benefícios devem ser verificadas pelo Ministério Público no momento da elaboração do acordo e pelo juiz na

⁴¹ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁴² BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 248.



oportunidade em que for homologá-lo, a fim de que não haja prejuízos posteriores para o colaborador.

Deve ser ressaltado, nessa quadra, que o juiz não participará das negociações a serem formalizadas no acordo de colaboração, devendo as tratativas serem feitas apenas entre o delegado de polícia e o Ministério Público, de um lado; e o investigado, com a participação necessária de seu defensor, do outro lado. Assim, o juiz se mantém imparcial, atuando como controlador das investigações e garantidor da observância dos preceitos legais. O juiz atua apenas para homologar o acordo, quando entender que é válido, ou para recusá-lo, quando verificar a existência de alguma irregularidade.

Segundo o art. 5º da Lei n.12.850/13⁴⁴, ao colaborador que realiza o acordo judicial são conferidos os direitos específicos de usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; bem como, cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Ademais, nos termos do art. 4º, § 14 da Lei 12.850/13⁴⁵, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. Dessa maneira, o colaborador deverá depor com o compromisso de dizer a verdade, como contrapartida para receber os benefícios legais. Não obstante a exigência legal do compromisso legal de dizer a verdade, tal condição não é suficiente por si mesma para efetividade da colaboração, sendo certo que deverá apresentar provas que corroboram suas

⁴⁴ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁴⁵ BRASIL, Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.



declarações dadas no acordo, não podendo nenhuma sentença condenatória ser proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador, segundo o art. 4º, § 16 da Lei n. 12.850/13⁴⁶.

Sem prejuízo, o acordo de colaboração premiada para que seja considerado regular deve, nos termos do art. 6º da Lei n. 12.850/13⁴⁷, ser feito por escrito e conter o relato da colaboração com seus possíveis benefícios, especificar as condições propostas para o acordo, com a devida declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor. Ademais, o acordo deve ser assinado pelo agente colaborador e seu defensor, bem como pelo Ministério Público ou delegado de polícia. Eventuais medidas de proteção ao colaborador e à sua família também devem constar do acordo, quando necessárias.

Por fim, o acordo de colaboração, segundo o art. 7º e §3º da Lei n. 12.850/13⁴⁸, será distribuído de maneira sigilosa e assim permanecerá até o recebimento da denúncia, ficando seu conteúdo restrito, na fase de inquérito, ao juiz, ao membro do Ministério Público e ao delegado de polícia, visando, dessa maneira, preservar o êxito das investigações.

CONCLUSÃO

A colaboração premiada não é um fim em si mesmo. Ato pelo qual o colaborador confessa a prática de crime em concurso de outras pessoas em troca de um benefício previsto na lei, a colaboração premiada é um instituto de importância para as investigações de crimes, sobretudo aqueles praticados no seio de organizações criminosas e estruturas complexas.

Apenas com o advento da Lei 12.850/13, que o sobredito instituto processual penal recebeu um tratamento legal amplo e detalhado. Tornou-se, dessa forma, um instrumento legal de protagonismo inquestionável no desenrolar da persecução penal.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.



Não obstante esse avanço legislativo na busca da eficiência do processo penal, com repercussão na qualidade da prestação da tutela jurisdicional penal, bem como na diminuição da impunidade dos criminosos, a colaboração premiada como um dos paradigmas no novo processo penal brasileiro não pode se descurar do atendimento dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo, notadamente daquele que se encontra sujeito ao crivo do poder punitivo do Estado.

Algumas críticas são tecidas pelos especialistas quanto ao modo como vem sendo dada concretude à colaboração premiada, podendo ser citado como expoente máximo desses questionamentos à violação do direito ao silêncio que jamais pode ser confrontado pelo uso da força, coerção ou intimidação. Na prática forense vem se tornando costumeiro que a colaboração premiada não seja tratada como verdadeiramente um meio de obtenção de prova, mas sim, de maneira equivocada, como uma fonte de prova, acima de qualquer suspeita, ainda que desacompanhada posteriormente da devida confirmação probatória.

Movimentos acadêmico-jurídicos vêm debatendo o tema, encontrando eco no Poder Legislativo, o que certamente resultará em aperfeiçoamentos legais desse importante instrumento para o combate à criminalidade.

Atendidas as normas constitucionais, a colaboração premiada, produto de um recrudescimento legislativo por vezes necessário, atende a proporcionalidade entre necessidade de segurança pública e direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012.

BITENCOURT, Roberto Cezar; BUSATO, Paulo César. *Comentário à lei de organização criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Lei n. 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.

_____. Lei n. 12.850/13, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentário à nova lei sobre o crime organizado (Lei 12.850/13)*. 3 ed. Salvador: JusPodvim, 2015.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio Gomes (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodvim, 2015

_____, Luiz Flávio; SILVA Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. *Fides*. Natal, v. 6; n. 1, jan./jun. 2015.

Afrânio Silva. *Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites?*. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/acordo-de-cooperacao-premiada/>>. Acesso em: 28 set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal comentada*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3 ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis e processuais penais comentadas*. Vol 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIMENTEL, Eduardo de Souza. *Processo penal garantista e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestre em Processo Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006.

SOBREIRO, Rafael Soccol. A prova obtida com colaboração premiada: meio de impugnação de prova no âmbito do combate às organizações criminosas. In: WENDT, Emerson (Org.); LOPES, Fábio Motta (Org.). *Investigação criminal: provas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA ÀS CONDUTAS DO CONSUMIDOR

Paula Durão Alves Palmeira de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: se por um lado as normas protetivas consumeristas são necessárias para garantir a proteção do reconhecido vulnerável, essas previsões legais podem ser indevidamente utilizadas para inverter o desequilíbrio da “balança”. Assim como há a necessidade de a plena proteção do vulnerável ser vista à luz da teoria do diálogo das fontes, as normas consumeristas não podem obstar a análise crítica da conduta do consumidor. O presente trabalho pretende cuidar do exame da boa-fé objetiva aplicada ao comportamento dos consumidores, com enfoque na sua figura parcelar do dever de mitigação, tendo em vista que a configuração de um sistema protetivo próprio, com fulcro na vulnerabilidade, não pode impedir a aplicação das cláusulas gerais do ordenamento.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito do Consumidor. Boa-fé objetiva. Dever de mitigação do próprio juízo. *Duty to mitigate the loss*.

Sumário: Introdução. 1. O sistema protetivo do consumidor e o surgimento do Código Civil de 2002. 2. A boa-fé objetiva e sua figura parcelar do *duty to mitigate the loss*. 3. Dever de mitigação do próprio juízo no âmbito consumerista. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

“O consumidor é a categoria mais importante para o desenvolvimento da economia”, disse John Kennedy. De fato, a proteção do consumidor apresenta-se como imperativa na atualidade, não apenas em razão de representar defesa ao reconhecido vulnerável, mas também para garantir o salutar desenvolvimento das relações econômicas que, em regra, de um modo ou de outro, guardam relação com o consumo.

No direito pátrio a proteção ao consumidor começou a ser delineada no ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, carta que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e o direito do consumidor como direito fundamental, sendo caminho natural – e imposto – a consolidação de um sistema normativo próprio para proteção do consumidor.



Nesse contexto protetivo do consumidor, contudo, não podem ser olvidados os demais princípios e regras que imperam em nosso ordenamento, de modo que o microssistema consumerista não subsiste de forma isolada no sistema jurídico. Assim, se por um lado há a necessidade de a plena proteção do vulnerável ser vista à luz da teoria do diálogo das fontes, por outro lado as normas consumeristas não podem obstar a análise crítica da conduta do consumidor.

O trabalho ora desenvolvido procura realizar essa análise com enfoque especial na aplicação da boa-fé objetiva a este no contexto da responsabilidade civil do fornecedor, mais especificamente quanto ao corolário do dever de mitigação do próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*). Em outras palavras, examina-se a conduta do consumidor, à luz da boa-fé objetiva, diante de um fato do produto ou fato do serviço, não de modo a perquirir sua eventual responsabilidade civil, mas sim para examinar como a conduta do consumidor pode influenciar na delimitação das consequências da responsabilização do fornecedor.

Esse estudo é justificado pela aplicação, por vezes indiscriminada na prática forense, do princípio da reparação integral dos danos, sem que seja examinada eventual contribuição do consumidor para a majoração dos efeitos danosos. Procura-se demonstrar que a premissa de sua vulnerabilidade e a consagração de um microssistema protetivo não implicam o afastamento das normas gerais do Direito Civil, principalmente no que diz respeito à boa-fé objetiva e, mais especificamente, no que tange à aplicação da sua figura parcelar do dever de mitigação.

Nessa linha de intelecção, o estudo é iniciado com análise do sistema protetivo do consumidor e suas influências com o advento do Código Civil de 2002. Em seguida será realizada breve análise da cláusula geral da boa-fé objetiva, com enfoque na figura parcelar do dever de mitigação do próprio prejuízo. Por fim, será demonstrada a



possibilidade de aplicação dessas diretrizes civilistas à conduta consumidor, sem que seja afastado ou desnaturado o microsistema protetivo.

1. O SISTEMA PROTETIVO DO CONSUMIDOR E O SURGIMENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O ordenamento jurídico pátrio tem seu eixo e norte na própria Constituição. Seguindo as lições de Hans Kelsen, afirma-se, hodiernamente, que os ordenamentos jurídicos são sistemas hierarquizados, sendo o topo da pirâmide escalonada desse sistema ocupado pela Constituição¹. A Constituição Cidadã de 1988 representa, nesse contexto, o ápice do ordenamento contemporâneo e a consolidação do Estado Democrático de Direito, com forte dimensão prospectiva e compromissória.

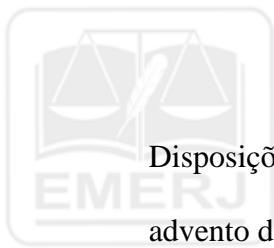
O sistema de direitos fundamentais, um dos pontos altos da Constituição de 1988, consagrou um rol extenso de direitos civis, políticos e sociais, com a previsão de direitos universais, ao mesmo tempo em que, reconhecendo a isonomia material, voltou os seus olhos para a proteção dos sujeitos em situação de maior vulnerabilidade, como na previsão de normas voltadas à defesa das crianças, idosos, indígenas, pessoas com deficiência e consumidores².

No âmbito da sociedade de consumo, constata-se a vulnerabilidade do consumidor e a Constituição Cidadã, lastreada em princípios como o da igualdade material, não poderia ficar indiferente a tal fenômeno³. Assim, como direito fundamental e princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor, na forma do art. 48 do Ato das

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 19.

² *Ibid.*, p. 172.

³ “Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno”. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 6.



Disposições Constitucionais Transitórias⁴, passou a ter diploma normativo próprio com o advento da Lei n. 8.078, promulgada em 11 de setembro de 1990.

Como comentam os autores do anteprojeto⁵ que originou a referida Lei n. 8.078/90, denominado de Código de Defesa do Consumidor, esse teve que ser aprovado sob a forma e com o trâmite mais célere das leis ordinárias para que fossem evitadas pressões do mercado que impusessem maiores delongas. Assim, por explicações de ordem político-legislativa e pela ausência de expressa previsão constitucional em sentido contrário, acabou, então, sendo aprovada a lei consumerista sob a forma de lei ordinária.

Talvez por essa peculiaridade histórica, há quem defenda, como o professor Flávio Tartuce⁶, que, a despeito de sua forma, como o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado em observância direta da vontade da Constituição, ele teria natureza de norma de eficácia supralegal, situando-se no plano hierárquico entre a Constituição Federal vigente e as leis ordinárias.

Contudo, parece existir melhor razão àqueles que defendem a teoria do diálogo das fontes, criada pelo professor Erick Jaime e trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, como aplicável no âmbito das relações de consumo. Por essa teoria, nada impede que também sejam aplicadas outras previsões legais às relações de consumo, pois, como as normas devem ser interpretadas de forma conjunta, respeitada a interpretação teleológica dentro do sistema, busca-se a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico – concebido como sistema – mais do que qualquer exclusão⁷.

⁴ BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct> Acesso em: 18 mai. 2016.

⁵ GRINOVER, op. cit., p. 10.

⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: Direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p.10.

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 118.

Além de mais razoável ante a constatação da congruência teleológica do sistema, a teoria do diálogo das fontes está em consonância com a previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 7º, preconiza que outros diplomas legais podem ser aplicados às relações de consumo, desde que compatíveis com os valores e objetivos consagrados em sede constitucional⁸.

A respeito do tema proposto neste trabalho, independentemente de qualquer discussão de natureza hermenêutica, com mais razão a cláusula geral de boa-fé objetiva é aplicável às relações consumeristas, quer por previsão expressa – e inovadora – no CDC (arts. 4º, III e 51, IV), quer porque prevista como princípio geral no Código Civil (arts. 113 e 422) e, em especial, por ser esse o entendimento que melhor atende aos princípios consagrados na Constituição e a busca pelo salutar desenvolvimento econômico com respeito à dignidade da pessoa humana e proteção dos vulneráveis.

Contudo, para que o consumidor possa se valer dos instrumentos de proteção outorgados pelo ordenamento, deve fazê-lo dentro dos limites constitucionais, observando o princípio da boa-fé, sob pena de restar desvirtuado o objetivo primeiro da norma constitucional protetiva que não foi a de privilegiar o consumidor em detrimento do fornecedor, mas sim de levar ao equilíbrio da relação consumerista não paritária, levando-se em conta que o desenvolvimento da ordem econômica nacional também é um dos objetivos constitucionais do Estado⁹.

⁸ Afirma Gustavo Tepedino que “diante da pluralidade de fontes normativas, características dos tempos atuais, torna-se indispensável, do ponto de vista hermenêutico, harmonizá-las a partir de uma unidade axiológica, orientada pelos valores constitucionais, sob pena de se esvaziar a própria noção de ordenamento. TEPEDINO, Gustavo. *A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

⁹ ENNES, Ricardo Guimarães Luiz. *O abuso de direito do consumidor nos contratos de consumo*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/RicardoGuimaraesLuizEnnes.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.



Nesse contexto, a cláusula geral de boa-fé objetiva não serve apenas como mero instrumento de proteção do consumidor – como equivocadamente consolidado na prática jurisprudencial –, mas sim de uma sujeição de ambas as partes – consumidor e fornecedor –, em igual medida, aos padrões de colaboração e de lealdade nas relações consumeristas¹⁰. Nesse sentido, ensina Gustavo Tepedino:

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo¹¹.

Assim, entendendo-se que a cláusula geral de boa-fé objetiva é aplicável aos dois polos da relação de consumo, em igual medida, ainda que se levando em consideração tratar-se de relação não paritária¹², é importante definir os contornos dogmáticos dessa cláusula geral, em especial no que tange a sua figura parcelar do *duty to mitigate the loss*.

2. A BOA-FÉ OBJETIVA E SUA FIGURA PARCELAR DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

A boa-fé objetiva, um modelo ideal (*standard*) de comportamento aplicado às relações jurídicas, na linha da doutrina alemã adotada no Brasil, possui uma tríplice função, quais sejam, interpretativa, criadora de deveres anexos ou acessórios e restritiva do exercício abusivo de direitos, e é neste último sentido que se desenvolve sua figura parcelar ora estudada.

A boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo. Coord. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33.

¹¹ *Ibid.*, p. 34.

¹² Não se perde de vista o modelo peculiar brasileiro, com um código para iguais – o CC – dialogando com um código para diferentes – CDC. BENJAMIN, op. cit., p. 123.

desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que lhe impõem¹³.

Nessa perspectiva da eticidade que deve nortear as relações cíveis – e consumeristas –, à luz da boa-fé objetiva exigida mesmo quando há interesses diametralmente opostos em conflito, surge a teoria do dever de mitigação. O dever de mitigação ou *duty to mitigate de loss* impõe ao próprio titular do direito – o credor em sentido amplo – a obrigação de, sempre que possível, atuar para mitigar a situação de prejuízo efetivamente causada pelo devedor, ou seja, trata-se da exigência de comportamento leal e cooperativo entre as partes de uma relação jurídica.

Essa teoria, trazida para o Brasil por Vera Jacob de Fradera e que já encontra ressonância na doutrina¹⁴ e na jurisprudência dos tribunais pátrios¹⁵, impõe que o credor, diante do dever de lealdade e do dever de cooperação, atue concretamente – dentro de padrões de comportamento esperados – para não agravar a situação do devedor, ou seja,

¹³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154.

¹⁴ Conforme Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

¹⁵ BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 758.518. Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9903032&num_registro=200500967754&d_ata=20100701&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 jun. 2016.

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.



trata-se do dever do credor – quando objetivamente esperado – de minorar as suas próprias perdas¹⁶.

Dessa forma, sendo comprovado que o credor poderia ter atuado para mitigar a extensão do próprio prejuízo, mas que por desídia do credor a extensão do dano efetivamente causado foi ampliada – e não em razão da conduta do devedor –, deve tal fato refletir quando da fixação da condenação do devedor. O *duty to mitigate*, nesse contexto de aplicação mínima¹⁷, impede o ressarcimento integral do prejuízo, tendo em vista que a extensão do dano está relacionada à inércia do credor, e não mais unicamente em relação à conduta do devedor.

Nesse sentido afirma Leonardo de Medeiros Garcia:

Se a parte em posição de vantagem negligencia em tomar as providências que possibilitam mitigar as perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída¹⁸.

A despeito de se tratar de teoria advinda do direito alienígena, certo é que sua lógica não está distante do ordenamento pátrio, como pode ser exemplificado por algumas previsões do Código Civil, como o art. 944 e o art. 769, §1º do referido diploma. Contudo, em relação à seara consumerista, a sua aplicação não é pacífica, tendo em vista a regra da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor e a regra da reparação integral dos danos prevista no mesmo diploma.

Os artigos 12 e 14, *caput* do CDC¹⁹ consagram a responsabilidade objetiva do fornecedor ou do prestador de serviços na reparação de danos causados ao consumidor, não se verifica, portanto, a princípio, a culpa da vítima como elemento mitigador da

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.1. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 720.

¹⁷ O *duty to mitigate the loss* pode encerrar verdadeiro abuso de direito, contudo, o recorte escolhido neste trabalho apenas o aborda em sua aplicação mínima de adequação dos valores de indenização na hipótese de agravamento do dano por conduta omissiva e desleal do credor.

¹⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 65.

¹⁹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.



responsabilidade no âmbito do direito consumerista, nem mesmo como critério de atenuação na fixação da condenação – como ocorre no art. 944 do CC²⁰. Contudo, tendo em vista a harmonia do ordenamento jurídico e a necessidade de interpretação das normas no contexto de um sistema, questiona-se a “blindagem” do direito consumerista quanto à avaliação da conduta do consumidor como vítima no contexto da responsabilidade civil. E nesse contexto insere-se a aplicação da teoria da mitigação do próprio prejuízo no âmbito consumerista.

Além disso, a teoria da mitigação do prejuízo não está apenas relacionada à conduta do agente, ou seja, não se trata de análise única e exclusiva de culpa, mas sim do exame do nexo de causalidade na seara da responsabilização civil, ou até mesmo, em casos mais graves, da imputação de responsabilidade pela caracterização da má-fé.

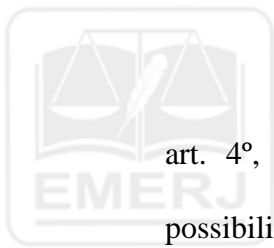
Ademais, trata-se de verdadeiro desdobramento da teoria do abuso de direitos aplicada à responsabilidade civil. Nesse sentido é necessário observar que a teoria do abuso de direito e o norte da boa-fé objetiva compõem um sistema aberto de vedações, de *standards* negativos que, independente de *nomen juris*, determinam a vedação de certos comportamentos verificados como desleais e incompatíveis com um padrão ético de comportamento, como acontece quando do desenvolvimento da teoria do *venire contra factum proprium* ou da *supressio*.

3. DEVER DE MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO NO ÂMBITO CONSUMERISTA

Quando o consumidor, então, age em descompasso com a boa-fé, viola não apenas regra geral do CC – art. 422 do CC²¹ –, bem como previsão expressa do CDC, conforme

²⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

²¹ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.



art. 4º, III desse último *códex*²². Nessa esteira, os tribunais têm entendido pela possibilidade de “mitigação” da responsabilidade do fornecedor, pois, ainda que a conduta danosa tenha por este sido praticada, o consumidor não pode, abusando do direito que o ordenamento lhe confere, permitir a ampliação demasiada do dano em razão de seu comportamento inerte.

Não é tarefa difícil imaginar casos nos quais haverá tal cenário. Por exemplo, no caso de uma montadora de automóveis que realiza o *recall* de uma peça do carro, contudo, o consumidor não leva seu automóvel à montadora. Será que eventual dano advindo do mau funcionamento da peça poderá ser imputado em sua integralidade ao fornecedor?

Nesse contexto convém trazer a lume alguns julgados que admitem a aplicação da teoria da mitigação do prejuízo no âmbito do direito consumerista, em especial no que diz respeito ao comportamento do consumidor em momento posterior ao dano causado pelo fornecedor:

Apelação cível. Ação indenizatória. Furto do cartão de crédito. Comunicação tardia. Culpa concorrente. Mitigação da responsabilidade da instituição financeira. Dever de mitigar as próprias perdas. Redução da indenização. (...) a comunicação do furto ocorreu após 40 (quarenta) dias o crime. Se isso não é suficiente para afastar a responsabilidade da ré, que não poderia ter autorizado a realização de transações por terceiros, por certo é capaz de atenuar sua responsabilidade, na medida em que o consumidor deve atuar de forma a minimizar o próprio prejuízo. Esse dever de colaboração - chamado pela doutrina *duty to mitigate the loss* - é conceito parcelar do princípio da boa-fé objetiva, que deve estar presente em todas as relações contratuais. 3. Redução da indenização para 50% do valor comumente fixado por este órgão fracionário em casos análogos de mesma natureza, acomodando-a em R\$5.000,00 (cinco mil reais)²³.

Nesse primeiro caso concreto foi operada a redução da condenação indenizatória do fornecedor, pois, quando o consumidor deixou de comunicar com a devida presteza a instituição financeira sobre o furto de seu cartão magnético, ele violou os deveres anexos

²² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 00019323420138190205, Julgamento monocrático. Relator Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004580F5662AE10BE39B6D6AE920949C0CBC5035E1F4224&USER=>. Acesso em 20 jul. 2016.



que advêm da boa-fé objetiva. Assim, os danos causados pelos saques indevidos em sua conta podem ser imputados ao prestador de serviços – já que este tem que zelar pela segurança na prestação do serviço –, contudo a extensão desses danos deve ser proporcionalmente atribuída à falta de diligência do próprio consumidor. Dessa forma, ainda que fixada indenização, o seu valor não pode ser igual à extensão do dano final da vítima, mas sim aquele diretamente ligado à conduta do prestador de serviços.

Outro caso de aplicação da boa-fé objetiva à conduta do consumidor se deu no contexto de um saque indevido, no valor de R\$500,00, na conta bancária do consumidor, quando este pleiteou pagamento de indenização por danos morais e danos materiais. No contexto da responsabilidade civil, por óbvio, o prestador de serviços foi responsabilizado e condenado ao pagamento do valor indevidamente sacado da conta corrente do consumidor, contudo não foram reconhecidos danos morais diante da prova de que a instituição financeira deflagrou celeremente providências administrativas para ressarcir o consumidor e que este, sem qualquer justificativa, recusou-se a receber o valor:

DIREITO DO CONSUMIDOR. DANO MATERIAL E MORAL. SAQUE INDEVIDO POR TERCEIRO NÃO AUTORIZADO. ÔNUS DA PROVA. RESTITUIÇÃO. OFERTA DE ACORDO NA VIA ADMINISTRATIVA PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RECUSA INJUSTIFICADA PELO CORRENTISTA. DEVER DE MITIGAR A PERDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) 4. Quanto aos danos morais, há nos autos prova de que a instituição financeira deflagrou celeremente providências administrativas com o fito de proceder ao ressarcimento e, sem nenhuma justificativa plausível, o autor se recusou a aceitar tal acordo. 5. O princípio da boa-fé objetiva impunha ao autor, nessa situação, tomar as providências necessárias para mitigar sua suposta perda (é o que a doutrina chama de "duty to mitigate the loss"). Não o fazendo, tem-se que sua inércia contribuiu decisivamente para o suposto constrangimento que afirma ter sofrido. 6. Ao que parece, preferiu o autor abrir mão da imediata e voluntária devolução da quantia sacada para arriscar a sorte em uma ação de indenização por danos morais. Esse tipo de postura, a revelar uma espécie de litigiosidade fabricada, não deve ser incentivada pelo Judiciário, sob pena de servir de desestímulo à instituição financeira que adota políticas adequadas de solução administrativa e consensual de seus conflitos. 7. Apelação parcialmente provida, no sentido de julgar improcedente o pedido de



indenização por dano moral, mantida a condenação no que se refere ao ressarcimento da quantia indevidamente sacada. Sucumbência recíproca²⁴.

Nesse segundo caso, diante do saque indevido na conta bancária do consumidor, não pode ser ignorada a responsabilidade do prestador de serviços na hipótese, já que a ele cabe a vigilância e segurança das contas do consumidor. Contudo, ao negar-se a receber o valor prontamente fornecido pelo Banco, o consumidor violou o dever de mitigação do próprio prejuízo e, em último exame, a própria boa-fé objetiva, sendo devida a redução do valor indenizatório para que seja proporcional ao dano causado pelo prestador de serviços, e não ao dano indevidamente ampliado pelo consumidor quando da injustificada negativa de aceitar a restituição do valor debitado indevidamente de sua conta.

Nesses dois julgados, os tribunais consideraram que o comportamento desleal do consumidor no momento posterior ao dano causado pelo fornecedor deveria ser considerado quando da fixação da indenização.

Esses entendimentos jurisprudenciais transcendem a análise da vulnerabilidade do consumidor para aplicar na seara consumerista a necessidade de respeito à boa-fé objetiva – ainda que no contexto de relações não paritárias. Afinal, a confiança é valor caro para os dois polos da relação de consumo.

Além disso, devem ser considerados os fins sociais a que a norma se destina, fins que serão violados quando as prerrogativas conferidas em razão da vulnerabilidade do consumidor permitirem a ausência de análise crítica de seu comportamento. Assim, defende-se a boa-fé objetiva como cláusula geral inibidora de comportamentos contrários aos padrões de comportamento normalmente esperados, tanto dos fornecedores como dos consumidores.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 0022344-23.2003.4.05.8300. Relator Desembargador Leonardo Resende Martins. Disponível em <http://www4.trf5.jus.br/cp/cp.do>>. Acesso em 20 jul. 2017.

Não se ignora que, mesmo que se reconheça a aplicação do princípio da boa-fé às relações consumeristas, em especial no que tange ao comportamento do consumidor, ainda se faz necessária a discussão quanto aos *standards* que servirão como parâmetro para aferir a lealdade no comportamento das partes que compõem a relação jurídica. Essa tarefa árdua já tem sido objeto de debates no direito civil. Lá, propõe a doutrina, a boa-fé objetiva deve ser entendida não como um conteúdo vazio e vinculado aos conhecidos corolários dos deveres anexos de boa-fé, mas também vinculados a parâmetros razoáveis que permitam estabelecer a extensão desses deveres.

Nesse sentido, por exemplo, não há grande dificuldade em reconhecer que existe o dever de informação por força da boa-fé objetiva, mas sim em especificar o seu conteúdo, os seus limites no caso concreto²⁵.

No que diz respeito às restrições ao exercício de direitos de forma abusiva – mote desse breve estudo – igual construção é intentada pela doutrina, sendo certo que os operadores consagraram limites e parâmetros objetivos para essa vedação, como a proibição do comportamento contraditório e o dever de mitigação do próprio prejuízo.

E não se diga que tais construções não são aplicáveis no âmbito consumerista em virtude da previsão da responsabilidade objetiva do fornecedor e do prestador de serviços. Como já se defendeu, a teoria do diálogo das fontes, bem como a ideia da boa-fé objetiva como cláusula geral do direito civil, autorizam tal aplicação.

Por isso, verificada a desproporção do dano resultante e a conduta do fornecedor ou do prestador de serviços, tendo em vista a violação ao dever de mitigação que cabia e que podia ter sido exercido pelo consumidor, pode ser lastreada a redução do *quantum* indenizatória nas ações de responsabilidade civil.

Dessa mesma forma defende a doutrina:

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.



A proteção conferida ao consumidor, no sentido do brocardo “tratar desigualmente os desiguais” deve ser feita na medida a proporcionar equilíbrio entre as partes. Não pode jamais ser utilizada de forma a beneficiar desproporcionalmente o consumidor em detrimento do fornecedor, pois assim estaríamos admitindo a permanência do desequilíbrio já existente, só que agora a favor do consumidor²⁶.

Por derradeiro, justificada a aplicação da boa-fé objetiva às relações consumeristas na defesa do prestador de serviços e do fornecedor em face do consumidor pela teoria do diálogo das fontes e pela previsão da boa-fé objetiva como norma geral do direito civil, também se justifica a aplicação dos corolários do dever de mitigação nas relações de consumo em função da exigência do nexos causal entre o dano e a conduta, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

A jurisprudência dos tribunais parece mitigar o nexos de causalidade entre a conduta e o dano em atenção ao contexto do “imperativo social da reparação”²⁷. Certo é que a explicação e caracterização do nexos de causalidade é tema que suscita a criatividade da doutrina e que serve como fonte para a atribuição de sentidos e aplicações diversas pelos tribunais. A despeito da predileção pela teoria do dano direto e imediato, os tribunais não se furtam da aplicação de outras teorias, como a da causalidade adequada.

Nesse cenário fluído de entendimento sobre o que seja o nexos causal, mesmo que nenhuma das teorias conhecidas justifique afirmar a existência de nexos causal na hipótese, os tribunais impõem a presunção da existência do nexos de causalidade para justificar a indenização do consumidor. Surge, assim, o que se chama de responsabilidade objetiva agravada, pois presume-se não só a culpa como também o nexos causal.

Contudo, a presunção do nexos causal, como afirma Anderson Schreiber, não raro imputa a responsabilidade de tragédias individuais e pessoais a outros indivíduos ou agentes econômicos, fazendo com que estes suportem o ônus que a postura coerente

²⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*: artigo por artigo. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 67.

²⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 78.



deveria atribuir à sociedade como um todo, e não simplesmente à pessoa mais próxima da fatalidade²⁸.

Assim, percebe-se que, além da relutância de aplicação dos corolários da boa-fé à conduta do consumidor sob o pretexto da responsabilidade civil objetiva do prestador de serviços e do fornecedor, a fluidez de conceitos atinentes ao estudo da responsabilidade civil dificulta a clareza na imputação da responsabilidade, principalmente quando esta é justificada pelo “imperativo da reparação social do dano”.

Portanto, defende-se que há estrutura teórica, representada pelo diálogo das fontes, há previsão normativa, representada pela cláusula geral da boa-fé objetiva como norma geral do direito civil, e há elementos da responsabilidade civil objetiva, como a análise do nexo causal, que permitem a aplicação dos corolários da boa-fé objetiva no âmbito consumerista, em especial no que tange à sua figura parcelar do dever de mitigação.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor representa um sistema próprio de proteção ao consumidor, reconhecido como vulnerável mesmo já mesmo na Constituição de 1988. Contudo, como o direito é, ao mesmo tempo, reflexo da sociedade e fator de mudança da ordem social, esse novel conjunto de normas imprimiu um novo comportamento nas relações consumeristas, tanto no que tange aos fornecedores, quanto aos consumidores.

Assim, se por um lado as normas protetivas são necessárias para garantir a proteção do reconhecidamente vulnerável, essas previsões legais podem ser

²⁸ SCHREIBER, op. cit, p. 79.



indevidamente utilizadas para inverter o desequilíbrio da “balança”, passando o consumidor a extrapolar as intenções legislativas.

Como exemplo dessa desvirtuação da norma no corpo social, quanto às excludentes de responsabilidade dos fornecedores, o CDC foi mais singelo do que a doutrina tradicional da responsabilidade civil, o que implica, na prática, por vezes, a inversão desproporcional da vulnerabilidade.

Nesse cenário, o presente trabalho cuidou da análise da boa-fé objetiva aplicada ao comportamento dos consumidores, com enfoque na figura parcelar do dever de mitigação do próprio prejuízo, tendo em vista que a configuração de um sistema protetivo próprio, com fulcro na vulnerabilidade, tem caracterizado, por vezes, uma verdadeira deformação no comportamento do consumidor, comportamento violador dos deveres de lealdade e de cooperação.

Por meio da teoria do diálogo das fontes, trabalhada ao longo deste estudo, defendeu-se a possibilidade de aplicação das regras civilistas, principalmente quanto à responsabilidade civil, às condutas dos consumidores, dentro de um contexto de deformação do comportamento do consumidor, valendo-se indevidamente esse polo da relação do sistema protetivo consumerista. Por essa teoria, nada impede que também sejam aplicadas outras previsões legais às relações de consumo, pois como as normas devem ser interpretadas de forma conjunta, respeitada a interpretação teleológica dentro do sistema, pode ser que no caso concreto outra norma atenda à finalidade do norte protetivo do consumidor de maneira mais ampla e razoável do que o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Além de mais razoável ante a constatação da congruência teleológica do sistema, a teoria do diálogo das fontes está em consonância com a previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 7º, preconiza que outros diplomas legais podem

ser aplicados às relações de consumo, desde que guardem relação com o a ordem principiológica do *codex* e com o espírito de proteção do consumidor consagrado em sede constitucional.

Demonstrou-se que a premissa de vulnerabilidade do consumidor e a consagração de regras de proteção não podem implicar a não aplicação das regras gerais do Direito Civil, principalmente no que diz respeito à boa-fé objetiva, mais especificamente, com a aplicação da figura parcelar do dever de mitigação.

Como visto, a Lei nº 8.078/90 não prevê, diferentemente do Código Civil, a culpa da vítima como elemento mitigador da responsabilidade civil do fornecedor, nem mesmo como critério de atenuação na fixação da condenação, conforme art. 944 do CC. Contudo, tendo em vista a harmonia do ordenamento jurídico e a necessidade de interpretação sistêmica das normas, questionou-se a “blindagem” do direito consumerista quanto à avaliação da conduta do consumidor como vítima no contexto da responsabilidade civil. E nesse esteio insere-se a aplicação da teoria da mitigação do próprio prejuízo no âmbito consumerista.

Nesse contexto de respeito às regras contemporâneas de responsabilidade civil, defendeu-se a possibilidade de aplicação da figura parcial do dever de mitigação ao comportamento do consumidor. Afinal, impõe-se a este também o respeito à boa-fé objetiva, em especial na nova realidade dos comportamentos na massa social, sob pena de desvirtuar o próprio sistema de proteção.

Desse modo, mostra-se imperativa a adequação do sistema de proteção consumerista à realidade social de deformação da proteção, quando esta passa a impedir sejam vedados comportamentos abusivos do consumidor, comportamentos esses violadores da boa-fé objetiva e que não podem encontrar guarida na norma legal.



REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V.1. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013

ENNES, Ricardo Guimarães Luiz. *O abuso de direito do consumidor nos contratos de consumo*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/RicardoGuimaraesLuizEnnes.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LIMA, Clarissa Costa de Lima. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Patrícia Ferreira de Almeida. *A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes às relações de consumo*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PatriciaFerreiradeAMonteiro.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

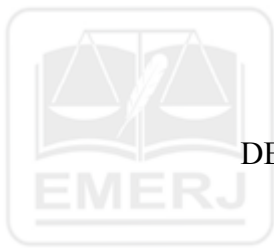
STOLZE, Pablo; GABLIANO, Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil*. Vol. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: Direito material e processual*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.



TEPEDINO, Gustavo. *A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo. Coord. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



DESAFIOS DO ESTADO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA GESTÃO PENITENCIÁRIA

Paula Regina dos Reis Bacellar

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Privado e Civil pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo - a essência deste trabalho é abordar as consequências político sociais que os presos, a população em geral e o poder judiciário vem experimentando pelo abandono do sistema penitenciário pelo poder público e apontar a urgente necessidade de reformulação nacional conjunta, da gestão penitenciária no Brasil, a partir do exemplo de medidas isoladas que vêm sendo tomadas por alguns Estados.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Superlotação e Abandono nas Penitenciárias. Garantias Individuais dos Presos. Administração Pública. Responsabilidade Civil do Estado.

Sumário - Introdução. 1. As Garantias Constitucionais e Legais com as quais o Estado se Comprometeu para Viabilizar a Pena Privativa de Liberdade. 2. Alternativas a Atual Forma de Cumprimento das Penas Privativas de Liberdade já Aplicadas no Brasil. 3. O RE 580252 e a Responsabilidade do Judiciário de Administrar as Omissões do Poder Executivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as diversas críticas formuladas contra o atual modelo de gestão do sistema penitenciário brasileiro, que tanto perturbam a sociedade com notícias diárias de ineficiência. Bem como pretende demonstrar com exemplos já experimentados, as possibilidades do Estado reformular seu sistema penitenciário.

É necessária uma reflexão que vá além da crítica e se comprometa mais com a viabilidade da solução do problema, considerando as mazelas atuais do Estado.

Em que pesem as divergências sobre a necessidade de penas privativas de liberdade, é consensual que o Estado não pode deixar de punir aqueles que cometem crimes. A partir deste ponto comum surgem três questões norteadoras deste trabalho: quais garantias a nossa Constituição e legislação penal e processual penal já avalizam para o preso; como punir de forma eficiente ao reequilíbrio social; e quais as consequências jurídicas atuais do abandono do sistema penitenciário, para o Estado.

Os problemas nas áreas essenciais ao convívio social como a saúde, educação, transporte e segurança, evidentemente não podem ser considerados insuperáveis.



Não há dúvida de que, diante da proporção dos problemas penitenciários existentes atualmente, é impensável uma única medida suficiente para reorganizar todo o sistema. Tampouco uma medida imediata ou de curto prazo. Mas se não houver um compromisso de planejamento de políticas públicas de médio e longo prazo para reestruturar o sistema penitenciário Brasileiro, a solução ou melhoria fica cada vez mais distante.

Nesse sentido, serão abordadas no primeiro capítulo deste trabalho as garantias constitucionais e legais com as quais o Estado se comprometeu para manutenção da dignidade humana do condenado e sua responsabilidade ante aos desvios destas garantias. No segundo capítulo as formas alternativas que alguns Estados brasileiros estão implementando para viabilizar a humanização da pena e dar efetividade a sua função ressocializadora. E por fim, no terceiro capítulo, será exemplificado através de um Recurso Extraordinário, ainda em julgamento no STF, as consequências, inclusive financeiras, para o próprio Estado, do abandono de políticas públicas para o sistema penitenciário.

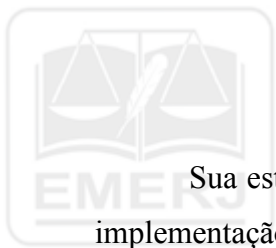
Assim, o presente trabalho pretende contribuir para solução dos problemas vividos pelo sistema penitenciário brasileiro, destacando o valor político e social de uma reforma penitenciária para um país em desenvolvimento como o Brasil, adequando as prioridades públicas aos direitos fundamentais implementados pela Constituição Federal de 1988.

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 objetivo 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. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS COM AS QUAIS O ESTADO SE COMPROMETEU PARA VIABILIZAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é a sétima e atual Carta Magna do Brasil e representa um dos mais completos textos nacionais em termos de garantias individuais e direitos sociais. Sua promulgação se deu após o período de regime militar, que durou de 1964 a 1985, e por isso almejava a redemocratização do Estado Brasileiro.



Sua estrutura de comandos pretende direcionar os principais objetivos do Estado para implementação, por meio da legislação infraconstitucional, do Estado Democrático de Direito, expressamente previsto em seu artigo 1^o. Atualmente muitos comandos já foram regulamentados e estão em pleno funcionamento e outros ainda dependem de regulamentação.

Em relação ao direito penal, a definição de suas penas e ao tratamento dos condenados, a constituição não foi omissa. Destacam-se, no artigo 5^o da CRFB², os incisos XXXIX a LXVI como importantes instrumentos de respeito ao indivíduo, em momentos de transgressão as normas.

Nos incisos supracitados, o texto constitucional garantiu a todo cidadão a presunção de inocência, a excepcionalidade do tratamento penal, o direito a integridade física e moral e ainda afastou as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado e cruéis; em sensível demonstração de uma visão moderna da função da pena.

Tais garantias não são de todo inovadoras, mas, após um período de ditadura, reforçaram a ideia de responsabilidade do Estado sobre o apenado e conseqüentemente reafirmaram o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* do direito penal, tão precioso para qualquer sociedade democrática.

É importante ressaltar que a preocupação constitucional de garantir dignidade ao investigado e ao condenado representa a confiança do Estado em seus próprios cidadãos e conseqüentemente na coletividade que o compõe. E este é o objetivo, ainda atual, da CRFB de 1988, construir uma sociedade pluralista, com harmonia e justa, como indicado em seu preâmbulo.

Com a missão de delimitar a atuação do Estado no âmbito criminal e dar efetividade as garantias constitucionais o Decreto-Lei n. 2848/40, o Decreto-Lei n. 3689/41 e a Lei n. 7210/84 foram recepcionados pela CRFB de 1988 como principais instrumentos do direito penal e são os atuais Código Penal (CP)³, Código de Processo Penal (CPP)⁴ e Lei de Execução Penal (LEP)⁵, respectivamente.

O direito penal tem como principal função a proteção de bens jurídicos considerados essenciais, que são expressamente identificados no código penal e legislação especial, por

¹BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2016, p.1.

²Ibidem, p.4 e 5.

³_____. *Código Penal*. 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: 24 out. 2016.

⁴_____. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

⁵_____. *Lei de Execução Penal*. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.



escolha do legislador, a partir da análise social da relevância de sua proteção, após afastada a possibilidade de proteção por outro ramo do direito⁶.

Definidos os bens protegidos surge para cada um deles um limite de pena, para o caso de lesão.

Dentre as sanções aplicáveis àquele que lesionar o bem protegido, estão as penas privativas de liberdade, conforme artigo 33 do CP. Em tese são as sanções mais agressivas do sistema para o apenado, pois restringem de forma significativa as liberdades do indivíduo, mesmo quando aplicadas no regime aberto.

Contudo, assim como a CRFB/88⁷ a LEP⁸ reforça em seus artigos 10 e 11 a responsabilidade do Estado pela assistência do preso e se compromete a orientar seu retorno ao convívio social e em seu art. 3º assegura ao preso que todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, lhe serão garantidos⁹. Mas a realidade é diversa. Pode-se dizer a restrição da liberdade, que deveria ser o único castigo, acaba por tornar-se a parte mais tolerável do cárcere.

Além das penas aplicadas aos condenados, o regime processual penal também prevê prisões em flagrante, temporárias e preventivas, que são anteriores a condenação definitiva, para casos específicos, conforme artigo 283 do CPP¹⁰.

Para o presente estudo, não é relevante se a prisão é cautelar ou definitiva, o que importa é a manutenção do indivíduo em unidades prisionais, independente do seu tipo. Pois é neste momento que se inicia a responsabilidade do Estado sobre os direitos individuais do encarcerado.

Contudo o ideal social pretendido pelo texto da CRFB/88¹¹ e pela LEP não é de fácil aplicação prática, especialmente pelo custo que envolve a devida assistência aos presos frente as diversas outras necessidades do Estado em desenvolvimento, sem estabilidade econômica.

Ao longo de anos e ainda hoje o Estado opta por negligenciar a atenção devida ao sistema penitenciário que se tornou um ambiente degradante para os que ali habitam.

⁶SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal-Parte Geral*. 4. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 5.

⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

⁸_____. *Lei de Execução Penal*. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 24 out. 2016, p. 2.

⁹FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução Penal – Coleção Leis Especiais para Concursos*. 2. Ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 21, 25 e 26.

¹⁰_____. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016, p. 31.

¹¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.



Os presos sofrem ainda com a superlotação carcerária, a falta de atendimento médico e assistência jurídica adequada. Outro problema é a atuação do crime organizado, que muitas vezes converte as prisões em verdadeiros centros de comando de onde gerenciam ações criminosas em vários pontos do país. De sorte que, os presos recém-chegados, mesmo que fora do presídio não tivessem nenhuma ligação com facções criminosas, uma vez encarcerados passam a ser facilmente agregados por esses grupos.

Além disso, a corrupção de alguns agentes públicos, facilita a rotina de violência física e sexual que geram sofrimento psicológico e vão destruindo por completo a dignidade do indivíduo. Essa situação gera um ambiente de revolta e ódio que só é capaz de deixar o indivíduo cada vez mais humilhado e bestializado.

Tal descaso não reflete apenas uma opção política do Poder Executivo, mas também uma violação das garantias constitucionais por parte de todos os entes públicos envolvidos, o que em longo prazo culminou com a transformação da penitenciária na popularmente chamada “escola do crime” e afastou do cárcere suas finalidades repressiva e ressocializadora, inicialmente programadas pela legislação.

A partir da aparente falência do sistema de penas privativas de liberdade e do princípio do direito penal mínimo, começaram a surgir legislações especiais com medidas despenalizadoras, como a Lei n. 9099/95¹², em seus artigos 74, 76 e 89 e a valorização das penas restritivas de direito em detrimento das privativas de liberdade.

Todavia, tais medidas têm limites legais de aplicação pelo tipo de crime cometido¹³, sendo ainda necessário buscar soluções para os casos dos presos já submetidos ao regime atual de pena privativa de liberdade e para os futuros condenados.

¹² _____. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 24 out. 2016, p. 10 e 12.

¹³SANTOS, op. cit., p. 593



2. ALTERNATIVAS À ATUAL FORMA DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, JÁ APLICADAS NO BRASIL

Na tentativa de recuperar a função ressocializadora da pena privativa de liberdade e retirar os presos das condições degradantes vividas em muitas penitenciárias, alguns Estados brasileiros estão experimentando novas formas de gestão do sistema penitenciário que merecem reflexão.

A opção mais ventilada ultimamente é a privatização dos presídios. Privatizar significa, em linhas gerais, diminuir o Estado, seja em relação ao fornecimento do serviço, bem como em relação ao seu custo.

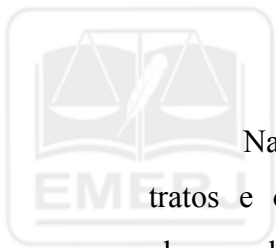
No Brasil, através da Lei n. 11.079 de 30/12/2004¹⁴, fundamentou-se a Parceria Público Privada (PPP), conceituada como contrato administrativo de concessão, na forma administrativa ou patrocinada, que regulamentou de forma mais precisa as contratações públicas.

No artigo 2º da Lei da PPP¹⁵, são apresentadas duas modalidades de contrato administrativo de concessão, um na forma patrocinada e outra na forma administrativa. A forma patrocinada autoriza que o parceiro cobre uma tarifa dos usuários do serviço prestado, além da contraprestação orçamentária do parceiro público. Já a forma administrativa não exige nenhuma tarifa do cidadão pelo uso do serviço, pois o parceiro privado presta o serviço e é remunerado direta e integralmente pela administração pública.

A PPP nos presídios se dá por concessão administrativa, sendo o Estado responsável pelo repasse financeiro do parceiro. No Brasil, ao todo sete Estados fizeram experiências em suas penitenciárias com diferentes graus de privatização. São eles, Paraná, Ceará, Bahia, Amazonas, Santa Catarina, Pernambuco e Minas Gerais, com 16 (dezesesseis) unidades prisionais com aproximadamente 9.000 (nove mil) detentos sob a administração de empresas privadas. Das experiências citadas, dois Estados já deixaram de operar no sistema, o Estado do Ceará, por proibição judicial de delegação do serviço essencial de segurança; e o Estado do Paraná, apesar de pioneiro no tema, abandonou a experiência por determinação política do Governador em 2005.

¹⁴BRASIL. *Lei de Licitação e Contratação de Parceria Público-privada no âmbito da Administração Pública*. Lei n. 11079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

¹⁵ Ibidem. p. 1.



Na prática, alguns presídios privatizados mantiveram os mesmos problemas de maus tratos e omissões vivenciados na gestão pública, como no Amazonas. Já outros vêm alcançando seus objetivos, mas possuem número reduzidos de presos e apenas aqueles com bom comportamento, como em Santa Catarina¹⁶ e no Espírito Santo.

Nota-se que a privatização é uma opção muito complexa e que divide opiniões de técnicos e da população e por isso demanda um cuidado especial em sua implementação, mas não é uma hipótese descartável.

Seria uma ideia ponderada para privatização dividir os elementos que compõem a gestão penitenciária, mantendo o serviço essencial de segurança interna no controle do Estado e repassando para o parceiro privado as demais funções administrativas, a fim de buscar maior eficiência na função ressocializadora da pena, sem agredir a soberania do poder público e com limites de ocupação bem definidos para evitar pelo objetivo lucrativo que o mercado privado pode implantar na execução penal, se contrapondo ao direito penal mínimo.

A privatização parcial pode ser feita por PPP na forma administrativa ou por contratos de Cogestão, de âmbito federal ou estadual, passando para a responsabilidade do parceiro privado algumas obrigações acessórias a segurança, como: a implementação de um sistema nacional informatizado de cadastro da situação do preso, devidamente identificado por datas e nome; a divisão de unidades prisionais de acordo com a periculosidade do crime; a formação técnica e reciclagem permanente dos agentes penitenciários, manutenção da higiene, alimentação e lazer dos detentos; dentro das unidades prisionais; assistência média e jurídica permanente e acesso ao trabalho remunerado.

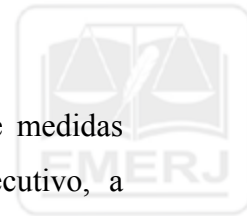
São medidas administrativas, que podem ser implementadas de forma gradual e planejada nos presídios em atividade, mesmo com a atual superlotação. O primeiro passo sem dúvida é a implementação do sistema informatizado para registro da situação do preso com indicação do tempo de condenação e datas de benefícios, a fim de evitar principalmente a manutenção indevida do preso no cárcere, em complemento aos avanços eletrônicos previstos na LEP¹⁷ e suas alterações.

Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em pesquisa inédita sobre a população carcerária do país divulgada em 2014, 32% dos presos são provisórios¹⁸.

¹⁶Agência TCE/SC. *TCE/SC Faz Radiografia do Sistema Prisional Catarinense*. Postado em 10/12/2014. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/acom-intranet/noticia/23413/tcesc-faz-radiografia-do-sistema-prisional-catarinense>>. Acesso em 25 out.2016.

¹⁷Brasil. *Lei de Execução Penal*. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

¹⁸MONTENEGRO, Manuel. *Agência CNJ de notícias*. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 24 out. 2016.



Muitos destes sem amparo jurídico. Esta realidade só confirma a necessidade de medidas conjuntas dos órgãos públicos para solução do problema, como o Poder Executivo, a Defensoria Pública, o Poder Judiciário e os demais que atuam junto a população encarcerada.

Vale lembrar que mesmo diante da atual superlotação, não parecem úteis as propostas de construção de novos presídios, pois o ideal de uma sociedade em desenvolvimento é atuar de forma a reduzir seus índices de criminalidade, logo a construção de novas unidades penitenciárias representaria apenas uma medida emergencial e não uma verdadeira reforma do sistema.

Entretanto, isso não significa que os presos já encarcerados não tem alternativa para a superlotação. Há ideias inovadoras para solução também da superlotação, sem construção de novas penitenciárias.

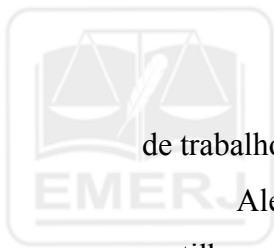
Em 2009 o CNJ através da Resolução n. 96 de 27/10/2009 implementou o Projeto Começar de Novo¹⁹ em parceria com todos os Tribunais de Justiça do Brasil, com a finalidade de criação de programas de capacitação profissional e reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas, através de um portal de oportunidades disponível na internet para empresas indicarem propostas de cursos, trabalho, bolsas e estágio.

Além disso, o CNJ concede as empresas parceiras um selo do programa e determina a fiscalização da implementação do programa nos presídios, pelos Tribunais Estaduais, facilitando o acesso aos beneficiários.

No mesmo sentido da iniciativa do CNJ, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) criou em 2011 o Projetos Novos Rumos²⁰, que possui cinco frentes de atuação: o Grupo de Cooperação Judicial (GCJ), que busca a efetividade da Justiça criminal no Estado, com análise do andamento dos processos para evitar atrasos; a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) como política pública para o cumprimento das penas privativas de liberdade de forma humanizada visando a ressocialização real; o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ); o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas e de Segurança (GMF); e o Projeto Começar de Novo (PCN), do Conselho CNJ, para colocação profissional de condenados e egressos do sistema prisional no mercado

¹⁹MENDES, Gilmar. *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução n. 96 de 27 de outubro de 2009. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_96_27102009_10102012194748.pdf> Acesso em: 24 out. 2016.

²⁰Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Programa novos Rumos, 2011*. Disponível em: <<http://ftp.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/novos-rumos/>>. Acesso em: 24 out. 2016.



de trabalho.

Além da criação do Projeto Novos Rumos o TJ-MG disponibiliza em seu site uma cartilha com toda explicação do projeto e como implementá-lo²¹, facilitando a disseminação da ideia para outros Estados interessados.

Considerando o tema deste trabalho, o método de cumprimento da pena privativa de liberdade formulado pelas APAC's é uma lição real e digna de como é possível recuperar o sistema penitenciário brasileiro e seus condenados, dentro das garantias constitucionalmente previstas, ainda que de forma gradativa.

Segundo informações do site do TJ-MG as APAC's são pessoas jurídicas de direito privado que administram centros de reintegração social de presos. Possuem custo aproximado de 1/3 do sistema penitenciário comum e tem índice de reincidência de 15%, enquanto o sistema comum registra cerca de 70%.²²

O Projeto Novos Rumos do TJ-MG é um bom modelo de mudança, que merece atenção dos demais Estados da Federação para debates sobre sua viabilidade em outros locais, posto que já possui mais de cinco anos de funcionamento e tem apresentado resultados eficientes em relação a humanização da pena e eficiência do direito penal, inclusive com prêmios que ratificam o valor social desta iniciativa.²³

Apresentadas as opções de mudança na forma de cumprimento das penas privativas de liberdade, já implementadas no Brasil, não se justifica mais o discurso de falência do sistema penitenciário brasileiro, tampouco se justifica a inércia do poder público frente a este problema social das condições sub-humanas do cárcere, pois suas consequências já deixaram de atingir apenas o condenado, como veremos no próximo capítulo.

²¹Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Programa novos Rumos, 2011*. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/cartilha_apac.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

²²Idem. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/cartilha_apac.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016, p.17 a 20.

²³Ibidem., p. 23.

3. O RE 580252-MS E A RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO DE ADMINISTRAR AS OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO

Nos capítulos anteriores restou esclarecido que o sistema penitenciário brasileiro vive uma saturação que tem levado a violações de garantias constitucionais do preso e que o Estado, em especial o Poder Executivo, tem se mantido inerte a este problema.

A ausência de políticas públicas planejadas para manutenção digna do sistema penitenciário tem origem precipuamente financeira. Historicamente o Estado vê o preso como um transgressor de normas que além de não produzir, lhe gera despesa.

Analisada isoladamente esta posição não é falsa. Porém os presos e as penitenciárias que os abrigam, não são tão isolados da sociedade, como aparenta a visão histórica do Estado.

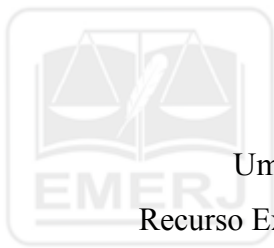
Um cidadão que cometeu um crime é um transgressor das normas sociais, mas para ele existe um limite de punição fixado pela lei e pela sua sentença. Não é admissível que o Estado transgrida suas normas e se omita em relação as garantias que o próprio criou, quando executa a sanção de um condenado, sob pena de retorno aos tempos da lei de talião.

O cárcere mal administrado reflete exatamente o oposto da função para a qual foi criado e transforma seus habitantes em excluídos sociais. As condições físicas e morais degradantes só criam maior humilhação, revolta e segregação social.

Apesar de repudiarmos no texto constitucional as penas de morte, de caráter definitivo e cruéis, são tratamentos cruéis os dispensados aos detentos. Mas não seria um contra-senso o tratamento desumano aplicado a um condenado que em determinado tempo retornará a sociedade?

Possivelmente esta pergunta era irrelevante quando não eram tão organizadas as facções criminosas, quando a população carcerária não era tão numerosa ou quando a tecnologia ainda não facilitava a comunicação e acesso a informações. Porém estas premissas não existem mais. E o que vemos é a multiplicação de uma cultura de violência alimentada em parte pelo próprio Estado.

Na sociedade moderna, com acesso quase irrestrito a informação, não é mais tolerável o descaso do Estado com o sistema penitenciário e seus presos. Ainda que as diretrizes constitucionais e o constante aumento da violência no país não bastem para acordar o Poder Executivo, estão surgindo demandas judiciais de pessoas que passaram pelo encarceramento, com pedidos indenizatórios pelos danos morais sofridos nas penitenciárias pelas condições sub-humanas que foram submetidos quando estavam sob responsabilidade do Estado.



Uma ação em especial chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2008, por Recurso Extraordinário (RE) n. 580252 de Mato Grosso do Sul, por violação do artigo 37, §6º da CRFB/88 devido a superpopulação carcerária²⁴.

Trata-se de mais um caso que, apesar da separação de poderes, o Poder Judiciário, por meio de seu órgão máximo, terá que ponderar de forma jurídica e política, como punir a omissão do Poder Executivo.

No caso concreto o Procurador de Mato Grosso do Sul, em sustentação oral no STF na sessão do Plenário de 03/12/2014, apesar de reconhecer as más condições do presídio de Corumbá, alegou que o pagamento de indenização não seria razoável, pois comprometeria recursos que deveriam ser utilizados no próprio sistema penitenciário.

Em raciocínio automático, diante da demanda, o Relator Ministro Teori Zavascki ressaltou a necessidade de políticas públicas para redução das violações à dignidade dos presos e afirmou que as violações já praticadas não podem ficar impunes sob pena de perpetuar a situação desumana dos presídios²⁵.

Após leitura do voto do relator o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista para analisar o caso. Em nova sessão de julgamento, no dia 06/05/2015 o Ministro L.R.Barroso sugeriu como tese de Repercussão Geral que os danos causados sejam punidos, mas não com valores pecuniários e sim com remição de pena, sendo remido 1 dia de pena para cada 3 a 7 dias cumpridos em condições atentatórias à dignidade.

Após a leitura do voto-vista a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos. No dia 06/06/2016 a Ministra devolveu os autos, mas ainda não houve divulgação oficial de seu voto²⁶.

Em que pese ainda pendente de julgamento, o breve resumo do RE supracitado deixa evidente a inutilidade de qualquer decisão judicial, para a solução do problema. E ainda expõe o Poder Judiciário a demandas mirabolantes para as quais a única solução efetiva seria o compromisso do Poder Executivo de elaborar políticas públicas para o sistema penitenciário.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. *Andamento Processual RE 580252*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 25 out. 2016.

²⁵ _____. *Suspensão julgamento sobre responsabilidade civil do Estado por superpopulação carcerária*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idconteudo=281163&caixaBusca=N>>. Acesso em 14 mai. 2016.

²⁶ _____. *Andamento Processual RE 580252*. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 25 out. 2016.

CONCLUSÃO

De acordo com a atual Constituição Federal, no bojo seu artigo 5º e suas diretrizes criminais, todo cidadão goza da presunção de inocência e caso seja submetido à condenação criminal o Estado deve lhe garantir uma pena adequada a sua ação, cumprida nos termos da lei, com preservação de sua integridade física e moral.

O Código Penal cumpre seu papel de norma infraconstitucional e delimita os bens jurídicos que tutela, os limites de pena para cada ação atentatória e as possibilidades de benefícios ou agravamentos da pena para cada caso. Logo é um instrumento de individualização da pena do condenado.

O Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais determinam a legalidade do processo capaz de condenar um indivíduo e as normas para cumprimento de sua pena, ratificando as garantias constitucionais quanto a responsabilidade do Estado pela assistência do preso e a garantia de todos os seus direitos não atingidos pela sentença, a fim de prevenir o crime e orientar seu retorno à sociedade.

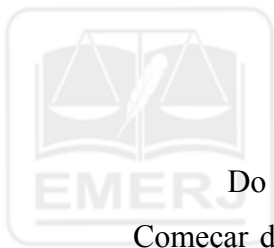
Estes diplomas normativos identificam o caminho legal e digno para exercício do poder punitivo do Estado no seio de um Estado Democrático de Direitos.

Contudo, a realidade da execução das penas privativas de liberdade se afasta em muito do ideal planejado. A superlotação dos presídios e o abandono do poder público, geram realidades desumanas para grande parte dos encarcerados e vem representando a cada dia o aumento da violência dentro e fora dos presídios e conseqüentemente a dificuldade de controle desta violência pelo poder público.

Alguns Estados brasileiros já identificaram a necessidade do poder público agir dentro das penitenciárias para efetivar a função ressocializadora da pena e frear o crescimento de indivíduos excluídos e em constante conflito com a sociedade.

De Estados como Santa Catarina e Espírito Santo surgiram promissores privatizações parciais de presídios, por meio de contratos de cogestão, que apesar de ainda não ter solucionado o problema carcerário dos Estados, vem apresentando resultados mais efetivos que as penitenciárias de gestão integralmente pública, no tratamento dos presos.

Do Estado de Minas Gerais surgiu o Projeto Novos Rumos, com criação das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados que viabiliza uma nova forma de cumprimento das penas privativas de liberdade, com humanização da pena para a ressocialização efetiva.



Do Conselho Nacional de Justiça, além de muitas outras medidas, surgiu o Projeto Começar de Novo, em parceria com todos os Tribunais de Justiça do país, com objetivo de viabilizar a formação e emprego de presos e egressos do sistema carcerário, lhes garantindo a dignidade do trabalho e melhores condições de vida após o cárcere.

A partir destes exemplos, que são viáveis e não meras elucubrações distantes da realidade, se pretendeu demonstrar que apesar da flagrante crise, o sistema penitenciário tem solução e é a partir de uma nova gestão penitenciária que o país vai conseguir controlar melhor a expansão desordenada da violência atual.

Ao final foi elencado por meio de um Recurso Extraordinário, sobre a responsabilidade civil do Estado por superpopulação carcerária, as dificuldades que o Poder Judiciário enfrenta para julgar casos de omissão de políticas públicas pelo Poder Executivo, posto que qualquer posição ali alcançada não será capaz de solucionar o real problema da falta de políticas públicas.

Em síntese esta pesquisa aspirava demonstrar a parcela de responsabilidade do Estado, especialmente do Poder Executivo, em relação à crescente onda de violência experimentada em todo país. Identificar que o abandono do transgressor como um excluído social só coloca a sociedade cada vez mais na condição de sua inimiga. Comprovar que a origem da violência está também nas condições sub-humanas de tratamento dos presos. Evidenciar que o sistema penitenciário brasileiro tem solução e que algumas práticas já são implementadas com sucesso no Brasil. E por fim demonstrar que a ausência de políticas públicas gera desdobramentos negativos para também para o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

Agência TCE/SC. *TCE/SC Faz Radiografia do Sistema Prisional Catarinense*. Postado em 10/12/2014. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/acom-intranet/noticia/23413/tcesc-faz-radiografia-do-sistema-prisional-catarinense>>. Acesso em 25 out.2016.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, Marcelo Uzeda de. *Execução Penal* – Coleção Leis Especiais para Concursos. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOURENÇO, Iolando. RICHARD, Ivan. *As conquistas sociais e econômicas da Constituição Cidadã*. EBC, out. 2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-04/conquistas-sociais-e-economicas-da-constituicao-cidada>>. Acesso em: 24 out. 2016.

MENDES, Gilmar. *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução n. 96 de 27 de outubro de 2009. Disponível em <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_962710200910102012194748.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

MONTENEGRO, Manuel. Agência CNJ de notícias. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 24 out. 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*. 4. ed. rev., atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2007

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Supremo Tribunal Federal. *As Constituições do Brasil!* Brasília, Out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>>. Acesso em: 24 out. 2016.

Supremo Tribunal Federal. *Andamento Processual RE 580252*. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 25 out. 2016.



_____. *Suspensão julgamento sobre responsabilidade civil do Estado por superpopulação carcerária*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia_Detalhe.asp?idconteudo=281163&caixaBusca=N>. Acesso em 14 mai. 2016.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Programa novos Rumos, 2011*. Disponível em: <http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/cartilha_apac.pdf> Acesso em: 24 out. 2016.

IMPACTOS SOCIAIS E EFEITOS RESSOCIALIZADORES DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Pedro de Caux Lasneaux

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: Este trabalho trata do sistema de medidas socioeducativas no Brasil e tem como limitação temática a busca de respostas pela necessidade de uma redução da maioridade penal. É dividido em três tópicos. No primeiro deles é feito um histórico do direito da criança e do adolescente no Brasil, assim como um paralelo do sistema atual, regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com os demais sistemas encontrados nos diferentes estatutos menoristas do Mundo. No segundo, há uma prospecção de dados para saber se o regime de medidas socioeducativas do Estatuto tem alcançado o seu objetivo, qual seja, a ressocialização dos menores infratores, sendo, basicamente, uma grande análise de pesquisas e estatísticas de crimes cometidos por menores no Brasil, assim como dos dados fornecidos por instituições de apoio ao menor e órgãos oficiais. Por fim, no último tópico são abordados os argumentos favoráveis e contrários a redução da idade mínima de imputabilidade penal, sendo analisada a necessidade dessa reforma legislativa e constitucional que divide opiniões na sociedade civil brasileira.

Palavras-chaves: Direito Penal. Direito da Criança e Adolescente. Criminologia. Sociologia

Sumário: Introdução. 1- Sistema de medidas socioeducativas no Brasil e no direito comparado. 2- A eficácia das medidas no Brasil. 3- Da necessidade de redução da idade mínima de Imputabilidade Penal. Conclusão. Referências.



Diante dos extensos debates no Congresso Nacional e na sociedade civil nos últimos anos acerca da redução ou não da redução da idade mínima de imputabilidade penal de dezoito para dezesseis anos, vem sendo questionada a eficácia do sistema disciplinar pátrio voltado para menores.

Esse sistema presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, bastante elogiado pela doutrina pátria a época de sua edição em 1990, foi considerado um marco histórico e legislativo no país.

Comparado aos sistemas adotados nos demais países, parece ser mais adequado para acolher o menor e reinseri-lo na sociedade, oferecendo assistência profissional, educacional e tendo como principal objetivo a sua proteção integral. Esse fato será explorado no primeiro capítulo, onde se desenvolverá um histórico legislativo brasileiro, assim como será feita a referida comparação com os demais modelos disciplinares para menores encontrados no mundo.

Entretanto, o aumento de índices de criminalidade no país ensejou uma série de questionamentos sobre a eficácia da aplicação dessas medidas aos menores. Isso levou a uma série de pesquisas por parte dos órgãos oficiais e dos institutos que auxiliam na execução das medidas socioeducativas para provar ou não a eficácia do sistema previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. A essas pesquisas e dados se dedicará o segundo capítulo.

O terceiro capítulo destina-se a responder a seguinte questão: é necessária uma redução idade mínima de imputabilidade penal no Brasil? Aqui será desenvolvida uma análise jurídica sobre o tema, tendo como fonte as principais correntes criminológicas modernas que tem como arcabouço teórico uma visão mais crítica do Direito Penal.

1 – SISTEMA DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Em primeiro lugar, importa estabelecer um breve histórico acerca do tratamento legislativo dado ao menor infrator no Brasil até o Estatuto da Criança e do Adolescente. O mesmo começou tardiamente, já na primeira república: durante o período colonial e o império pouco se importava com o bem estar dos menores, vide a prática

institucionalizada da roda dos expostos e, conseqüentemente, do abandono de crianças indesejadas pelos pais, atribuindo a lei às Casas de Misericórdia o dever de dar assistência as crianças abandonadas¹, não havendo qualquer base jurídico-normativa acerca das infrações penais cometidas pelos menores, uma vez que apenas buscava medidas paliativas para solucionar a questão dos menores abandonados.

Apenas em 1927 foi promulgado o Código de Menores, cujo principal objetivo adequar o menor infrator às regras que regiam a sociedade. Influenciada pelo espírito positivista e determinista do pensamento criminológico desenvolvido por Cesare Lombroso², a lei em questão criava instituições disciplinares que conferiam ao menor um tratamento similar ao de presidiários, visando não apenas a excluir os menores sob sua guarda das ruas e do convívio social, mas igualmente torná-los política e economicamente produtivos, de forma que seguissem as regras morais da sociedade³. Apesar desses aspectos, a referida lei não deixou de ser um avanço no tratamento de crianças e adolescentes no país.

Com o passar do tempo, desenvolveu-se, principalmente no poder judiciário, um pensamento crítico ao Código de Menores chamado por muitos de Escola Menorista⁴, que desenvolveu a Doutrina do Direito do Menor e influenciou na criação da Funabem (Fundação Nacional do Bem-Estar) em 1964. O objetivo desse órgão, já regido pela Doutrina da Segurança Nacional do governo dos militares; era retirar os menores do meio nocivo em que viviam, ou seja, responsabilizava diretamente a família pelos atos infracionais por eles praticados, apenando-a com a perda do pátrio poder, de forma a colocar o menor sob a custódia do Estado⁵, dando-lhe a assistência necessária para reinseri-lo na sociedade posteriormente.

No entanto, o papel de natureza assistencial do Estado não atingiu os objetivos pretendidos, o que levou a uma nova onda de simples aplicação de medidas disciplinares aos menores em nome da ordem e da segurança. O Estado passou a ter como único objetivo a retirada dos menores das ruas, sem oferecer o suporte educacional necessário para que os mesmos fossem reintegrados a sociedade de maneira plena como sujeito de direitos.

¹ LIMA, J. D. A.; MINADEO, R. *Ressocialização de Menores Infratores: considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação*. Revista Liberdades, São Paulo, SP, v. 10, 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/12/artigo3.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

² Ibid.

³ MARTINS, Daniele Comin. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a política de atendimento a partir de uma perspectiva sócio-jurídica*. Revista de Iniciação Científica da FFC, v. 4, n. 1, 2004. Disponível em: <www.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/view>. Acesso em: 02 abr. 2016.

⁴ LIMA, J. D. A.; MINADEO, R. op. cit., p. 3

⁵ Ibid.



O caráter repressor dos novos órgãos estatais influenciou o Código de Menores de 1979, que, não apresentou inovações no campo das políticas públicas de tratamento ao menor se comparado ao Código de 1927⁶, o que levou a questionamentos por parte de estudiosos das ciências sociais, que, cada vez mais, buscavam debater seriamente a assim chamada delinquência juvenil.

Logo, o tratamento oficial dado aos menores mostrou-se inadequado para a realidade social, pois ignorava fatores criminógenos complexos que existiam, a exemplo de desagregação familiar, quadros de miséria, desigualdade econômica, altos índices de analfabetismo, dentre outros⁷. A solução que foi por eles apresentada foi no sentido de se criarem meios comunitários para ajudar os menores infratores. A grande conclusão a que se chegou foi no sentido de que o tratamento dado ao menor era insuficiente para trazer mudanças profundas ao status do mesmo e pouco se preocupava, realmente, em reinseri-lo na sociedade⁸. Com em tais estudos sociológicos, os referidos acadêmicos lograram uma redefinição dos paradigmas basilares da proteção da criança e do adolescente.

A redemocratização, por seu turno, conferiu novo papel a organizações da sociedade civil; que passaram a questionar de forma mais incisiva as falhas da atuação estatal na questão menorista, de forma a evidenciar a total falência do sistema criado. Com o advento da Constituição de 1988 e os novos direitos fundamentais por ela encampados, aumentou-se a pressão para um tratamento mais humanitário aos menores que culminou com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Esse, em seu art. 103⁹, define o que é o ato infracional em consonância com o previsto no art. 228¹⁰ da Constituição Federal; reafirmando, portanto, a inimputabilidade penal das pessoas com idade inferior dezoito anos e sujeitando-os às medidas por ele previstas. Dessa forma, se restringe o poder de polícia, limitando-o formal e materialmente às opções políticas tomadas por efeito do alinhamento nacional a tratados

⁶ Ibid.

⁷ GESKE, Marcela. *Imputabilidade do adolescente no direito penal*. Revista da ESMESC, v. 14, n. 20, 2007. Disponível em: <www.esmesc.com.br/upload/arquivos/3-1247227699.PDF>. Acesso em: 02 abr. 2016.

⁸ GEBELUKA, Rosmeri Aparecida Dalazoana. *Configuração e atribuições do Conselho Tutelar e sua expressão na realidade pontagrossense*. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Ponta Grossa. Disponível em: <www.bicen-tede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=272>. Acesso em: 02 abr. 2016.

⁹ BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

internacionais dos Direitos Humanos, em especial a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU (1959)¹¹.

Verifica-se, portanto, que tanto a criança quanto o adolescente podem cometer ações conflitantes com a lei, definidos como atos infracionais; tendo, no entanto, tratamento diverso entre uns e outros: as crianças estarão submetidas as medidas específicas de proteção do art. 101 do Estatuto¹²; e os adolescentes as medidas sócioeducativas previstas no art. 112¹³. Além disso, estabelece um sistema processual próprio a partir de seu art. 152¹⁴, garantindo não só a ampla defesa e assistência do menor, mas igualmente a plena participação da família e do Ministério Público, e a intervenção de órgãos de assistência e acompanhamento psicológico e pedagógico cuja função precípua.

Antes de iniciar a análise analisada a eficácia desse sistema, se mostra necessário um breve estudo de direito comparado de forma a demonstrar se o sistema brasileiro adotado segue a tendência legislativa global ou se desenvolveu algo inteiramente novo.

Destarte, deve-se ter em mente que não existe um sistema acerca da idade em que se considera a imputabilidade do agente, sendo a tendência em boa parte dos países do mundo a de estabelecer em dezoito anos esse termo, tendência essa seguida pelo ordenamento pátrio.

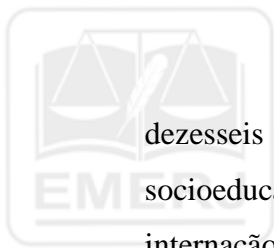
Em Portugal, a legislação sobre o tema é bem recente, datando de 1999, a Lei Tutelar Educativa ou nº 166 de 1999, estabelecendo a imputabilidade penal em

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Princípio 2. A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹² BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses do art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I- encaminhamento aos pais e responsáveis, mediante termo de responsabilidade; II- orientação, apoio e acompanhamento temporários; III- matrículas e frequência obrigatórios em estabelecimento de ensino oficial; IV- inclusão em programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; V- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico; VI- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio a alcoólatras e toxicomaníacos; VII- acolhimento institucional; VIII- inclusão em programa de acolhimento familiar; IX- colocação em família substituta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹³ BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I- advertência; II- obrigação de reparar o dano; III- prestação de serviços à comunidade; IV- liberdade assistida; V- internação do regime de semi-liberdade; VI- internação em estabelecimento educacional; VII- qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente. Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069>. Acesso em: 02 abr. 2012.



dezesseis anos¹⁵. O menor entre doze e dezesseis anos é submetido à medidas socioeducativas similares ao Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como internação, reparação dos danos da vítima e prestação de serviços comunitários¹⁶.

Já na Espanha, cujo Código Penal fixa a idade de imputabilidade penal em dezoito anos¹⁷, a Lei Orgânica nº5 de 2000 determinou que os menores que cometerem crimes estarão submetidos aos anos às medidas institucionais previstas em lei; podendo ser elas não-privativas de liberdade, com aplicação de advertência, realização de tarefas socioeducativas, prestação de serviço à comunidade, convivência com uma família ou grupo educativo; e privativas de liberdade, a exemplo da detenção ao final de semana, tratamento ambulatorio e medidas institucionais com internação¹⁸.

Insta salientar que esse sistema de medidas diferenciadas também é aplicado em países como Argentina, Holanda, Alemanha, México e Itália, sendo, talvez, aquele que mais prevalece no mundo.

Quanto ao regime austríaco, que balizou idade de imputabilidade penal em quatorze anos¹⁹, segue explicação de Salomão Shecaira²⁰:

¹⁵ PORTUGAL. Lei Tutelar Educativa. Art. 1º. A prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa em conformidade com as disposições da presente lei. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁶ PORTUGAL. Lei Tutelar Educativa. Art. 4º. 1 – São medidas tutelares: a) A admoestação; b) A privação do direito de conduzir ciclomoteres ou de obter permissão para conduzir ciclomoteres; c) A reparação ao ofendido; d) A realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade; e) A imposição de regras de conduta; f) A imposição de obrigações; g) A frequência de programas formativos; h) O acompanhamento educativo; i) O internamento em centro educativo. 2 - Considera-se medida institucional a prevista na alínea i) do número anterior e não institucionais as restantes. 3 - A medida de internamento em centro educativo aplica-se segundo um dos seguintes regimes de execução: a) Regime aberto; b) Regime semiaberto; c) Regime fechado. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁷ ESPANHA. Código Penal. Art. 19. Os menores de dezoito anos não serão responsáveis penalmente na forma desse Código. Quando um menor cometer um delito poderá ser responsabilizado com base na lei que regule a responsabilidade penal do menor. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>>, acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁸ ESPANHA. Lei Orgânica nº 5 de 2000. Art. 7º. 1. As medidas que se podem impor aos menores são: a) Internação em regime fechado. b) Internação em regime semi-aberto. c) Internação em regime aberto. d) Internação terapêutica. e) Tratamento Ambulatorial. f) Assistência a um centro comunitário durante o dia. g) Permanência em centro comunitário aos fins de semana. h) Liberdade Vigada. i) Convivência com outra pessoa, família ou grupo educativo. j) Prestação de serviços comunitários. l) realização de tarefas sócioeducativas. j) Advertência. m) Suspensão da licença para dirigir veículos automotores ou ciclomoteres. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-641>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

¹⁹ ÁUSTRIA. Código Direito Juvenil de 1988. § 1º. Na acepção da presente lei federal é 1. Menor: aqueles que não possuem quatorze anos de idade; 2. Jovens: maiores de quatorze anos de idade, porém menores de 18 anos de idade; 3. Delito Juvenil: ato cometido por jovens passível de punição judicial; 4. Processo penal juvenil: um processo penal com fins de punir o jovem que cometeu o delito juvenil; 5. Jovens adultos: maiores de 18 anos, porém menores de 21 anos. Disponível em: <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000282>>, acesso em: 02 abr. 2016.

entre quatorze e dezoito anos, todos os infratores são submetidos ao sistema de justiça juvenil. Para os primeiros dois anos dessa idade (quatorze e quinze anos) as contravenções não serão punidas, somente os crimes. Para os autores de delitos entre quinze e dezesseis anos, as penas serão aplicadas em conformidade com as penas previstas no Código Penal, porém muito atenuadas. Elas se reduzem à metade em todos os casos, desaparecendo ou rebaixando o limite mínimo. Assim, quando o delito venha castigado com uma pena superior a dez anos e inferior a vinte, o menor terá uma pena de seis meses a dez anos.

Portanto, resta bem claro que o sistema austríaco prevê que sejam aplicadas as mesmas sanções penais dos penalmente imputáveis aos inimputáveis, entretanto, a pena aplicada ao menor necessariamente será mais branda. Modelo semelhante foi empregado na França, Reino Unido, Irlanda e Venezuela, apenas para citar alguns exemplos.

Já o modelo japonês é uma espécie de amalgama entre os anteriores citados. Lá, a imputabilidade penal se dá aos quatorze anos²¹. Caso cometa crime ainda inimputável, ou seja, até os quatorze anos, o menor será submetido a medidas protetivas²². Caso cometa crime em idade entre quatorze e dezesseis anos, será o menor julgado perante o juiz de família. Ele determinará, com base na gravidade do crime, a aplicação de medidas educativas ou de medidas criminais tradicionais, sendo estas últimas exceções nesse momento, uma vez que entende a lei japonesa que devem prevalecer medidas que busquem a educação do menor²³. Por fim, se maior de 16 anos, será ele julgado pelo juízo criminal, sendo tratado tal qual um criminoso comum, porém, terá direito a penas mitigadas em sistema similar modelo austríaco.

Por fim, existe o modelo americano, criado a partir de sucessivas intervenções da Suprema Corte que aproximaram o sistema de persecução penal de menores infratores aquele dos adultos²⁴; com medidas mais rigorosas que no restante do mundo. Hoje, na maioria dos estados da federação, os jovens com mais de 12 anos podem ser

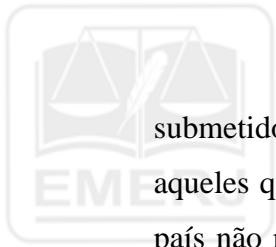
²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35-36.

²¹ JAPÃO. Código Penal. Art. 41. O ato de pessoa menor de quatorze anos de idade não é punível. Disponível em: <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

²² JAPÃO. Lei nº 168 de 1948. Art. 17 §1. O juiz de família poderá aplicar em decisão judicial medidas protetivas listadas nos seguintes itens, caso necessárias. i) colocar o menor sob observação e proteção de membro da vara de família. ii) encaminhar o menor para abrigo de menores. Disponível em: <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

²³ JAPÃO. Lei nº 168 de 1948. Art. 53 §3º. Observando as condições estabelecidas no art. 12, §2º do Código Penal ou no art. 13, §2º da mesma lei, a pena imputada a menor de dezesseis anos será de reclusão com ou sem trabalho que deverá ser executada em escola até que atinja dezesseis anos de idade. Nesse caso, a correção de natureza educacional deve ser aplicada ao jovem. Disponível em: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_footer/?vm=&re=02&id=1978>. Acesso em: 02 abr. 2016.

²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. In Re Gault 387 U.S. (1967). Relator: Ministro Earl Warren. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>>. Acesso em: 02 abr. 2016.



submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive a pena de morte para aqueles que tenham cometido crimes dolosos contra a vida. Cabe ainda salientar que o país não ratificou a Convenção das Nações Unidas para os Direitos da Criança²⁵, logo não tem o mesmo compromisso que o Brasil com a eliminação das penas desumanas ou degradantes aos menores infratores; sendo, portanto, um modelo completamente distinto de todos os demais exemplificados²⁶. Apesar das críticas que recebe, seja da própria Organização das Nações Unidas, seja de Organizações não governamentais, o referido modelo norte-americano foi exportado para outras nações, sendo aplicado na China, na Rússia e na Colômbia.

Portanto, conclui-se que o Brasil adota um modelo similar ao de muitos países, especialmente na América Latina e na Europa. Pode-se inferir, inclusive, que o modelo brasileiro foi uma inspiração para outros que surgiram em momentos posteriores, como o português. Não seria equivocado afirmar que o Brasil e o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990 estão na vanguarda dos sistemas de regulação dos atos infracionais de menores. No entanto, resta saber se essas medidas são eficazes ou não. A esse questionamento se destina o segundo capítulo.

2 – DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS NO BRASIL

O sentimento da população diante da aplicação das medidas socioeducativas, a partir de um perceptível crescimento nos índices de crimes cometidos por menores de dezoito anos, é um sentimento de impunidade: existe a crença de que as medidas socioeducativas não punem de maneira verdadeira os infratores da lei e que as instituições onde ocorre a internação são meros espaços criminógenos; compreensão

²⁵ Por mais que o governo dos Estados Unidos tenha assinado a Convenção em 1995, a ratificação do tratado deverá ser feita pelo Senado Federal na forma do art. 2º, seção 2, cláusula 2 da Constituição Americana; o que ainda não ocorreu.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos da Criança. Art. 37. Os Estados Partes garantem que: a) Nenhuma criança será submetida à tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A pena de morte e a prisão perpétua sem possibilidade de libertação não serão impostas à infrações cometidas por pessoas com menos de 18 anos. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2016.

essa reforçada por discursos de caráter sensacionalista veiculados na mídia tradicional que, em sua maioria, não tem qualquer embasamento técnico ou respaldo na realidade.

Por mais que os estudiosos, psicólogos, sociólogos e juristas insistam que o modelo pátrio de punição diferenciada voltada à educação e à capacitação do jovem é ideal para sujeitos de direito em desenvolvimento, sendo inclusive um modelo adotado em múltiplos ordenamentos jurídicos do mundo; tal discurso é atacado por argumentos embasados em crimes bárbaros cometidos por menores e na ausência de uma punição na forma do Direito Penal clássico, as tradicionais penas privativas de liberdade. No entanto, qual dos dois lados têm razão? As medidas socioeducativas têm cumprido o seu papel?

Ab initio, é necessário definir o perfil do menor infrator no Brasil. Segundo a última pesquisa de âmbito nacional realizada pelo Jornal Folha de São Paulo, o índice de menores de idade cumprindo a medida de internação no entre 2008 e 2013 teve crescimento na margem 38%, um número expressivo e bem próximo ao de imputáveis cumprindo a pena de prisão no mesmo período, sendo esse de 42%. Quanto aos crimes cometidos, a mesma pesquisa apontou que a maior parte dos menores submetidos à referida medida cometeu o crime de roubo, representando 40% dos menores internados, ou praticou condutas ligadas ao tráfico de drogas, representando 23,5% dos menores internados; não ultrapassando os demais crimes cometidos a margem de 9% ²⁷.

Uma análise mais detalhada dos dados demonstra que o aumento da criminalidade entre os jovens está intrinsecamente ligado a ganhos patrimoniais, e, portanto, à desigualdade social e econômica que existe no Brasil. O jovem acaba por ver na prática de crimes patrimoniais, e, principalmente, na cultura do tráfico de drogas, normalmente organizado em estruturas hierárquicas bem definidas; ganhos financeiros que lhes conferem status social nas comunidades pobres onde normalmente vivem e uma verdadeira melhoria em sua qualidade de vida. O quadro descrito é agravado por outras circunstâncias sociais, como: a educação pública de baixa qualidade, a falta de perspectiva de qualificação profissional, a falta de oportunidade no mercado formal de trabalho, a política de baixos salários para aqueles que não apresentam qualificação; dentre outros fatores. A medida socioeducativa, portanto, surgiria como grande solução para esses problemas, graças a sua função precípua de promover educação formal e qualificação profissional do menor infrator.

²⁷ COISSI, Juliana. *Apreensão de menores chega cresce 38% em 5 anos; número chega a 23 mil*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616282-apreensao-de-menores-cresce-38-em-5-anos-numero-chega-a-23-mil.shtml>>. Acesso em: 22 ago. 2016.



No entanto, a pergunta inicial persiste: o sistema disciplinar do Estatuto da Criança e do Adolescente cumpre seu papel?

O único estudo detalhado nesse sentido foi realizado em 2015, pela Fundação Casa, órgão responsável pela execução de medidas socioeducativas no Estado de São Paulo, o Estado da federação com maior número de menores internados e com o melhor sistema de acolhimento de jovens segundo o Conselho Nacional de Justiça²⁸. Nos termos do estudo, o percentual de jovens internados reincidentes gira em torno de 15%²⁹, estatística bem abaixo da obtida no estudo anterior, em 2006, quando o percentual chegava a casa dos 29%³⁰. O estudo ainda reforça o fato de o percentual colhido ser irrisório quando comparado ao índice de reincidência de imputáveis cumprindo pena prisão, cuja percentual chega a índices de 70%³¹.

Segundo os referidos dados levantados, resta evidente que a medida socioeducativa de internação cumpre os fins a que foi criada, evitando com que os jovens que a ela foram submetidos retornem a praticar crimes; especialmente se comparados com os índices de imputáveis submetidos às penas privativas de liberdade; demonstrando a eficácia social e fática dessas medidas; sendo melhores, inclusive, que as penas tradicionais previstas no nosso sistema penal pátrio.

No entanto, o referido estudo não é perfeito, tendo dois problemas nodais. O primeiro deles é que o Ministério Público do Estado de São Paulo apresenta dados em total dissonância com os apresentados. Segundo relatório do órgão³², os abrigos mantidos pela Fundação Casa estão superlotados, o que resulta em internações de curto prazo, portanto, internações incapazes de satisfazer os fins ressocializadores da medida de internação; sendo recorrente a liberação de menores após internações de períodos curtos: o percentual de jovens liberados antes de completarem um ano de internação a

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório do Programa Justiça ao Jovem no Estado de São Paulo. Brasília, 2012. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/relatorio_justica_ao_jovem_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

²⁹ PASSOS, João Paulo Apolinário. *Será que devemos reduzir a maioria penal?*. Disponível em: <<http://mercadopopular.org/2015/04/sera-que-devemos-reduzir-a-maioridade-penal/>> Acesso em: 22 ago. 2016.

³⁰ Entrevista com Berenice Maria Gianella concedida à TV Record. Disponível na internet via: <<http://noticias.r7.com/record-news/jornal-da-record-news/videos/indice-de-reincidencia-de-jovens-infratores-cai-de-29-para-15-de-2006-ate-o-momento-15102015>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³¹ PASSOS, João Paulo Apolinário. ob. cit.

³² MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO SÃO PAULO. Relatório da Promotoria Da Infância e Juventude sobre a Execução de Medidas Socioeducativas. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2586651.PDF>. Acesso em: 22 ago. 2016.

casa de 90%³³. O relatório ainda aponta um estudo sobre reincidência com os seguintes resultados: 34% dos flagrantes de ato infracional envolvem menores que já tiveram alguma passagem pela polícia; enquanto que 50% dos jovens internados e posteriormente liberados voltam a cometer algum ato infracional³⁴. A opinião do Órgão ao fim do relatório é de que a Fundação Casa apresentou apenas um índice de reiteração de aplicação da medida de internação, não levando em conta índices reincidência real, que levam em consideração a aplicação de outras medidas socioeducativas, sendo o segundo problema do estudo desenvolvido pela referida fundação, uma vez que ela não exerce qualquer supervisão sobre a execução destas, cabendo esse papel ao Poder Judiciário.

No que toca as demais medidas socioeducativas, o único estudo recente encontrado foi elaborado pelo Poder Judiciário do Estado do Ceará, datado de 2013, apontando índices de reincidência de menores submetidos a medidas em meio aberto na casa de 91%³⁵, portanto, contrariando os dados da fundação casa e mais próximos aos dados apresentados pelo Ministério Público de São Paulo.

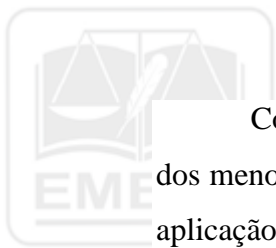
Diante da imprecisão dos dados e da ausência de pesquisas que abranjam todas as medidas socioeducativas em escala nacional, chega-se à conclusão que os resultados apresentados não fazem jus a realidade. Não se pode fazer, portanto, qualquer afirmação a respeito da eficácia das medidas socioeducativas. Porém, diante dos crimes que são preferencialmente praticados pelos jovens o sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente ainda é o mais adequado para provocar mudanças significativas na realidade brasileira. O desafio agora será debater a necessidade ou não de se realizar uma da idade mínima de imputabilidade penal no país, tema do próximo capítulo.

3-DA NECESSIDADE DE REDUÇÃO IDADE MÍNIMA DE IMPUTABILIDADE PENAL

³³ TRUFFI, Renan. *O que os dados da Fundação Casa dizem sobre a redução da maioridade penal*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-os-dados-da-fundacao-casa-dizem-sobre-maioridade-penal-9732.html>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³⁴ Ibid.

³⁵ FEITOSA, Márcia. *Reincidência de adolescentes que cumprem medidas chega a 91%*. Disponível na internet via: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/reincidencia-de-adolescentes-que-cumprem-medidas-chega-a-91-1.1023061>>. Acesso em: 22 ago 2016.



Como visto no capítulo anterior, muito se questiona sobre a suposta impunidade dos menores infratores, o que é respaldado pelos dados imprecisos acerca da eficácia da aplicação das medidas socioeducativas e da efetiva ressocialização do menor. Como visto, é evidente a origem social e econômica do comportamento criminoso de muitos jovens, o que reforça o discurso em defesa do sistema disciplinar menorista adotado no país, sendo esse considerado o melhor meio legal; uma vez que respeita a dignidade do adolescente. Assim, surge o polêmico debate a acerca da redução idade mínima da imputabilidade penal como forma de solucionar os conflitos e danos gerados pelos menores infratores. A grande questão aqui é qual das duas vertentes apresentadas deve prevalecer.

Segundo relatório da Secretaria da Organização das Nações Unidas no Brasil acerca das propostas de emenda constitucional que visam a redução da idade de imputabilidade penal mínima, o arcabouço normativo existente que disciplina a responsabilidade penal de crianças e adolescentes tem como princípio basilar a proteção desses últimos, não é um simples código de sanções a serem determinadas pelos juízes no momento do julgamento dos menores³⁶. Todavia, essa característica da lei não retira o caráter punitivo das medidas, sendo elas adequadas ao desenvolvimento psicofísico dos jovens, o que afasta o argumento de que não são medidas com natureza penal. Por fim, a opinião da Secretaria é no sentido de que uma possível redução da idade mínima de imputabilidade penal significa um verdadeiro retrocesso frente as normas de Direito Internacional, como se pode tirar do enxerto a seguir:

a redução da maioridade penal opera em sentido contrário à normativa internacional e às medidas necessárias para o fortalecimento das trajetórias de adolescentes e jovens, representando um retrocesso aos direitos humanos, à justiça social e ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Seguindo a linha argumentativa aqui apresentada, o sistema previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente é o mais adequado para crianças e jovens; que, apesar de seu quadro de inimputabilidade; ou seja, de não se submeterem as penas tradicionais inscritas no Código Penal, como se depreende da leitura do art. 27 do referido diploma normativo³⁷; não são eximidos de qualquer responsabilidade penal, em verdade estão submetidos a um sistema de normas mais de acordo com a doutrina da proteção integral que permeia o direito juvenil no Brasil.

³⁶ SECRETARIA DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Adolescência, juventude e redução da maioridade penal*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/06/Position-paper-Maioridade-penal-1.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016.

³⁷ BRASIL. Código Penal. Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

Valem aqui breves comentários sobre a referida doutrina, prevista essa no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁸. A ideia da proteção integral é consectário lógico do princípio do melhor interesse da criança, tendo sua origem em convenções e tratados internacionais de direito juvenil. A proteção integral funciona como um parâmetro para todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser sempre levado em consideração no momento da elaboração de leis, nas decisões judiciais, e na execução políticas públicas que busquem melhores condições para a criança e do adolescente, visando sempre atender às suas reais necessidades, garantir o seu bem-estar e permitir seu desenvolvimento adequado³⁹.

Portanto, o retorno à antiga legislação menorista que tratava os menores infratores como um mal a ser combatido; em substituição a uma legislação que visa compreender o menor como sujeito de direitos e que busca solucionar seus problemas a partir de um trabalho conjunto e multidisciplinar entre família, poder público e a comunidade é inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Por mais que o sistema atual tenha falhas, ele está dentro de um microsistema que visa, precipuamente, a melhoria nas condições de vida do menor; algo que o sistema carcerário comum, como a prática pode demonstrar, não possibilitaria.

Portanto, a conclusão plausível que é atingida nesse contra-argumento ao discurso de impunidade é de que o Brasil possui um sistema legal plenamente adequado ao menor.

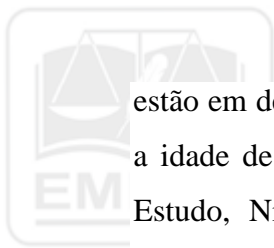
Outro argumento muito utilizado pelos defensores da redução da maioridade é o da maturidade dos adolescentes. Não é adequado afirmar que os jovens ignoram seus atos, ou que, no Mundo moderno, pautado por revoluções tecnológicas envolvendo acesso de informação quase que a cada dia, os mesmos não tenham qualquer conhecimento acerca do que é proibido ou permitido. No entanto, isso não pode ser tratado como sinônimo de desenvolvimento mental completo, de amadurecimento pleno.

Segundo recentes estudos no campo da neurociência⁴⁰, as partes do cérebro conectadas à capacidade de escolha de decisões e julgamento de certo e errado ainda

³⁸ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

³⁹ ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 24-25.

⁴⁰ MACKINTOSH, Nicholas. *Brain Waves Module 4: Neuroscience and the Law*. Londres: The Royal Society, Disponível em: <https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/projects/brain-waves/Brain-Waves-4.pdf> Acesso em: 05 set. 2016



estão em desenvolvimento ao longo da adolescência, tendo sua formação completa com a idade de vinte anos⁴¹. Segundo o neurocientista britânico responsável pelo referido Estudo, Nicholas Mackintosh, professor da Universidade de Cambridge, o córtex préfrontal, a região do cérebro responsável pelo julgamento e controle de impulsos, é a região cujo amadurecimento é mais lento, enquanto que a amígdalas cerebelosas e estruturas associadas, responsáveis pelos impulsos emocionais, já estão plenamente desenvolvidas no início da adolescência⁴². Portanto, o estudo neurocientífico aponta que o jovem não tem desenvolvimento mental equivalente ao de um adulto, logo, não pode ser dispensado a ele o mesmo tratamento penal.

Por fim, como apontado pela pesquisa sobre índices de criminalidade juvenil trazidas no segundo capítulo, se tornou corriqueira a prática de crimes por adolescentes, sendo os mais comuns os crimes contra o patrimônio.

Disso se depreende que o problema da criminalidade juvenil não está na falta de punição, mas sim nas desigualdades econômicas e sociais que definem a sociedade brasileira no séc. XXI. Muitos desses jovens vêm no crime a única saída da miséria que atinge milhares de famílias, o que, aliado à falta de educação pública de qualidade e a uma realidade familiar desagregadora, resultado da extrema pauperização que atinge a relação direta entre pais e filhos, sendo a base de ambientes sociais sem qualquer condição para um desenvolvimento adequado e digno dos menores.

O quadro descrito acima foi amplamente estudado pelos sociólogos e criminólogos americanos na metade do século XX, especialmente Edwin Sutherland e Albert Cohen, que desenvolveram a chamada Teoria das Subculturas Criminosas⁴³. Segundo a teoria, o crime nada mais é que o resultado de práticas sociais e morais aceitos no meio em que o agente social vive. Os membros de uma comunidade marginalizada, por não terem as mesmas oportunidades que os membros não-marginalizados, chamados de membros de cultura dominante, se vêem frustrados; por isso, acabando buscando meios mais fáceis ou não oficiais de obtenção de bens ou prestígio, sendo a prática criminosa o meio mais comum⁴⁴. Com o tempo, essas práticas se tornam normais aos olhos do grupo social ao qual pertence. Na realidade brasileira, o status daqueles que assumem posições de destaque na hierarquia das organizações criminosas do tráfico de drogas é um exemplo de subcultura criminosa.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan. 2008, p. 499-501.

⁴⁴ Ibid., p. 503-506.

Esse conceito sociológico descrito foi o início de um movimento de natureza crítica na criminologia e no Direito Penal; dado o fato de que a antiga ideia de prevenção geral negativa da pena foi completamente superada, ou seja, a pena compreendida como intimidação, e o infrator como o exemplo necessário constranger a coletividade na não cometer crimes⁴⁵ não era mais um pensamento possível na nova realidade social fragmentária do século XX. Essas teorias perceberam que a solução para reduzir os índices de criminalidade não está no aumento do aparato punitivo do Estado, mas sim em investimentos no setor social, de forma a melhorar a educação e a qualidade de vida dos setores marginalizados da sociedade, reduzindo as desigualdades frente aqueles de origem mais privilegiada, fazendo com que tenham ambos as mesmas oportunidades.

Nas palavras de Salo de Carvalho⁴⁶: “[...] a inviabilidade de sustentar a legitimidade das sanções em um único modelo intimidativo decorre, portanto, da percepção dos distintos impactos que os fatores de criminalização e punição exercem sobre as pessoas”. Ou seja, o uso da pena como grande solução para impedir o desenvolvimento de práticas criminosas na sociedade é totalmente ineficaz. Tal raciocínio é confirmado pelas correntes críticas do Direito Penal, especialmente o *Labeling Approach*, o Abolicionismo e o Reduccionismo.

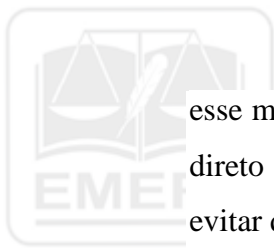
A teoria do *Labeling Approach* entende que a reação punitiva tradicional do Estado apenas estigmatiza o apenado, levando tendo como principal consequência o aprofundamento de sua exclusão e marginalização frente os demais membros da sociedade⁴⁷. Com as suas oportunidades ainda mais reduzias, o crime se torna a única alternativa viável para sua sobrevivência. As teorias Abolicionistas, por seu turno, partem de uma ideia de extinguir as penas tradicionais em nome de soluções comunitárias de conflitos, de maneira autônoma e informal, buscando a efetiva inclusão social do agente criminoso ai fim do processo⁴⁸. Por fim, as teorias Reduccionistas, que são uma radicalização do *Labeling Approach*, compreendem o Direito Penal como um instrumento político que não visa a proteção da sociedade ou de bens jurídicos; mas sim a mera exclusão de determinados indivíduos da convivência social plena, sendo, por

⁴⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 67.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2011, p. 87-90.

⁴⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *ob. cit.*, p. 686-699.



esse motivo, naturalmente seletivo⁴⁹. Portanto, diante desse quadro, deve o operador do direito proteger esses setores marginalizados, garantir seus direitos fundamentais, e evitar que possíveis arbitrariedades sejam cometidas contra eles⁵⁰.

Como se pode perceber, as medidas socioeducativas presentes na lei brasileira se coadunam com essas visões modernas do Direito Penal. Uma redução da idade mínima de imputabilidade penal significaria, portanto, um retorno ao velho discurso de prevenção geral já superado, na crença da pena como solução de problemas sociais de origem complexa. Além disso, apenas traria ao menor malefícios, uma vez que seria estigmatizado como criminoso, impossibilitado, portanto, de ter sua dignidade garantida segundo os ditames pretendidos pela doutrina da proteção integral.

Logo, finda a análise e diante de tudo o que foi desenvolvido, a pretendida redução não se mostra adequada em uma lógica jurídica moderna.

CONCLUSÃO

Como é possível depreender dos dados e das teorias penais de natureza crítica trazidos ao presente artigo, o modelo brasileiro de medidas sócio educativas segue a tendência global de diferenciar a responsabilidade penal do menor daquela dos imputáveis. Tal diferenciação advém de teorias jurídicas modernas embasadas em uma análise crítica do Direito Penal; que, por sua vez, é inspirada no entendimento de que a pena não possui força para solucionar os problemas de criminalidade; compreendendo o cárcere como um ambiente criminógeno.

Como visto, a medida socioeducativa é a mais adequada para a pessoa no período desenvolvimento de seus atributos físicos, mentais, sociais e emocionais. Além disso, o microsistema positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente é o que melhor garante a proteção integral ao menor, vez que sempre o vê como um sujeito de direitos e um indivíduo em situação de constante vulnerabilidade. Imputar a eles penas privativas de liberdade de nada adiantaria: o menor continuaria à margem da sociedade civil, sem qualquer perspectiva de futuro.

⁴⁹ A. ALAGIA; N. BATISTA; A. SLOKAR; E. ZAFFARONI. *Direito Penal Brasileiro*- Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 109.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 110-111.

Justamente por esse motivo, por mais os dados acerca da eficácia das medidas socioeducativas no plano social, por mais que possam existir falhas em sua aplicação, elas ainda são o melhor meio para reintegrar o menor na sociedade; principalmente porque a chamada delinquência juvenil está ligado a ganhos materiais fáceis numa sociedade de consumo, indicando que o verdadeiro problema reside nas desigualdades sociais, que, por sua vez, demandam tempo para serem superadas.

Enfim, a conclusão a que se chega é que não há necessidade de uma redução da idade mínima de imputabilidade penal; que deve ser acompanhada de uma valorização do sistema de medidas socioeducativas, comprovada a sua adequação ao menor. Sua substituição não é um retrocesso jurídico apenas, mas um verdadeiro retrocesso humanitário. A melhor forma de valorizar e acolher o jovem antes marginalizado na sociedade vem com a possibilidade do mesmo ter acesso a uma vida digna, com educação de qualidade, ambiente familiar saudável e possibilidade de se profissionalizar. Como a análise criminológico-histórica da pena privativa de liberdade demonstra, essa sanção penal falhou nesse objetivo.

REFERÊNCIAS

A. ALAGIA; N. BATISTA; A. SLOKAR; E. ZAFFARONI. *Direito Penal Brasileiro-Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ÁUSTRIA. Código de Direito Juvenil de 1988. Disponível em: <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000282>>, acesso em: 02 abr. 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2011.



BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 02 abr. 2016.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2013.

COISSI, Juliana. *Apreensão de menores chega cresce 38% em 5 anos; número chega a 23 mil*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616282-apreensao-de-menores-cresce-38-em-5-anos-numero-chega-a-23-mil.shtml>. Acesso em: 22 ago 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório do Programa Justiça ao Jovem no Estado de São Paulo. Brasília, 2012. Disponível na Internet via: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justicaaojovem/relatorio_justica_ao_jovem_s_ao_paulo.pdf. Acesso em: 22 ago 2016.

Entrevista com Berenice Maria Gianella concedida à TV Record. Disponível na internet via: <http://noticias.r7.com/record-news/jornal-da-record-news/videos/indice-de-reincidencia-de-jovens-infratores-cai-de-29-para-15-de-2006-ate-o-momento-15102015>. Acesso em: 22 ago 2016.

ESPANHA. Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>, acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Lei Orgânica nº 5 de 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-641>. Acesso em: 02 abr. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. In Re Gault 387 U.S. (1967). Relator: Ministro Earl Warren. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>. Acesso em: 02 abr. 2016.

FEITOSA, Márcia. *Reincidência de adolescentes que cumprem medidas chega a 91%*. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/reincidencia-de-adolescentes-que-cumprem-medidas-chega-a-91-1.1023061>. Acesso em: 22 ago. 2016.

GEBELUKA, Rosmeri Aparecida Dalazoana. *Configuração e atribuições do Conselho Tutelar e sua expressão na realidade pontagrossense*. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Ponta Grossa. Disponível em: www.bicentede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=272. Acesso em: 02 abr. 2016.



GESKE, Marcela. *Imputabilidade do adolescente no direito penal*. Revista da ESMESC, v. 14, n. 20, 2007. Disponível em: <www.esmesc.com.br/upload/arquivos/3-1247227699.PDF>. Acesso em: 02 abr. 2016.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. Salvador: Jus Podium, 2015.

JAPÃO. Código Penal. Disponível em: <<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Lei nº 168 de 1948. Disponível em: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_footer/?vm=&re=02&id=1978>. Acesso em: 02 abr. 2016.

LIMA, J. D. A.; MINADEO, R. *Ressocialização de Menores Infratores: considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação*. Revista Liberdades, São Paulo, SP, v. 10, 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/12/artigo3.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO SÃO PAULO. Relatório da Promotoria Da Infância e Juventude sobre a Execução de Medidas Socioeducativas. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2586651.PDF>. Acesso em: 22 ago. 2016.

MACKINTOSH, Nicholas. *Brain Waves Module 4: Neuroscience and the Law*. Londres: The Royal Society, Disponível em: <https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/projects/brain-waves/Brain-Waves-4.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016

MARTINS, Daniele Comin. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a política de atendimento a partir de uma perspectiva sócio-jurídica*. Revista de Iniciação Científica da FFC, v. 4, n. 1, 2004. Disponível em: <www.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/view>. Acesso em: 02 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Convenção sobre os direitos da Criança. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2016.

PASSOS, João Paulo Apolinário. *Será que devemos reduzir a maioria penal?*. Disponível na internet via: <<http://mercadopopular.org/2015/04/sera-que-devemos-reduzir-a-maioridade-penal/>> Acesso em: 22 ago. 2016.

PORTUGAL. Lei Tutelar Educativa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis>. Acesso em: 02 abr. 2016.



SECRETARIA DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Adolescência, juventude e redução da maioridade penal*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/06/Position-paper-Maioridade-penal-1.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TRUFFI, Renan. *O que os dados da Fundação Casa dizem sobre a redução da maioridade penal*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-os-dados-da-fundacao-casa-dizem-sobre-maioridade-penal-9732.html>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

A FALTA DE EFETIVIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AOS MENORES INFRATORES

Pedro Nalin Siqueira

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: os menores de idade estão cometendo atos infracionais em escala nunca visto antes. Dessa forma, fica evidenciado que as medidas socioeducativas aplicadas não estão surtindo o efeito que se espera. Estado e família são elementos essenciais na criação desses menores. No presente trabalho será abordado se o que há atualmente de legislação é suficiente ou se é necessário alguma complementação ou modificação.

Palavras-Chave: Direito Penal. Menor Infrator. Reeducação.

Sumário: Introdução. 1. Base legal, intenção originária do legislador e fatores que ensejaram a falta de efetividade destas medidas. 2. Estado, sociedade e menores são vítimas do atual sistema. 3. Determinar se a solução está na lei atual ou se há necessidade de nova legislação sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca sinalizar a falta de efetividade das medidas socioeducativas aplicadas atualmente pelo Estado aos menores infratores. O ato infracional, cometido por esses, é a conduta do adolescente descrita como crime ou contravenção penal, conforme artigo 103 do ECA.

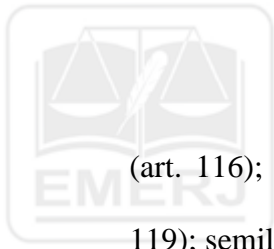
Apesar de ter caráter educativo, e não punitivo, falta eficiência nessas medidas.

Deve-se destacar que também cabe aplicação das medidas socioeducativas ao adolescente que completa 18 anos se na data do ato era menor de 18 anos.

A Constituição Federal, no artigo 227, assegura os direitos básicos dos adolescentes.

Já no artigo 228 torna inimputável o menor de 18 anos, ficando sujeito à legislação especial.

No artigo, serão abordadas e analisadas as 6 medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente: advertência (art. 115); obrigação de reparar o dano



(art. 116); prestação de serviços à comunidade (art. 117); liberdade assistida (arts. 118 e 119); semiliberdade (art. 120) e internação (arts. 121 ao 125).

Será apontado que o juiz da vara da infância e juventude, apesar de ser competente para proferir sentenças socioeducativas, é apenas um aplicador da lei, não podendo ser o único responsável pela eficácia dessa.

Algumas posições doutrinárias são controvertidas e serão analisadas no decorrer do artigo, sempre tentando identificar aquelas que prevalecem.

No primeiro capítulo será abordada a base legal do tema, a intenção originária do legislador e os motivos que ensejaram a falta de efetividade das medidas socioeducativas.

Já no segundo capítulo consiste em mostrar como o Estado, a sociedade e os menores infratores se tornam vítimas de errôneo funcionamento do sistema disciplinar e educacional.

Por fim, será ponderado no terceiro capítulo se a solução está na lei e correta execução dessa ou se é necessário nova legislação. Sendo assim, será abordado se o que já se tem como legislação é suficiente, e a aplicação pelo Estado está sendo feita de forma incorreta, ou se uma nova legislação deve ser formulada.

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 e a jurisprudência.

1 – BASE LEGAL, INTENÇÃO ORIGINÁRIA DO LEGISLADOR E FATORES QUE ENSEJARAM A FALTA DE EFETIVIDADE DESSAS MEDIDAS.



O ECA¹ é uma relevante conquista e instrumento de realização dos chamados direitos da criança e do adolescente. A Constituição Federal², em seu artigo 227, define que é direito da família, da sociedade e do Estado atuarem para a garantia de direitos absolutos da criança e do adolescente.

Com o ECA³, as definições irregulares e o termo menor, no sentido marginalizado, foram revogados. A lei trouxe avanços para a sociedade em relação à tentativa de cuidados inerentes aos menores. Foi adotado o termo Estatuto, pois não é apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direitos materiais. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de toda a estrutura necessária para se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infanto-juvenil.

Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como, aliás, ocorre em qualquer ramo do direito⁴.

Dessa maneira, por meio da doutrina da proteção integral, o ECA⁵ não atua por meio da aplicação de penas. Sua intenção maior é a intervenção no cotidiano das crianças e adolescentes com medidas de prevenção, proteção e socioeducativas, que sejam capazes de garantir-lhes a existência digna como indivíduos inseridos em uma sociedade e reintegrá-los a ela quando assim se fizer necessário.

¹ BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

³ Vide nota 1.

⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. 1. ed. Barueri – São Paulo: Manole, 2003, p. 146.

⁵ Vide nota 1.



O Estatuto da Criança e do Adolescente⁶ tem por objetivo proporcionar ao adolescente uma condição especial, reeducando o menor, levando-o a uma reflexão do ato infracional que cometeu e suas consequências, para que dessa forma, o adolescente não venha mais cometer nenhum ato infracional.

Quem tem direitos, automaticamente tem deveres. Incluir crianças e adolescentes no mundo do Direito, como sujeitos de Direito, ou em outras palavras, como sujeitos jurídicos, os transforma em sujeitos de direitos e de obrigações⁷.

Mudanças do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ marcaram o rompimento com o modo irregular de tratar as crianças e os adolescentes, pois priorizaram o direito à convivência familiar e comunitária, bem como adotaram as medidas de proteção socioeducativas, que tentam preparar crianças e adolescentes para a convivência social.

O que se extrai atualmente é a percepção de que a adoção de medidas socioeducativas como instrumento de reintegração e proteção social aplicadas pelo ECA⁹ tem em sua fundamentação perspectivas e intenções, contudo, quando inseridas no campo prático, torna-se quase que nulo, imperceptível.

Já se passaram 26 anos desde a sua promulgação, e o ECA¹⁰ ainda é alvo de rejeição popular e de críticas da sociedade, o que o distancia ainda mais da realização de seus propósitos, visto que o aspecto fundamental para sua concretização é o aceite e a difusão de seus valores entre aqueles que compõem a estrutura social.

Como exposto anteriormente, o ECA¹¹ é pautado sob uma nova doutrina, que tem por objetivo proporcionar segurança e bom desenvolvimento à pessoa da criança e do adolescente. Para que realize tal feito de maneira satisfatória, utiliza-se das medidas de

⁶ Ibid.

⁷ SÊDA, Edson. *Infância e sociedade*: 3. ed. São Paulo: ADÊS, 1998. p.25.

⁸ Vide nota 1.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

proteção e das medidas socioeducativas. As medidas socioeducativas são os procedimentos aplicáveis ao adolescente, de 12 anos completos a 18 anos, pelo cometimento do ato infracional.

A medida socioeducativa tem natureza penal, uma vez que ela representa o poder coercitivo do Estado, cumprindo o papel de controle social.

Contudo, destacada a condição peculiar de desenvolvimento na qual se encontra o adolescente, o ECA¹² resguarda que a aplicação das medidas socioeducativas ocorra de outra forma, que não seja a prisão. Determina que a realização das medidas se dê por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, direcionados ao atendimento das suas necessidades e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Por essa perspectiva é que se coloca a existência de um direito penal juvenil, não mais só coercitivo e autoritário, escasso de princípios, como se tivera em outros tempos, mas em sintonia com os propósitos do Estado social e democrático de direito, no intento de aproximar e incluir essas pessoas em desenvolvimento na sociedade em que vivem e não mais excluí-los.

Por essa razão o ECA¹³, em seu artigo 112, dispõe uma série de possibilidades a serem aplicadas como medida socioeducativa quando verificada a prática do ato infracional. Nesse momento, se define que ato infracional é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal cometida pelo adolescente.

Para a aplicação das medidas socioeducativas será analisado sempre o grau de complexidade do ato cometido. O ECA¹⁴, sendo fruto da Constituição Federal¹⁵, não deverá perder de vista seus princípios, tal qual o da proporcionalidade e razoabilidade¹⁶.

¹²Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Vide nota 2.

¹⁶ BARROSO FILHO, José. Do ato infracional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2470>>. Acesso em: 10 jul. 2016.



Cabe àquele que aplicar as medidas socioeducativas identificar que se feitas de maneira incorreta, elas não alcançarão o seu propósito maior, que é reeducar para que não mais ocorra a prática daquele ato. Dessa forma, dispõe o Estatuto¹⁷ que poderão ser aplicadas como medida socioeducativas: a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional ou ainda qualquer medida de segurança, prevista no artigo 101, considerada pertinente ao caso.

O direito especializado não deve dirigir-se, apenas, a um tipo de jovem, mas sim, a toda a juventude e a toda a infância, e suas medidas de caráter geral devem ser aplicáveis a todos¹⁸.

Dentre as medidas socioeducativas, dividem-se as não privativas de liberdade e as privativas de liberdade, sendo essas últimas as mais severas adotadas pelo ECA¹⁹. Em último caso é que se pretende interferir na liberdade individual do adolescente, ressalte-se que nesse aspecto não só a gravidade do ato é que será determinante para a privação de sua liberdade.

O fato da norma ser vigente e integrante do ordenamento jurídico não implica necessariamente que está sendo efetiva no âmbito social, que está sendo acatada pela sociedade e cumprindo com o propósito pelo qual foi criada. O ECA²⁰, enquanto norma infraconstitucional, mas intimamente ligada a Constituição²¹ é uma norma jurídica que deveria ter efetividade, mas a atual realidade mostra que não é isso que está ocorrendo.

A efetividade é a capacidade de uma norma para produzir os seus efeitos, podendo ser dividida na efetividade jurídica e na efetividade social.

¹⁷ Vide nota 1.

¹⁸ PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta Interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27.

¹⁹ Vide nota 1.

²⁰ Ibid.

²¹ Vide nota 2.

Nesse sentido, é preciso estabelecer a distinção entre o conceito de eficácia jurídica e eficácia social da norma. Enquanto a eficácia jurídica representa a qualidade da norma produzir, em maior ou menor grau, determinados efeitos jurídicos ou a aptidão para produzir efeitos, dizendo respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, a eficácia social da norma se confunde com a idéia de efetividade e designa a concreta aplicação dos efeitos da norma juridicamente eficaz. A eficácia social ou a efetividade está intimamente ligada à função social da norma e à realização do Direito.

O Estatuto²² já define em seu artigo 3º que é dever da família, da sociedade e do Estado agirem para assegurar os interesses da criança e do adolescente. Contudo o que se vê é que nem a família, nem a sociedade têm conseguido atuar de maneira preponderante na realização desse feito.

Seja pela ausência da garantia dos direitos sociais que deveriam ser preconizados pelo Estado, impedindo a família de construir uma estrutura saudável de desenvolvimento ou pela falta de conhecimento e divulgação dos fins a que são propostos o ECA²³ para toda a sociedade, o Estatuto²⁴ acaba por configurar-se apenas como instrumento de atuação única do Estado, no qual a criança e o adolescente recorrem após terem sido esgotados todos os direitos anteriores, sendo-lhes necessário recorrer à aplicação de uma medida de proteção ou socioeducativa. Diante disso, é perceptível que a atuação do Estado se dá sozinha e sem o amparo das instituições anteriores sua atuação não terá muitos meios de ser eficaz e efetiva.

A partir disso revela-se ainda que a estrutura de atendimento ao adolescente é precária, inexistindo na maioria das vezes Delegacias Especializadas da Criança e do Adolescente ou o preparo dos funcionários para lidarem com o Estatuto²⁵. Pode-se perceber, dessa forma, que medidas socioeducativas também não alcançam satisfatório grau de

²² Vide nota 1.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.



realização. Assim cabe pensar que o dever-ser idealizado no ECA²⁶ ainda tende a ser ajustado com o ser da realidade social brasileira.

O ECA²⁷ ainda tem grande desafio pela frente que é a conquista da sua efetividade. Não há como se falar em proteção integral se a família e a sociedade não atuarem conjuntamente ao Estado para fazer existir e cumprir esse objetivo. Percebe-se que o aumento da criminalidade cresce a cada dia, por falta de políticas de prevenção e por diversos outros fatores sociais, pessoais e emocionais.

Além da família, Estado e sociedade fogem de suas obrigações perante crianças e adolescentes. Esquecem que esses muitas vezes são as próprias vítimas, por não terem amparo e educação necessária para a tentativa de tornar um cidadão melhor, ciente dos deveres e direitos.

As medidas socioeducativas estão bem estruturadas no ECA²⁸, porém não têm a eficácia necessária, não são aplicadas de acordo com o Estatuto²⁹. Estão distantes de alcançar o objetivo para o qual foram criadas, pois falta apoio do Estado, sociedade e família para atingir o resultado almejado.

Atualmente as medidas socioeducativas não cumprem o caráter pedagógico, mas sim um caráter punitivo pelo ato infracional cometido. Dessa forma, as medidas aplicadas aos adolescentes, não cumprem o objetivo para o qual foram criadas, ou seja, o objetivo de reinserção e reeducação do menor infrator. Infere-se, pois, que a maioria dos atos infracionais ocorrem devido ao meio em que vivem os menores infratores, visto que existem também outros fatores que contribuem para isso, como os fatores psicológicos e morais.

2 – ESTADO , SOCIEDADE E MENORES SÃO VÍTIMAS DO ATUAL SISTEMA.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.



É sabido que a maioria desses menores que se tornam infratores vêm de famílias humildes e muitas vezes desestruturadas e que são desassistidas pelo poder público e pela sociedade. Portanto, vale a ressalva de que também há casos em que o menor é amparado pelo Estado e sociedade, possui estrutura familiar mas opta pelo crime, evidenciando que a questão do menor infrator e a redução da maioridade penal requerem estudo de caso de maneira séria e eficaz.

A questão do menor infrator de fato diz respeito não, somente, ao Estado como também a todos os cidadãos que de modo direto ou indireto são atingidos pela violência que todos os dias vitimam várias pessoas, mas que também, ao mesmo tempo, olham para o menino que está vivendo na rua e não o enxerga como um ser humano que carece de direitos e merece ter a sua dignidade preservada³⁰.

A doutrina da proteção integral, prevista no artigo 227 da Constituição³¹, está assentada no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e gozam das obrigações compatíveis com a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

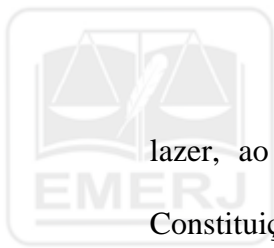
O pressuposto basilar é que as crianças e os adolescentes devem ser vistos como pessoas em desenvolvimento, detentoras de dignidade, sujeitos de direito e destinatários de proteção integral por parte da sociedade, da escola e do Estado³².

Sendo assim, a doutrina da proteção integral supõe que o sistema legal garanta a satisfação de todas as necessidades destinadas à criança e ao adolescente, privilegiando, sobretudo, o direito à vida, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária, ao

³⁰ ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170.

³¹ Vide nota 2.

³² BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 299.



lazer, ao esporte, a profissionalização e à liberdade de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal³³.

Após a prática do ato infracional, deve haver a reintegração do menor infrator no seio da sociedade para que ele volte a conviver em paz com os outros indivíduos, considerando sua fase de desenvolvimento, tanto físico como mental, ainda em tempo de se criar uma personalidade sadia, e não somente aplicar uma medida com o fim de reprimir o adolescente ou criança infratora, mas de fato reeducá-los a ter princípios, urbanidade e civilidade.

O Estado de Direito se organiza no binômio direito/dever, de modo que às pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, assim definidas em lei, cumpre ao Estado definir-lhe direitos e deveres próprios de sua condição. A sanção estatutária, medida socioeducativa, tem inegável conteúdo aflitivo e por certo essa carga retributiva se constitui em elemento pedagógico imprescindível à construção da própria essência da proposta socioeducativa. Há a regra e há o ônus de sua violação³⁴.

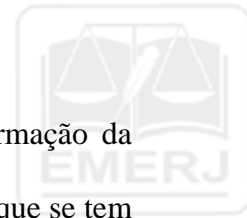
Dessa forma, a medida aplicada somente terá eficácia quando o jovem deixa de ser gerador de uma realidade para ser agente transformador dela, porque esteve em contato com situações que lhe proporcionaram cidadania, tendo a finalidade da medida sido cumprida, desenvolvendo seu potencial de convivência em sociedade, seu relacionamento com o próximo e respeitando a dignidade de cada ser humano semelhante a si mesmo.

Verifica-se que a abordagem pedagógica não é realizada. Porém, é preciso observar que o erro não é somente do Estado, mas também da família que não oferece apoio suficiente para que crianças e adolescentes possam tornar pessoas melhores.

Percebe-se então, que existe falha em relação às medidas adotadas para tentativa de ressocialização de adolescentes infratores, onde a criminalidade aumenta, deixando menores como “vítimas” de uma sociedade que não procura meios para gerar melhorias.

³³ Vide nota 2.

³⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.76.



Assim, tem-se que a família tem um papel muito importante para a formação da identidade da pessoa, de seu caráter, de sua vida social. Dessa forma, é na família que se tem a primeira percepção de mundo, em não havendo uma boa base de socialização, a identidade do menor ficará defasada, sem os verdadeiros conceitos da vida em sociedade.

Isso não é o que se vê na conjectura atual, o que se vê são famílias com várias deturpações, dando às crianças e adolescentes uma educação negligente, sem imposição de limites, falsa ideia de independência e até punições que não procedem, tudo gerando na identidade desses menores uma dispersão da realidade, o que em muitos casos se tornam infratores³⁵.

Além da família, Estado e sociedade fogem de suas obrigações perante crianças e adolescentes e, tentam cobrir suas falhas vergonhosas exigindo a maioridade penal, como já foi visto anteriormente. Esquecem que crianças e adolescentes muitas vezes são as próprias vítimas, por não terem amparo e educação necessária para a tentativa de tornar um cidadão melhor, ciente dos deveres e direitos.

Na verdade, em situação irregular está, a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; os pais, que descumprem os deveres do poder familiar e o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas. A família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro. Os pais são os responsáveis pela formação e proteção dos filhos não só pela detenção do poder familiar, mas pelo dever de garantir-lhes os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, tais como a vida, a saúde, a alimentação e a educação³⁶.

Diante dos preceitos supracitados, a sociedade organizada deve exigir dos dirigentes o fiel cumprimento constitucional, no que se refere ao planejamento e execução de políticas

³⁵ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

³⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.



públicas, cujos programas promovam o bem-estar social. O cenário de crianças abandonadas pelas ruas das cidades é alarmante e demonstra a falta de compromisso dessas autoridades.

A omissão estatal desencadeia ou contribui para o surgimento de outras mazelas sociais, como a violência, a prostituição, o aliciamento às drogas e suas consequências mais perversas no âmbito individual, familiar e coletivo.

Na tentativa de diminuir as diferenças sociais os governos vêm implementando programas de distribuição de renda, como por exemplo, os programas bolsa família.

Porém, ao longo de mais de uma década da implantação desses programas sociais, não se verifica a diminuição dos delitos nas classes beneficiadas pelos referidos programas.

Para se obter melhores resultados nesses programas, faz-se necessário um controle maior das famílias cadastradas para que lhes ofereçam também uma qualificação profissional, que lhes habilitem a trabalhar e dispensar, num futuro próximo, os auxílios governamentais.

O apoio estatal é fundamental e oportuno, porém, cada programa deve ter uma contrapartida dessas famílias necessitadas, obrigando-as a terem uma maior participação na formação intelectual dos filhos. Deve-se exigir dos pais o compromisso de realizarem as matrículas dos filhos menores, de participação efetiva nas atividades escolares e de acompanhamento da assiduidade escolar das crianças e adolescentes.

As autoridades constituídas devem ter o compromisso de cuidar dessas crianças e adolescentes, protegendo-os dos perigos que tanto as ruas quanto o meio carcerário lhes oferecem, pois são eles as principais vítimas que sem o apoio da família e do Estado terminam no caminho da delinquência.

O resgate dos “meninos de rua”, levando-os para seus próprios lares, exige do estado, além do reequipamento em material e pessoal qualificado no relacionamento infanto-juvenil, a composição de uma força-tarefa constituída pelos conselhos tutelares, agentes sociais,



polícia militar e promotoria da infância e juventude, com o intuito de orientação ao menor e à família, quanto à responsabilidade dos pais e do próprio Estado.

Verifica-se, portanto, que o Estado, representado pelas instituições, é responsável direto pela ineficiência na condução das políticas públicas e pelas dificuldades sociais que ora constatamos. A sociedade também se torna co-responsável pela violência urbana, na medida em que ignora, é omissa e não enxerga a realidade dessas crianças abandonadas. Esses meninos e meninas de rua passam, portanto, a conviverem com bandidos que lhes induzem à formação de profissionais da delinquência.

É vergonhosa a constatação, nos dias atuais, de crianças abandonadas, maltratadas, exploradas pelo trabalho escravo ou pela prostituição. Essas crianças e adolescentes, sem educação adequada e eficiente, não se tornarão cidadãos brasileiros livres e dignos.

Por tudo exposto, fica claro que as crianças e adolescentes são vítimas de diversos tipos de violência e não apenas pela falta de segurança pública, mas também, de o Estado não prover o mínimo necessário.

Urge, portanto, demandar na justiça contra o próprio Estado que não cumpre com as suas obrigações constitucionais, para que os princípios basilares do direito da criança e do adolescente sejam respeitados: princípio da prioridade absoluta, princípio da proteção integral, princípio do melhor interesse, princípio do peculiar estado de pessoa em desenvolvimento e princípio da municipalização do atendimento. O cidadão cumpridor dos seus deveres constitucionais não pode ficar refém de autoridades incompetentes, ineficazes e desonestas.

3 – DETERMINAR SE A SOLUÇÃO ESTÁ NA LEI ATUAL OU SE HÁ NECESSIDADE DE NOVA LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA.



É em meio a esse cenário, que a discussão sobre a redução da maioridade penal se tornou um dos assuntos mais debatidos no país nos últimos anos, gerando polêmicas e dividindo opiniões. Sabe-se que a maioria da população se posiciona a favor da redução da maioridade penal, tomando como um dos principais argumentos o fato de que se o indivíduo aos dezesseis anos já está apto a escolher os seus governantes, ou seja votar, este também possui plena aptidão e consciência em discernir o certo do errado, e que portanto deve responsabilizar-se por seus atos devendo assim ser punido.

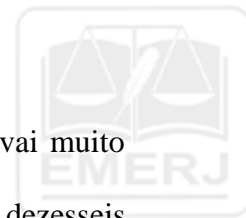
Vale destacar que os atos infracionais praticados pelo adolescente não podem configurar maus antecedentes após atingida a maioridade. A majoração da pena base do réu encontra-se devidamente fundamentada na alise de sua personalidade desvirtuada, voltada para a prática criminosa, mostrando-se sem pertinência a alegação do ato infracional por ele praticado na menoridade ter sido considerado como maus antecedentes³⁷.

Como ponto contrário à redução, argumenta-se que com a redução da maioridade penal haveria um grande número de crianças e adolescentes infratores no sistema prisional, o que não seria eficaz, pois não haveria a ressocialização, que é importante para a reinserção destes menores na sociedade.

Destaca-se como ponto favorável à redução da maioridade penal, a plena consciência dos jovens em relação aos atos praticados. Esses aproveitam da impunidade que os protegem e usam essa condição para cometer atos infracionais. Neste contexto, afirmam que o ECA³⁸ é uma lei generosa e, por isso, não intimida os menores à cometerem atos infracionais. Por isso, existem diversos argumentos favoráveis à redução, solicitando mudanças e melhorias em relação à punição do menor.

³⁷ D'ANDREA, Giuliano. *Noções de Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2005 p. 288.

³⁸ Vide nota 1.



Contudo, a questão que esta por trás da problemática do menor infrator, vai muito além do que apenas posicionar-se contra ou a favor da redução dos dezoito para os dezesseis anos à maioridade penal. É sabido, que grande parte das crianças e dos adolescentes que se tornam menores infratores são coagidos por adultos, que se valem de recursos presentes na Constituição³⁹ para usarem a seu favor quando cooptam menores, portanto tal argumentação não é o bastante para esclarecer o contexto no qual a maioria desses menores estão inseridos.

A punição do menor delinquente deve ser imposta conforme a gravidade do seu crime, e não de modo generalizante, não há condição alguma de se pegar um menor que cometeu um delito considerado não hediondo e submetê-lo a um sistema carcerário ineficaz, sumariamente, precário e esperar deste a sua recuperação, é verídico que as chances que esse menor terá em se tornar um reincidente ao crime vão ser maiores.

Portanto, a maneira mais eficaz de se amenizar a questão do menor infrator é por meio do assistencialismo, tanto por parte do Estado quanto da sociedade, assegurando a essa parcela carente da população melhores condições no acesso a saúde, emprego, renda e educação de qualidade.

Pois, não adianta Estado e sociedade quererem recuperar o menor infrator através de medidas paliativas, como reduzir a maioridade penal, se este após cumprir sua pena, estará propenso à mesma realidade que o levou a tornar-se criminoso.

Em tal contexto, na liberdade assistida, elencada no art. 18 do ECA⁴⁰, o legislador verificou certa necessidade, pois ficou demonstrado que o adolescente é uma pessoa em desenvolvimento, no qual necessidade de cuidados para evoluir e se conscientizar.

³⁹ Vide nota 2.

⁴⁰ Vide nota 1.



Enquanto perdurar a execução de medida, a liberdade pessoal do adolescente estará sofrendo restrição legal diante da atividade do orientador, cuja participação deverá ser ativa e não meramente formal ou apenas burocrática.

Partindo-se do pressuposto da adequação da medida ao caso específico, vez que a mesma não se releva própria em muitos casos, ao orientador caberá desempenhar atividades que levem o orientando a modificar seu modo de proceder, tornando-o socialmente aceito sem perder a própria individualidade.

O que interessa é o atingimento da finalidade da medida, ao ponto que evolua e supere as dificuldades da fase da vida, aprendendo a exercitar seus direitos de cidadão e mover-se no processo de escolhas e decisões múltiplas que a vida apresenta. Razoável supor a indispensabilidade da criação de vínculo entre o técnico, o adolescente e seus familiares, para criar condições de desenvolvimento de uma relação honesta e produtiva⁴¹.

Em vigor desde meados de 1990, o ECA⁴² teve ambicioso propósito de ser um instrumento para a proteção integral de crianças e adolescentes. Mas 26 anos depois de criada, a lei revelou-se incapaz de fazer o poder público cumprir com obrigações no resguardo de jovens infratores. E, pelo excesso de paternalismo, tornou-se anteparo para um cada vez maior número de adolescentes que se viram em direção ao crime.

Quando muito, os menores infratores recebem pequenas punições e ficam livres para reincidir em crimes, cada vez mais grave pelo estímulo de uma legislação que destoa da vida real. O país precisa ter coragem de contemplar mudanças cruciais, como a redução do limite de inimputabilidade, de modo a adequar o ECA⁴³ aos novos tempos. É debate que exclui paixão e ideologias, à luz do interesse de toda a sociedade.

⁴¹ FREITAS, Ana Maria Gonçalves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 390.

⁴² Vide nota 1.

⁴³ Ibid.



Dentro dos estabelecimentos de internação há situações graves de maus tratos cometidos contra os jovens internados. Mais de 10% dos estabelecimentos registraram situações de abuso sexual e 5% deles apresentaram ocorrências de mortes por homicídio. Além disso, quase um terço dos adolescentes declarou sofrer algum tipo de agressão física por parte de funcionários e um quarto dos estabelecimentos já enfrentou situações de rebelião ou motins⁴⁴.

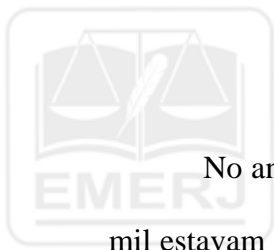
Cerca de 60% dos jovens internados possuem entre 15 e 17 anos e mais da metade deles não frequentava a escola antes de ingressar na unidade. A maioria dos adolescentes infratores parou de estudar aos 14 anos, o que demonstra a necessidade de se adotar no país políticas específicas voltadas ao combate da evasão escolar no ensino fundamental. Além disso, 8% deles não chegaram sequer a serem alfabetizados.

O fomento à prática de atividades externas no período de internação, como participação em cursos, eventos religiosos ou oficinas de profissionalização, é uma forma eficiente de evitar a fuga dos adolescentes, além de favorecer a ressocialização.

Há necessidade de mais investimentos estatais na estrutura dos estabelecimentos de internação, muitos dos quais carecem de pessoal e infraestrutura adequada para promover a ressocialização dos adolescentes.

Faltam vagas no sistema brasileiro de medidas socioeducativas para atender de forma adequada os adolescentes infratores. Quase a totalidade dos estabelecimentos conta com atendimento de psicólogos e assistentes sociais. O mesmo não ocorre no caso de médicos e advogados, o que compromete os direitos básicos à saúde e à defesa processual. Além disso, um terço dos estabelecimentos não dispõe de enfermaria e mais da metade não possui gabinete odontológico, de acordo com o CNJ.

⁴⁴ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>. Acesso em: 02 out. 2016.



No ano de 2014 havia 28 mil jovens cumprindo medidas socioeducativas, no qual 17 mil estavam privados de liberdade. Os três principais atos infracionais cometidos são roubo, tráfico e homicídio.

A estrutura do sistema é dada pelo Estado, o ECA⁴⁵ dá as diretrizes para a tentativa da recuperação do menor infrator, o que ocorre é que o menor, após o cumprimento de tais medidas não encontra fora as oportunidades adequadas, não tem o apoio da família e nem da sociedade, e acabam por buscar um abrigo nas ruas, se envolvendo na criminalidade novamente.

Essas crianças e adolescentes são vítimas, não apenas dos pais, de elementos malfeitores, de uma sociedade inerte, mas também, do próprio estado omissor e descumpridor dos seus deveres constitucionais⁴⁶.

Essas crianças abandonadas pelos pais e pelo poder público são vítimas e ao mesmo tempo atores de uma tragédia social, que contam nos semáforos e nas esquinas das ruas, por meio de um olhar ou de um gesto, o seu drama de cada dia. Esses maltrapilhos, famintos, verdadeiros flagelos humanos, são os “brasileirinhos” e “brasileirinhas”, órfãos de pais e de uma pátria-mãe.

Diariamente, esses atores mirins encenam para os transeuntes o seu “dilema diário”: a sobrevivência e a delinquência. A sociedade inerte nada vê, ignora e rejeita a criança ou adolescente que clama por ajuda, mas dela nada recebe. O futuro dessas crianças e adolescentes sem lar, sem preparo profissional, sem esperanças de dias melhores, sem amor, famintos e abandonados por todos, sem dignidade ou consciência do seu próprio valor, não enxerga alternativas, senão a delinquência, como única opção de vida.

⁴⁵ Vide nota 1.

⁴⁶ VOLPI, Mário. *O Adolescente e o Ato Infracional*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 105.

Grande parte da sociedade brasileira clama pela redução da maioria penal, pois as atuais circunstâncias geram um clima de insegurança devido aos emergentes índices de criminalidade, a sociedade passa a se sentir refém dos menores infratores que, por não temerem as sanções penais a que seriam submetidos o que os leva a ferir direitos dos cidadãos.

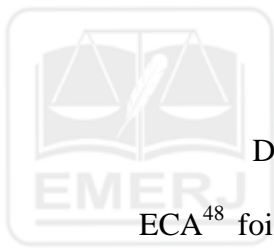
Diante do exposto, pode-se afirmar que a redução da idade penal no Brasil é inviável, uma vez que se faz necessária alteração de direito e garantia fundamental. Na atual situação em que se encontra o nosso país no qual jovens não possuem uma educação adequada para enfrentar com maturidade os desafios que a vida oferece, a ausência de políticas públicas que propiciem ao menor infrator outras alternativas, o déficit educacional e a ineficaz aplicação do ECA⁴⁷ são fatores determinantes para o aumento do índice da criminalidade entre jovens.

Ações voltadas à manutenção das crianças na escola e estratégias de combate ao uso de drogas podem contribuir para impedir que elas entrem na criminalidade.

Assim, cabe ao Estado propiciar melhoria de qualidade desses jovens, dando-lhes oportunidades, pois a falta de estrutura familiar e social aponta-se como uma grande influência para a prática de atos ilícitos. Sem a participação conjunta do Estado, da sociedade e da família, sem investimentos em políticas públicas, como educação e melhor distribuição de rendas, jamais serão solucionados os problemas de criminalidade entre os jovens do país.

CONCLUSÃO

⁴⁷ Vide nota 1.



Diante de tudo que foi exposto no presente artigo, chega-se à conclusão que o ECA⁴⁸ foi um instrumento de proteção para crianças e adolescentes, no qual se mostrou inovador e de grande importância.

Se trata de uma área nova, jovem como o público que visa proteger. O Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁹ tem apenas 26 anos, o que, em termos históricos, é pouco para ser completamente absorvido pela sociedade à qual pretende se aplicar.

Não bastasse, a doutrina não se debruça sobre esse sistema com o mesmo fôlego com que procede em outros ramos jurídicos, pelo menos no aspecto da prática cotidiana relacionada ao operador do direito. No final das contas, temos doutrina insuficiente, e que acaba por tangenciar aspectos significativos da prática.

O Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁰, em virtude de tais razões – aliadas a outras, como a dificuldade do Poder Judiciário, nos processos coletivos, em exigir do Executivo as condições necessárias para o exercício de direitos em nome do princípio da conveniência e oportunidade da Administração Pública, bem como a má-fé e o despreparo dos gestores –, ainda não saiu do papel completamente.

Este vazio de aplicação deve servir para reflexão, já que é dever constitucional garantir o exercício de direitos por parte deste público, cuja proteção é a prioridade absoluta da República, nos termos do disposto no art. 227 da Carta de 1988⁵¹.

Contudo, não adianta apenas proteger esse grupo e não lhes prover oportunidades de mudar o destino de suas vidas, pois, dessa forma, a legislação acaba por ser ineficaz.

O que se observa é que o Estado vem punindo e não preparando o menor para sua reinserção na sociedade, ou seja, só está cumprindo o caráter punitivo e esquecendo o pedagógico.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Vide nota 2.

Não é pelo fato de a maioria dos menores ser de classes sociais menos favorecidas que isso será um alibi para que eternamente continuem praticando e participando de atos contrários à lei.

Família, sociedade e Estado devem trabalhar em conjunto para que esses menores sejam criados dentro da lei, tanto nos direitos quanto nos deveres. Ao não dar a devida atenção para esse grupo de pessoas, sociedade e Estado também acabam sendo prejudicados.

O Estado tem que prover o que a lei determina, e os pais devem ter o compromisso de criar e participar da vida de seus filhos, para que no futuro não se tornem menores infratores.

A questão da maioridade penal é de amplo destaque neste artigo, pois para grande parte da população o problema e solução estão aqui. Contudo, verifica-se não ter importância o que a lei estipula de maioridade penal, mas sim o que o Estado fornece para o menor não ser estimulado a cometer ato infracional.

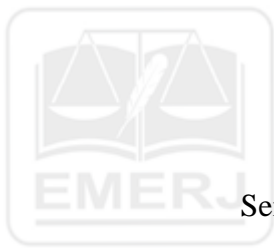
Sendo assim, de nada adianta diminuir a maioridade penal se o Estado não oferece meios para que o menor desenvolva e tenha opções de um bom futuro.

Essa é a principal questão, punição e reeducação devem ser de qualidade, para que o ECA⁵² possa ser efetivo.

A legislação atual sobre os menores não é plenamente completa, mas é bem formulada, o que falta é por em prática com a devida eficiência. Mesmo tendo o Estatuto⁵³ estabelecido direitos e garantias aos menores infratores, não conseguiu oferecer aos infantes uma recuperação a contento, considerando-os ressocializados por completo ao término da medida.

⁵² Vide nota 1.

⁵³ Ibid.



Sem oferecer atenção, saúde, educação e lazer para os menores, nunca será possível por em exercício o que a lei e a Constituição⁵⁴ determinam.

O que se espera é a atuação de alguém que possa mobilizar a comunidade, influenciar a opinião pública, articular junto aos atores sociais iniciativas de resolutividade, tudo no sentido de mobilizar os gestores e a sociedade civil organizada a criarem, aperfeiçoarem, manterem e monitorarem políticas públicas para essa clientela especial em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, algo que, na quase totalidade das vezes, não se consegue por meio do ajuizamento de ações.

Na maioria das circunstâncias, não basta ajuizar a demanda. É preciso trazer informações para o gestor, é preciso centrar esforços na elaboração do orçamento, é preciso mobilizar outras instâncias e trabalhar diuturnamente com a premissa de que, pelo ordenamento jurídico em vigor, todos nós estamos compelidos a criar condições para o exercício dos direitos por parte de crianças e adolescentes.

Desse modo, deve-se levantar as deficiências, suas competências, suas lacunas, de modo a se obter uma visão global das potencialidades da comunidade, dialogando com ela e criando condições para que ela se qualifique, reconhecendo o papel de cada um dentro das relações sociais e as assumindo.

Quem sabe se, com essa mudança na atuação, as mazelas sociais, sobretudo a criminalidade, decresça e deixe de fazer vítimas todos os dias. Só o investimento na construção de políticas públicas para a infância e juventude poderá reverter esse estado atual.

A criminalidade e a corrupção que hoje presenciamos são, decisivamente, resultados da falta de investimento que se fez na criança e no adolescente nos mais de quinhentos anos de história deste país.

⁵⁴ Vide nota 2.

REFERÊNCIAS

BARROSO FILHO, José. Do ato infracional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2470>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

D'ANDREA, Giuliano. *Noções de Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Ana Maria Gonçalves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2002.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>. Acesso em: 02 out. 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

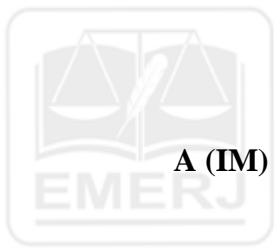
MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri – São Paulo: Manole, 2003.

PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta Interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SÊDA, Edson. *Infância e sociedade*: 3. ed. São Paulo: ADÊS, 1998.

VOLPI, Mário. *O Adolescente e o Ato Infracional*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.



A (IM) POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO TRANSACIONAR EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rafael Barroso Moreira Negri

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ). Juiz leigo. Advogado.

Resumo - Cada vez mais se verifica a prática de atos de improbidade administrativa na sociedade e, por isso, necessária se faz a análise da ação de improbidade administrativa. Por sua vez, ante a busca pela maior efetividade dessa ação, o Ministério Público passa a transacionar com o réu. Nesse cenário, examinar-se-á a possibilidade da celebração dessa transação - a qual abarca direitos indisponíveis-, à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente.

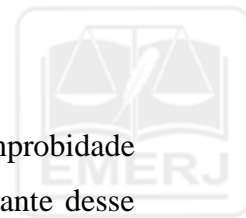
Palavras-chave - Direito Administrativo. Tutela Coletiva. Ação de Improbidade Administrativa. Transação. Ministério Público.

Sumário - Introdução. 1. Os contornos dos direitos indisponíveis e da transação. 2. Quais atos a ação de improbidade busca coibir e quais os riscos de transacionar os direitos envolvidos nessa ação? 3. O ministério público é legitimado para defender direitos indisponíveis? Se sim, ele poderia transacioná-los em ação de improbidade administrativa? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica examina a possibilidade de o Ministério Público realizar a transação de direitos indisponíveis em ação de improbidade administrativa. A análise dessa questão está intimamente ligada aos inúmeros casos de corrupção na Administração Pública que, atualmente, estão sendo noticiados. Observa-se, nos veículos de comunicação, que o Ministério Público vem adotando o instituto jurídico da delação premiada, que possui o mesmo fim da transação que será analisada, qual seja, busca realizar um acordo com o acusado para que o mesmo contribua com a investigação e lhe seja aplicada uma pena menos severa da que a lei comina.

Nesse passo, oportuno salientar que a lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), por muitos anos, previa expressamente, em seu artigo 17, §1º que era vedada transação, acordo ou conciliação na ação de improbidade. Ocorre que, recentemente, veio a lei sobre a mediação (Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015), que dispõe



em seu artigo 36, §4º sobre a possibilidade de conciliação nas ações de improbidade administrativa. Dessa maneira, verifica-se a completa mudança de paradigma. Diante desse cenário, buscar-se-á analisar se a Constituição da República (CRFB/1988) ampara essa alteração legislativa. Ademais, vale lembrar que esse citado artigo 17 havia sido revogado, recentemente, pela medida provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015. Todavia, tal medida provisória perdeu sua validade em 29.5.2016, sem aprovação do Congresso Nacional. Por conseguinte, o aludido §1º, do art. 17, da Lei de improbidade teve sua vigência restabelecida, produzindo seus efeitos.

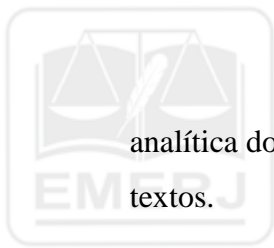
Dessarte, cumpre salientar que o tema é controvertido na doutrina e volta a ser discutido mais fervorosamente, sobretudo, em razão da alteração legislativa supracitada.

Nesse passo, para uma melhor compreensão do tema, serão averiguados, no primeiro capítulo, quais seriam os contornos dos direitos indisponíveis. Ainda serão examinados eventuais limites legais da transação. Dessa maneira, esse capítulo tem por objetivo apresentar o que se entende por direito indisponível, bem como apontar os limites legais que disciplinam o instituto da transação.

Por sua vez, no segundo capítulo, serão examinados quais direitos a ação de improbidade administrativa busca tutelar/defender. Serão investigados também os riscos que, porventura, a transação possa gerar, mormente as consequências de uma transação viciada, ante a má-fé do investigado. Desse modo, esse capítulo tem por objetivo apontar os principais direitos tutelados pela ação de improbidade, bem como indicar eventuais riscos de se transacionar tais direitos nessa ação.

No terceiro capítulo, examinar-se-á se o Ministério Público possui legitimidade para defender direitos indisponíveis, bem como se a Constituição da República Federativa do Brasil autoriza que ele transacione tais direitos em ação de improbidade administrativa. Portanto, esse capítulo tem por objetivo comprovar que o Ministério Público é legitimado para defender os direitos indisponíveis, assim como a Carta Magna o autoriza a transacionar esses direitos, com fulcro no interesse público, no interesse da coletividade.

Dessa maneira, a presente pesquisa que se pretende realizar adotará a metodologia qualitativa, na medida em que visa a interpretar o instituto jurídico da transação e visa a enfrentar as questões controvertidas desse instituto na ação de improbidade administrativa. Também, adotar-se-á a metodologia descritiva, haja vista que serão expostas as características da transação penal e dos direitos indisponíveis e, ainda, será apresentado o escopo da ação de improbidade administrativa. Ademais, convém mencionar que será promovida também a pesquisa bibliográfica – livros e artigos científicos –, porquanto será levada a efeito a leitura



analítica do material coligido sobre o tema, assim como será feita a análise e a reflexão desses textos.

1. OS CONTORNOS DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS E DA TRANSAÇÃO

No presente capítulo, serão investigados os contornos dos direitos indisponíveis, isto é, o que se poderia entender como direito indisponível. Ainda, serão examinados os limites da transação. Assim, de início, será verificada a previsão desses direitos no ordenamento.

Quanto à previsão dos direitos indisponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) faz mera referência à indisponibilidade dos interesses individuais, no seu artigo 127¹. Por sua vez, na legislação infraconstitucional, há a menção de interesses individuais indisponíveis, por exemplo: nos arts. 1º, 5º, I, 6º, VII, “d” e 83, IV da Lei complementar n. 75/93²; no art. 201, IX, do Estatuto da criança e do Adolescente (ECA)³; e no art. 74, 79, 81, do Estatuto do Idoso⁴. Em tais diplomas, utiliza-se o termo “interesses” como sinônimo de “direitos”, e está relacionado aos interesses individuais e, em algumas hipóteses, aos sociais.

Nessa esteira, oportuno apontar os principais traços dos direitos indisponíveis. Geralmente, entende-se como direito indisponível aquele atinente a um interesse público, quer seja coletivo, quer seja individual. São aqueles em relação aos quais os seus titulares não possuem qualquer poder de disposição, na medida em que nascem, desenvolvem-se e extinguem-se de modo independente da vontade dos titulares. Possuem como principais

¹BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

² BRASIL. Lei complementar n.75/93 (Estatuto do Ministério Público da União). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

³ BRASIL. Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴BRASIL. Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

características serem irrenunciáveis e, em regra, intransmissíveis⁵; e são apresentados muitas vezes como característica intrínseca aos direitos fundamentais. Dessa maneira, abrangem os direitos referentes ao estado, à capacidade da pessoa e aos direitos da personalidade.

Nesse sentido, o sítio eletrônico da Câmara dos Deputados anota que direitos indisponíveis são aqueles dos quais a pessoa não pode abrir mão, tais como, o direito à liberdade, à vida, à dignidade e à saúde (ex. o caso de que uma pessoa não pode vender um órgão do seu corpo, embora ele lhe pertença)⁶. Desse modo, tal direito não pode ser onerado pelo próprio titular e, tampouco, terceiros podem interferir nele, ainda que haja o consentimento do titular.

Todavia, conquanto o nome de “indisponíveis”, há quem entenda a existência de exceções a tal indisponibilidade. É o caso, por exemplo, do enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF)⁷ que dispõe que os direitos da personalidade podem sofrer limitação voluntária, desde que essa limitação não seja permanente, e nem geral.

Nesse passo, importante mencionar julgado do STF⁸ (RE n. 248.869/SP) que apresenta distinção entre direitos patrimoniais disponíveis e direitos indisponíveis (patrimoniais ou não). Os direitos que são meramente patrimoniais, em regra, são os disponíveis (que podem ser transacionados, renunciados, etc.), enquanto os que possuem a natureza existencial/pessoal (ex. privacidade, imagem, etc.) são aqueles que gozam de maiores limitações para sua disposição.

⁵ BRASIL. Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.prms.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/ministerio-publico-no-brasil/definicao>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/119440.html>>. Acesso em 15 abr. 2016.

⁷ BRASIL. Enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF): “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária desde que não seja permanente nem geral”. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 248.869/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+248869.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+248869.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9jks2>>. Acesso em: 15 abr. 2016.



O ministro relator, no seu voto, asseverou que a indisponibilidade de certo direito não advém da natureza pública ou privada das relações jurídicas que lhe são subjacentes, mas, sim, decorre da relevância que o direito possui. Ainda, explica que o direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por intermédio de seus representantes, considera como essencial à obtenção da paz social. O ministro ressaltou que o direito individual indisponível não pode ser disposto pelo seu titular, em prol do bem comum maior a proteger, porquanto está gravado de ordem pública subjacente, isto é, pela utilidade universal da comunidade.

Contudo, cabe anotar⁹ que a divisão entre direitos patrimoniais e não patrimoniais não se resolve com a simples afirmação de que os direitos patrimoniais são disponíveis, ao passo que os demais não são. Certamente, há direitos fundamentais que correspondem a valores financeiros, e seria incongruente aceitar que os valores pecuniários são disponíveis, ao passo que o direito, em si, não é. Por exemplo, os direitos concernentes à previdência social, os direitos dos trabalhadores, etc. são indisponíveis. Por sua vez, os direitos não patrimoniais da imagem e da inafastabilidade do controle jurisdicional (via a arbitragem), etc. podem ser dispostos.

Face ao exposto, constata-se que o conceito de “direitos indisponíveis” não é um conceito hermético, fechado, embora, num primeiro momento, possa parecer. Outrossim, o conceito de disponibilidade de um direito não leva em conta, primordialmente, o fato de esse possuir natureza pública ou privada. Convém anotar, ainda, que os direitos precipuamente existenciais, por serem intrínsecos à pessoa, levariam, de forma açodada, à conclusão que não podem ser dispostos, mas essa regra não é absoluta.

⁹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis – Os Limites e os Padrões do Consentimento para a Autolimitação do Direito Fundamental à Vida*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwIj15D915vMAhUHUZAKHSulD2gQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.grupoddp.com.br%2Fresources%2FDireitos%2520Fundamentais%2520Indispon%25C3%25ADveis%2520-%2520Let%25C3%25ADcia%2520Martel.pdf&usg=AFQjCNGQDXF-PG_M01VKZVo45DhDyNIIdiA&sig2=TOUO0KbZQtTFHkMjrOfKSA&cad=rja>. Acesso em 18 abr. 2016.



Nesse passo, delineados os contornos dos direitos indisponíveis, cumpre analisar os limites legais da transação.

Com efeito, uma das formas de realizar a transação é por meio do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC (também conhecido como Compromisso de Ajustamento de Conduta- CAC), que é um título executivo extrajudicial. Tal instrumento está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁰ e também no Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹¹. Há, ainda, outros diplomas legais, que preveem a transação, a saber, o artigo 53 da Lei Antitruste n. 8.884/94, que prevê o compromisso de cessação de atividade anticoncorrencial; artigo 79-A da Lei n. 9.605/98, que prevê o compromisso de ajustamento a ser tomado pelos órgãos ambientais. Tais diplomas constituem um microsistema do CAC no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, o objeto do CAC pode versar sobre qualquer obrigação de fazer ou não fazer, assim como a condenação em dinheiro, com o fito de assegurar os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Em outras palavras, o CAC busca reparar ou prevenir os danos provocados a direitos transindividuais por ação ou omissão específica¹².

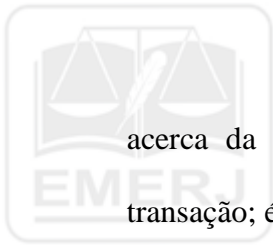
Destarte, o CAC não trata acerca da responsabilização penal ou administrativa. Com isso, considerando a autonomia das esferas de responsabilidade, a celebração do ajuste não exclui essas esferas. Com efeito, o CAC é um importante mecanismo de composição na modalidade submissão visando à solução negociada para o cumprimento de uma obrigação legal ou contratual.¹³ Realizada essas considerações, cabe mencionar a divergência doutrinária

¹⁰ BRASIL. Art. 211 do ECA: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

¹¹ BRASIL. O artigo 113 do CDC incluiu o §6º ao artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública n. 7.347/85, que assim dispõe: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

¹² MARIQUITO, Carla da Silva. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Aspectos Gerais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume X. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹³ SALGADO FILHO, Nilo Spinola; MARTINS Jr., Wallace Paiva. *Improbidade administrativa e transação*. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/improbidade_transacao.pdf>. Acesso em 21 mar. 2016.



acerca da natureza jurídica do CAC. Há três principais entendimentos: o CAC é uma transação; é um negócio jurídico; ou é um ato jurídico de reconhecimento do pedido.

Ante o exposto, verificam-se os limites legais da transação. Nessa esteira, convém agora analisar quais direitos a ação de improbidade administrativa busca tutelar/defender.

2. QUAIS ATOS A AÇÃO DE IMPROBIDADE BUSCA COIBIR E QUAIS OS RISCOS DE TRANSACIONAR OS DIREITOS ENVOLVIDOS NESSA AÇÃO?

No presente capítulo, serão examinados quais atos a ação de improbidade administrativa busca coibir, ocasião em que o estudo passará pela conceituação e exame da natureza jurídica do ato administrativo ímprobo. Serão investigados também os riscos que, porventura, a transação possa gerar, mormente as consequências de uma transação viciada, ante a má-fé do investigado. Desse modo, esse capítulo tem por objetivo apontar a conceituação e a natureza jurídica do ato probo, os principais atos que a ação de improbidade visa rechaçar, e indicar eventuais riscos de se transacionar os direitos envolvidos nessa ação.

De início, para melhor compreensão dos atos que a ação de improbidade visa a coibir, oportuno preliminarmente conceituar o ato de improbidade administrativa. A improbidade administrativa representa a desonestidade no tratamento da coisa pública, por parte dos administradores e servidores públicos¹⁴. Mas não só a desonestidade/corrupção, pois também o ato pode ser praticado mediante despreparo e incompetência do agente público¹⁵. Assim, o ato de improbidade administrativa configura toda conduta do agente público, a qual

¹⁴ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos: Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 674.

¹⁵ SOBRANE apud ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos: Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 674-675.



é nociva, corrupta, ou inepta, e viola, de forma dolosa ou culposa, os princípios constitucionais – implícitos ou expressos – que norteiam a Administração Pública, independente da ocorrência de locupletamento ilícito ou dano ao erário. *A contrario sensu*, o ato administrativo proba consubstancia a preservação da moralidade administrativa e do patrimônio público.

Nesse passo, não se pode olvidar de um alerta do doutrinador Arnaldo Rizzardo. Ele esclarece que não se pode confundir a improbidade com mera ilegalidade, ou com uma conduta que não observe o direito positivo, sob pena de quase a totalidade das irregularidades administrativas afrontarem o princípio da legalidade. Se fosse dessa forma, toda a autoridade coatora que perdesse na ação de mandado de segurança, em virtude de um ato ilegal, figurar-se-ia como réu na ação de improbidade administrativa. Desse modo, rechaçando essa conclusão, Rizzardo salienta que só é passível de ação de improbidade atos de gravidade maior, que afrontem princípios que prevaleçam a outros, como nos casos de o agente se aproveitar da função pública ou do patrimônio público com o fito de garantir vantagem pessoal, ou favorecer outrem, ou ir de encontro a valores relevantes da Administração Pública¹⁶.

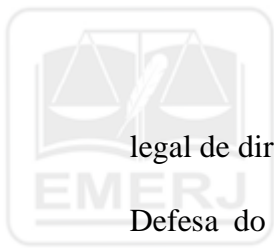
Nessa esteira, segundo assevera Cleber Masson, a doutrina majoritária entende que o ato de probidade administrativa possui natureza de direito difuso¹⁷. Aliás, esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a título de ilustração, no REsp 861.566/GO¹⁸, no REsp 507.142/MA¹⁹, e no REsp 1.085.218/RS²⁰. Com efeito, o conceito

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 360.

¹⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos: Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 675.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 861566/GO. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=765197&num_registro=200601194065&data=20080423&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 507.142/MA. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=601513&num_registro=200300044155&data=20060313&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.



legal de direito difuso está previsto no inciso I, do parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)²¹. Por ser difuso, compreende as seguintes características: objeto indivisível (interesse de todos e de cada um na observância da probidade); seus titulares unidos em virtude de uma situação de fato comum (estão sujeitos às consequências dos danos à probidade administrativa); e seus titulares são indeterminados ou indetermináveis (a tutela da probidade pertence à coletividade como um todo). Com efeito, considerando os contornos traçados no capítulo anterior e que a probidade administrativa é um direito difuso, pode concluir-se que a ação de improbidade administrativa busca a proteção de direitos indisponíveis.

Assentados o conceito e a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, cumpre agora verificar, com amparo na legislação específica, quais atos a ação de improbidade administrativa busca afastar da sociedade.

A norma que regula a ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.492/94) – a qual possui seu parâmetro no §4º, do art. 37, da CRFB/88 - traz 3 espécies de atos administrativos ímprobos em seu capítulo II (“Dos Atos de Improbidade Administrativa”), os quais se busca coibir: atos que importem enriquecimento ilícito²² (art. 9º, dessa lei), atos que causem prejuízo ao erário (art. 10, dessa lei) e atos que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11, dessa lei). Consoante a jurisprudência do STJ (Resp n. 875.163/RS²³, Resp n.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.085.218/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=920884&num_registro=200801872713&data=20091106&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016

²¹ BRASIL. Art. 81, I, do CDC: “ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (...)”.

²² Oportuno pontuar que na modalidade de enriquecimento ilícito não necessariamente o agente precisa gerar lesão aos cofres públicos, pois, a título de ilustração, ele pode ter recebido propina de terceiros (incisos I, II, III, V, VI e IX, do art. 9, da lei de improbidade administrativa).

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 875.163/RS. Relatora: Ministra Denise Arruda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=842690&num_registro=200601719017&data=20090701&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

414.697/RO²⁴ e Resp n. 827.445/SP²⁵), os atos de improbidade dos artigos 9º e 11, da lei em comento só se configuram quando eivados de dolo, ao passo que os atos do artigo 10 dessa lei podem ser praticados por dolo (vontade livre e consciente de praticar o ato ou assumir o risco da ofensa à probidade) ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia – ausência de dever objetivo de cuidado).

Apontados os atos que a ação de improbidade administrativa visa a impedir, cumpre neste momento indagar: caso hipoteticamente fosse possível transacionar direitos indisponíveis em ação de improbidade administrativa²⁶, haveria algum risco para o interesse público?

Para responder a essa pergunta, primeiro precisa esclarecer o que seria, na prática, “transacionar direitos na ação de improbidade”. Em síntese, isso se consubstancia na renúncia total ou parcial à pretensão das sanções da improbidade administrativa, isto é, quando o *parquet* abdica de requerer cumulativamente tais sanções ou celebra alguma espécie de acordo que implique resultado idêntico. O órgão público legitimado que toma o compromisso se obriga apenas a não agir judicialmente contra o compromitente em relação àquilo que foi objeto do ajuste.

Para o procurador de justiça Nilo Spinola e para o promotor de justiça Wallace Paiva tal transação possivelmente comprometeria a “Lei Ficha Limpa” (Lei Complementar n. 135/2010), porquanto se poderia acordar que o agente público apenas ressarciria o dano ou

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 414.697/RO. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=904735&num_registro=200200167295&data=20100916&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 827.445/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=838339&num_registro=200600589223&data=20100308&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

²⁶ A análise propriamente dita da (im) possibilidade de transação dos direitos tutelados pela ação de improbidade administrativa será feita no capítulo seguinte (3º Capítulo). Por ora, apenas partir-se-á da premissa que é possível, com o fito de analisar os riscos dessa transação.



pagaria uma multa, não o sancionando com a inelegibilidade²⁷. Ainda, oportuno lembrar que o investigado pelo ato ímprobo poderia confessar parcialmente ou mentir em certo ponto para as autoridades, de modo que evitasse investigação e colheita de provas mais apurada de todo o ato cometido, sob a cognição exauriente que uma ação judicial de improbidade administrativa poderia proporcionar. Com isso, diante da falsa percepção da realidade, o parquet estaria satisfeito com o acordo celebrado, o qual estaria fundamentado em inverdades ditas pelo agente público investigado. Outro risco que a doutrina²⁸ aponta é o instrumento firmado conter vício que lhe gere nulidade ou seja incapaz de reparar o dano na integralidade (o chamado “compromisso parcial”), frustrando, pois, a finalidade buscada pela lei de improbidade. Também se menciona que a vedação da transação na ação de improbidade (art. 17,§1º, Lei n. 8.429/92) é justamente para evitar a tredestinação do ato, isto é, evitar que sejam praticados atos mais graves de improbidade no bojo da própria ação de improbidade.

Assim sendo, demonstrados os atos ímprobos que a ação de improbidade busca coibir e os riscos de transacioná-los, examinar-se-á no capítulo seguinte se o Ministério Público possui legitimidade para defender os direitos indisponíveis protegidos pela ação de improbidade administrativa, bem como se a Constituição da República Federativa do Brasil autoriza que ele transacione tais direitos na aludida ação.

²⁷ SALGADO FILHO, Nilo Spinola; MARTINS Jr., Wallace Paiva. *Improbidade administrativa e transação*. Disponível em: < http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/improbidade_transacao.pdf >. Acesso em 17 mar. 2016.

²⁸ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE FARIAS, Bianca Oliveira. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <http://http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468>. Acesso em 17 out. 2016.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO É LEGITIMADO PARA DEFENDER DIREITOS INDISPONÍVEIS? SE SIM, ELE PODERIA TRANSACIONÁ-LOS EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

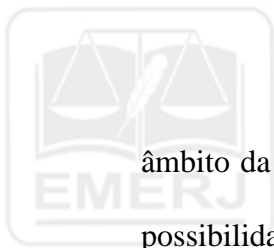
No presente capítulo, examinar-se-á se o Ministério Público possui legitimidade para defender direitos indisponíveis, bem como se a Constituição da República Federativa do Brasil autoriza que ele transacione tais direitos em ação de improbidade administrativa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 prevê expressamente, em seu artigo 127, *caput* que ao Ministério Público incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por sua vez, o art. 129, III, parte final, desse diploma também anota que é função institucional do parquet proteger interesses difusos e coletivos, que pode ser veiculada pela ação civil pública (Lei n. 7.347/85). Outrossim, o artigo 82, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei n. 8.078/90) preconiza que o parquet é legitimado para tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Dessa forma, verifica-se, sem muito esforço, que o Ministério Público é legitimado para defender os direitos indisponíveis.

Nesse passo, cumpre examinar agora: o órgão ministerial poderia transacionar tais direitos indisponíveis em ação de improbidade administrativa?

Tal indagação gera controvérsia no mundo jurídico. Com efeito, a lei de improbidade administrativa expressamente veda qualquer transação ou acordo nas demandas de improbidade administrativa²⁹ (art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429, de junho de 1992). Todavia, a discussão dessa controvérsia ficou mais acentuada com a entrada em vigor da lei de mediação no ano de 2015 (Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015), a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no

²⁹ BRASIL. Art. 17, da Lei n. 8.429/92. “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”



âmbito da administração pública. Nessa lei de mediação, o artigo 36, §4º claramente prevê a possibilidade de conciliação nas ações de improbidade administrativa³⁰. Deveras, há um conflito aparente de normas. E agora, qual dessas 2 leis prevalecer?

Em se tratando de conflito aparente de normas, precisa-se utilizar os critérios que resolvem esse conflito, quais sejam, hierárquico, especial e cronológico. O critério hierárquico não ajuda a resolver esse dilema, porquanto essas duas leis possuem o mesmo status de lei ordinária. Desse modo, é necessário verificar a solução nos demais critérios elencados. De um lado, tomando-se como base o critério especial, a lei de improbidade prevaleceria sobre a lei de mediação, por se aquela lei mais específica sobre o tema de improbidade, logo, não poderia transacionar os direitos indisponíveis. Por outro lado, levando-se em conta o critério cronológico, a lei de mediação prevaleceria sobre a lei de improbidade, por ser aquela mais recente e, portanto, poderia sim transacionar os direitos indisponíveis.

Por certo, o critério cronológico deve prevalecer (sendo possível a transação na ação de improbidade), na esteira do que ensina Caio Mário da Silva Pereira sobre o §2º, do art. 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³¹ (LINDB – Decreto-Lei n. 4.657/1942), citado por Fábio de Oliveira Azevedo³². Caio Mário conclui que uma lei geral posterior pode revogar uma lei especial e vice-versa, se a lei posterior for incompatível com a anterior. Fábio de Oliveira exemplifica a Lei de condomínio e incorporação (Lei n. 4.591/64) que é especial em relação ao Código Civil/2002, mas que esta lei revogou aquela em boa parte.

³⁰ BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015: “Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. (...)§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

³¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657/1942: “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

³² CAIO MÁRIO apud AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 59.

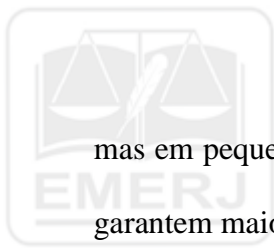


Nessa esteira, alguém poderia indagar que faltam normas mais específicas que regulem como se daria tal transação. De fato, sim, todavia, a doutrina sistematiza isso³³. Com efeito, Humberto Dalla e Bianca Oliveira apresentam 4 efeitos da transação celebrada entre as partes: a) determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado; b) formação de título executivo extrajudicial; c) suspensão do procedimento administrativo no qual foi tomado ou para o qual tenha repercussão; d) encerramento da investigação após seu cumprimento. No caso de o termo de ajustamento de conduta ser celebrado no curso de procedimento investigatório, tal acordo deveria ser submetido a procedimento administrativo de controle e monitoramento, ou seja, acompanhamento *interna corporis*. Se houver descumprimento do acordo, não seria o caso de prosseguimento do procedimento investigatório e, tampouco, de ajuizamento de ação de conhecimento, pois bastaria o ajuizamento de ação executiva.

Essa mesma doutrina elenca 4 limites que a transação deve respeitar: a) não pode o termo de ajustamento fixar cláusulas impedindo o acesso dos lesados à jurisdição, ou seja, o que se sentir individualmente lesado poderá adentrar as portas do Judiciário; b) não pode o acordo incluir renúncia a direitos materiais de que não são titulares os órgãos públicos legitimados, mas sim a coletividade; c) não pode ocorrer transação no que tange ao objeto material do litígio, haja vista que os legitimados à ação civil pública não possuem disponibilidade sobre o direito material controvertido.

Contudo, Humberto Dalla e Bianca Oliveira destacam a possibilidade de pequenas concessões relativas à forma e ao prazo para cumprimento das obrigações constantes do acordo, uma vez que essas não significam transação sobre o direito material controvertido,

³³ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE FARIAS, Bianca Oliveira. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468>. Acesso em 17 out. 2016.



mas em pequenos benefícios que não violam a indisponibilidade do direito em questão, e que garantem maior viabilidade na reparação dos danos ocorridos.

Com efeito, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves defendem³⁴ que a intenção do legislador foi proibir a celebração de TAC, em matéria de improbidade, que afaste a aplicação das sanções elencadas no art. 12, da lei de improbidade. Por outro lado, tais doutrinadores aceitam a possibilidade de acordo no que concerne às condições, o prazo e o modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente, por serem direitos meramente patrimoniais, disponíveis. Nesse ponto, salientam que não se poderia dispor da reparação integral do dano e da pretensão sancionatória. Dessa forma, o que for acordado entre o agente ímprobo e o órgão legitimado quanto à reparação integral do dano (condições, prazo e modo) não impedirá o ajuizamento da ação civil para a aplicação das sanções elencadas no art. 12, da lei de improbidade e no art. 37, § 5º, da CRFB/88, tais como: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública; a proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios; e o pagamento de multa.

Por derradeiro, não é despidendo ressaltar que há, basicamente, dois entendimentos sobre o controle judicial do compromisso de ajustamento de conduta: a) o CAC consubstancia garantia/responsabilidade mínima e, portanto, outro legitimado poderia pleitear em juiz algo além do acordado; e b) a existência de CAC impede que outro legitimado proponha ação civil pública sobre esses mesmos fatos, sob alegação de mera insatisfação, por carecer de interesse processual³⁵.

³⁴ ALVES; GARCIA apud DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE FARIAS, Bianca Oliveira. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468>. Acesso em 17 out. 2016.

³⁵ MARIQUITO, Carla da Silva. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Aspectos Gerais*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume X. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 21 mar. 2016.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, foram verificados, de início, os contornos dos direitos indisponíveis, tendo sido demonstrado que até tais direitos podem ser dispostos - ex. abrir mão de parcela de direito da personalidade, tal como, o direito à imagem. Em outras palavras: direitos indisponíveis podem ser dispostos. Tal afirmação pode parecer contraditória num primeiro olhar, mas não é, porquanto o conceito de “direitos indisponíveis” não é hermético, fechado. Desse modo, foi observado que o direito atinge o status de “direito indisponível”, basicamente, em virtude de sua maior importância perante os demais – ser direito basilar da sociedade -, mas convém salientar que tal relevância não advém necessariamente da natureza pública ou privada das relações jurídicas que lhe são subjacentes, conforme já exposto.

Nessa esteira de raciocínio, no segundo capítulo, foi apresentado o entendimento da doutrina majoritária de que a probidade administrativa possui a natureza de direito difuso. Em razão das características dessa natureza, especialmente o interesse da coletividade, pode concluir-se que a ação de improbidade administrativa busca a proteção de direitos indisponíveis. Ainda no segundo capítulo, tomando-se como base a possibilidade da transação de direitos indisponíveis, foram apontados os riscos de eventual transação desses direitos em ação de improbidade.

Com o prosseguimento do estudo, no terceiro capítulo, demonstrou-se, de início, a evidente legitimidade do órgão do Ministério Público para defender direitos indisponíveis. Posteriormente, constatou-se que o ordenamento jurídico pátrio autoriza que o parquet transacione direitos indisponíveis em ação de improbidade administrativa, especialmente porque ele é legitimado para tutelar direitos indisponíveis e, também, em razão da vigência do artigo 36, §4º, da Lei n. 13.140/2015 (que autoriza a transação em ação de improbidade), que



é posterior e vai de encontro ao que dispõe no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 (que veda a transação dos direitos tratados na ação de improbidade).

Dessa forma, a atuação do parquet está calcada em alcançar um resultado mais célere e eficaz do que o processo de improbidade administrativa conseguiria. Assim, a Constituição deve ser lida com olhar vanguardista e pragmático, de modo a proporcionar mecanismos realmente eficazes para a solução de danos causados por agentes públicos ímprobos no seio da sociedade.

Nesse ponto, não é despidendo lembrar que a operação “Lava-Jato” da Polícia Federal está rompendo, atualmente, paradigmas no sentido de reaver valores e de descobrir verdades que alguns anos atrás sequer se cogitavam conseguir. Certamente, esse resultado está sendo obtido em virtude da adoção do instituto da “delação premiada” (art. 4º, §16, da Lei n. 12.850 de 2 de agosto de 2013). Instituto que possui características parecidas (mas não iguais) com a transação na ação de improbidade administrativa. Ademais, se na própria esfera penal, a qual é responsável por reprimir as condutas mais graves, é possível abreviar a demanda mediante a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995), por qual razão não se poderia abreviar a ação de improbidade administrativa com a transação? Por óbvio, sempre lembrando que o atuar do parquet deve se pautar em direção ao interesse público.

Nem se alegue que isso daria poder imensurável ao MP, porquanto, pelo princípio republicano constante na democracia brasileira, o CAC celebrado entre o parquet e o agente público pode ser revisto judicialmente se constatados vícios, sendo os responsáveis, por conseguinte, responsabilizados. Dessa maneira, é possível que o Judiciário, uma vez consultado, analise se o CAC firmado afronta a lei ou a proporcionalidade. O exame da proporcionalidade verifica se as obrigações estabelecidas, no CAC, são adequadas, suficientes, e se os prazos e condições pactuadas se coadunam com a extensão do dano que se

busca reparar. Isto é, a flexibilização das condições impostas deve ser motivada/justificada, podendo o MP exigir do transgressor até garantias de cumprimento. Também, o Judiciário será legitimado a anular o CAC se observar erro, coação e pessoalidade.

Por seu turno, não é despiciendo lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a transação em questão, mas seria ideal, com lastro na segurança jurídica, que houvesse maior regulamentação de tal instituto. Deveras, tal regramento poderia positivizar as ideias que a doutrina especializada sugere, as quais foram citadas no capítulo anterior.

Ante o exposto, oportuno mencionar que o presente artigo científico adotou a metodologia qualitativa, na medida em que se analisou a possibilidade de transação de direitos indisponíveis, bem como os riscos de se transacionar tais direitos em ação de improbidade. Também, adotou-se a metodologia descritiva, haja vista que foram apresentados os contornos da transação e dos direitos indisponíveis, e o escopo da ação de improbidade administrativa. Por derradeiro, concluiu-se que o ordenamento jurídico brasileiro legitima o Ministério Público a transacionar direitos indisponíveis em ação de improbidade administrativa. Diante disso, para tal estudo, foi promovida a pesquisa bibliográfica – livros e artigos científicos -, e levado a efeito a leitura analítica do material coligido sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*: esquematizado. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

ALVES; GARCIA apud DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE FARIAS, Bianca Oliveira. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468>. Acesso em 17 out. 2016.



BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Lei complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 21 mar. 2016.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.prms.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/ministerio-publico-no-brasil/definicao>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/119440.html>>. Acesso em 15 abr. 2016.

_____. Enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF). Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 248.869/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+248869.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+248869.ACMS.%29&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/a9jks2>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 827.445/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=838339&num_registro=200600589223&data=20100308&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 861566/GO. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=765197&num_registro=200601194065&data=20080423&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 507.142/MA. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=601513&num_registro=200300044155&data=20060313&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.085.218/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=920884&num_registro=200801872713&data=20091106&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 875.163/RS. Relatora: Ministra Denise Arruda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=842690&num_registro=200601719017&data=20090701&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 875.163/RS. Relatora: Ministra Denise Arruda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=842690&num_registro=200601719017&data=20090701&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 414.697/RO. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=904735&num_registro=200200167295&data=20100916&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2016.

CAIO MÁRIO apud AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: introdução e teoria geral*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 59.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE FARIAS, Bianca Oliveira. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468>. Acesso em 17 out. 2016.

DOS SANTOS, Eduardo Sens. *Tac em improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2016.



MARIQUITO, Carla da Silva. Compromisso de Ajustamento de Conduta: aspectos gerais. *Revista Eletrônica de Direito Processual. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. v. X.* Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 21 mar. 2016.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida.* Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwWij15D915vMAhUHUZAKHSulD2gQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.grupoddp.com.br%2Fresources%2FDireitos%2520Fundamentais%2520Indispon%25C3%25ADveis%2520-%2520Let%25C3%25ADcia%2520Martel.pdf&usg=AFQjCNGQDXF-PG_M01VKZVo45DhDyNIdiA&sig2=TOUO0KbZQtTFHkMjrOfKSA&cad=rja>. Acesso em 18 abr. 2016.

MORAES, Adriana Ribeiro Soares. *Mitigação à Vedação da Transação da Aplicação das Sanções da Lei de Improbidade Administrativa.* Disponível em: <www.mpsp.mp.br>. Acesso em 20 mar. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa.* 3 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola e MARTINS Jr., Wallace Paiva. *Improbidade administrativa e transação.* Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/improbidade_transacao.pdf>. Acesso em 21 mar. 2016.

SOBRANE apud ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos: esquematizado.* 5 ed. São Paulo: Método, 2015.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 274, 7 abr. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5053>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

PRINCIPAIS QUESTÕES PROCESSUAIS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Raphael Molinaro de Souza Esperon

Graduado pela Universidade Candido
Mendes. Advogado.

Resumo: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma novidade processual trazida pela Lei n 13.105/15 que pode ser instaurado em qualquer fase do processo. Esse procedimento objetiva resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, consoante a garantia do contraditório relacionada à citação daqueles que poderão ter seus bens apreendidos e a observância do devido processo legal. O presente trabalho visa abordar a relevância dessa técnica e explicitar as principais questões processuais acerca do instituto.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Lei n 13.105/15. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Questões.

Sumário: Introdução. 1. Natureza jurídica. 2. Relação à regra do contraditório e do devido processo legal. 3. Aspectos processuais do incidente da desconsideração. Conclusão. Referências.



INTRODUÇÃO

A Lei n 13.105/15 trouxe inovações, supressões e atualizações processuais ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentre essas novidades, verifica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, uma inovação procedimental inserida no direito processual civil com natureza jurídica de intervenção de terceiro na modalidade forçada.

Nesse sentido, o presente artigo científico discute as principais questões processuais acerca desse incidente. Procura-se demonstrar que, fundamentalmente, o mencionado instituto objetiva a eficiência da prestação jurisdicional no tocante ao cumprimento da respectiva obrigação.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias em relação ao tema para explicitar se esse procedimento garante efetivamente as regras do contraditório e do devido processo legal, vide art. 5º, incisos LV e LIV, da CRFB/88, respectivamente.

Importa afirmar que tal instituto tem relevância social, econômica e, principalmente jurídica, haja vista a possibilidade de se alcançar o patrimônio dos sócios, responsáveis secundários da obrigação contraída pela pessoa jurídica, vide art. 790, inciso VII, do CPC.

Em razão da ausência de previsão legal desse procedimento, por exemplo, os bens dos sócios eram apreendidos sem que eles participassem do pronunciamento favorável do juiz à desconsideração da personalidade jurídica. Desse modo, eles não influenciavam na decisão judicial que delimitava a responsabilidade patrimonial, e, assim, o modelo constitucional de processo brasileiro era violado, pois a privação dos bens dos sócios ocorria sem o devido processo legal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a natureza do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o seu conceito e a sua repercussão no direito processual civil brasileiro.

O segundo capítulo segue apresentando os principais aspectos processuais do referido incidente no Direito Processual Civil, analisando o disposto no art. 137 do CPC e a sua relação com o terceiro diante da regra do contraditório, prevista no art. 5, inciso LV, da CRFB/88.

O terceiro capítulo se destina a examinar especificamente a aplicação do incidente no âmbito das relações consumeristas e o modo de atuação do magistrado nesse caso. Para tanto, foi necessário refletir se essa atuação violaria ou não o contraditório, em razão da possibilidade da instauração de ofício dessa modalidade de intervenção de terceiro. Haveria um contraditório diferido ou postergado? Essa posição estaria consoante o art. 133, caput, do CPC? Essas são as reflexões a serem observadas.

Por fim, a pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica. Qualitativa, pois objetivará interpretar a influência do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos práticos dessa inovação; explicativa, porque explicitará as controvérsias decorrentes da instauração do incidente; e será bibliográfica, visto que terá como fontes principais de estudo a legislação, a doutrina e os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.



1. A PERSONALIDADE JURÍDICA E A NATUREZA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO

As pessoas jurídicas são conceituadas, majoritariamente, como a reunião de pessoas ou de bens que adquirem personalidade jurídica em razão de uma ficção legal. Dispostas no art. 45 do Código Civil Brasileiro de 2002, foram criadas por uma política legislativa, possuem personalidade jurídica própria - distinta dos seus sócios ou responsáveis -, assim como direitos e deveres.

Observa-se que a consideração da personalidade jurídica traz como consequência a atribuição de responsabilidades às pessoas jurídicas mediante atos praticados pelos seus representantes. Entretanto, juridicamente e em determinados contextos é possível desconsiderar essa personalidade para delimitar o patrimônio das pessoas físicas responsáveis para responder com os seus bens presentes e futuros para o cumprimento das obrigações, vide art.790, inciso VII, da Lei n 13.105/15¹.

É importante informar que a teoria sobre essa desconsideração surgiu no final do século XIX como consequência de uma questão à limitação da responsabilidade dos sócios nas formas societárias, incorrendo em efeitos sociais e políticos.

Por isso, afirma-se que a desconsideração da personalidade jurídica é uma técnica jurídica com a finalidade de suspender temporariamente a limitação de responsabilidade e não a própria personalidade jurídica da pessoa jurídica, pois essa restrição patrimonial tem características de elemento accidental da personalidade.

¹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 out. 2016



Após breve análise conceitual e histórica, assevera-se que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, criado pela Lei n. 13.105/15, tem natureza jurídica de intervenção de terceiro na modalidade forçada.

Inicialmente importa observar que o conceito de terceiro é determinado por exclusão. Nas palavras do professor José Carlos Barbosa Moreira²: “é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão”.

Em relação à intervenção de terceiro, o professor Fred Didier Jr³, ao lecionar sobre o tema, colaciona:

“A intervenção de terceiro é um fato jurídico processual que implica modificação do processo já existente. Trata-se de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte.”

Ressalta-se que esse incidente, espécie de intervenção, situa-se na modalidade forçada, também denominada de provocada, em razão de o terceiro ser levado à relação processual de forma não espontânea.

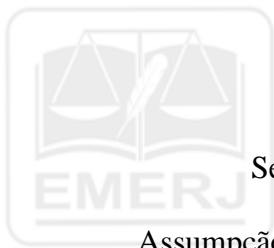
De acordo com o art.795, § 4, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro⁴ para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente em exame, salvo nas hipóteses do art. art. 134, § 2 do mencionado Código⁵, pois se requerida na petição inicial não há que se falar em incidente processual, ou seja, se instaurado um processo novo autônomo não há um processo pendente, e, desse modo, não há um terceiro, mas uma parte propriamente dita.

²MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.291

³DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. v. 1. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2015, p.276

⁴BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 out. 2016

⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 out. 2016



Seguindo a posição do Superior Tribunal de Justiça, o professor Daniel Assumpção⁶ expõe que a criação desse incidente processual foi baseada nos princípios da celeridade e da economia processual, porque exigir um processo de conhecimento para a aplicação da desconsideração atrasaria ainda mais o cumprimento da obrigação existente.

Esse entendimento é consagrado pelo referido Tribunal Superior, consolidando a natureza do instituto de incidente processual, e não de processo incidente, no julgamento do Resp. n 1.096.604/DF⁷:

[...]1. A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedita por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre.

2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.[...]

Assim, presentes os pressupostos para essa desconsideração - observados pelo direito material e que, por essa razão não serão objeto de análise neste artigo - e conseguindo o credor prová-los de forma incidental é desnecessário um processo autônomo, haja vista a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores e a previsão legal do CPC.

⁶NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 308

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª turma. Resp n 1.096.604/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1096604&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 18 jul. 2016



2. A (DES)NECESSIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA DO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA E O CONTRADITÓRIO

De acordo com a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica configurada como incidente processual pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, sendo garantido, entretanto, o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa, vide art. 5, inciso LV, da CR/88⁸.

Veja a ementa de uma decisão nesse sentido⁹:

[...]1. A questão relativa à prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela aplicação da disregard doctrine, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, encontra precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: "A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade" (REsp 1.414.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/10/2015).

2. Hipótese em que, ademais, não foi demonstrada a existência de prejuízo à defesa, uma vez que, reconhecida a coincidência entre os quadros societários das empresas envolvidas, verificou-se que os sócios administradores da sociedade recorrente já figuravam no polo passivo da execução, o que lhes possibilitou o exercício do contraditório acerca da aplicação da disregard doctrine antes de proferida qualquer decisão a respeito. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas (CPC/1973, art. 249, § 1º).[...]

Entretanto, deve ser observado que o fundamento dessa decisão, relacionada à determinação da desconsideração não prejudicar a defesa dos sócios, baseia-se no fato deles já figurarem no pólo passivo da execução, o que não inviabilizaria o conhecimento de tal fato e a possibilidade de manifestação.

⁸ 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.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça .4ª Turma. Resp n 1545817 / SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1545817+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC &p=true>> Acesso em: 18 jul. 2016



Desse modo, e com base em uma interpretação a *contrario sensu*, pergunta-se: se assim não fosse, seria necessária a citação prévia dos sócios que podem ter seus bens atingidos pela decretação da desconsideração da personalidade jurídica?

Então, a controvérsia surge exatamente sobre esta questão: a dispensa da citação desses sócios no momento da decretação da personalidade jurídica viola a regra do contraditório?

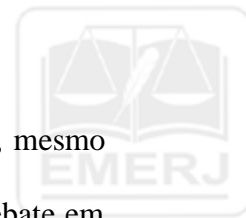
Sobre o contraditório, na década de 30 o professor Joaquim Canuto compreendia tal regra como sendo uma garantia de ciência bilateral de atos e termos do processo com a conseqüente possibilidade da manifestação de ambas as partes sobre os mesmos.

Segundo o professor Alexandre Câmara¹⁰, a mencionada explanação configura uma garantia formal ao contraditório, qual seja, informação necessária e reação possível. O referido autor salienta que o contraditório é mais do que isso, pois em um Estado Democrático de Direito deve existir a participação das partes.

Ele leciona que os interessados no ato poderão participar efetivamente de seu procedimento de produção e terão influência no resultado de tal ato, caracterizando-os juridicamente como legitimados.

Em síntese, o contraditório deve ser substancial, ou seja, deve observar uma efetiva garantia de participação das partes com influencia no processo e uma garantia de não surpresa. Esta é respeitada quando o processo é construído pelas partes e pelo juiz. Desse modo, não se admite uma decisão que seja baseada em fundamentos que não tenham sido debatidos ou uma decisão quando sequer fosse oportunizada a manifestação das partes.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.



O art. 10 do Código Processual Civil Brasileiro¹¹, inclusive, explicita que, mesmo quando vislumbrar questão de ordem pública, o juiz deve trazer a matéria para o debate em respeito ao contraditório.

Após breve análise sobre o contraditório, observa-se que o art. 135 do CPC/15¹² dispõe que “instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.” Além disso, o art. 137 do mencionado Código¹³ expõe que “acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”

Assim, conclui-se que a jurisprudência vai ao encontro do que está disposto em ambos os artigos citados, pois o legislador não se referiu à citação prévia quando da decretação da desconconsideração da personalidade jurídica daquele que pode ter seus bens atingidos.

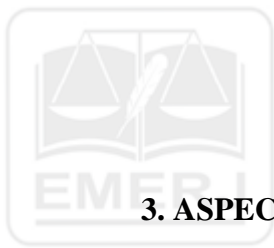
Seguindo a posição da doutrina majoritária, entende-se que a ausência da citação nesse momento privilegia a eficácia e a eficiência do instituto da desconconsideração, pois o sócio “sumiria” com o seu patrimônio, por exemplo, o que inviabilizaria a execução e o consequente resultado de sua responsabilidade patrimonial secundária frente ao cumprimento da obrigação contraída pela respectiva pessoa jurídica. Além disso, o contraditório postergado seria observado.

Por fim, e voltando ao art. 137 do CPC, considera-se que a partir da decisão interlocutória que acolher o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica e desde a citação da pessoa jurídica referente à instauração do incidente poderá ser configurada a fraude à execução, se houver alienação de bens, sejam dos sócios ou da pessoa jurídica.

¹¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 out. 2016

¹² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 out. 2016

¹³ _____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2016



3. ASPECTOS PROCESSUAIS REFERENTES À INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

Recapitulando, observa-se que a instauração do referido incidente processual faz com que, se devidamente citado, um novo sujeito incorra na respectiva relação processual, ampliando, assim, a demanda. Didier¹⁴ sustenta que, além disso, “Acresce-se ao processo um novo pedido: aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica ao terceiro [...]”, em razão da prática de atos ilícitos.

Diante disso, dispõe o art. 134 § 3 do CPC/15¹⁵ que a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica suspenderá o processo, salvo quando for requerida na petição inicial, pois, neste caso, não se estará diante de um incidente, considerando a ausência da característica acessória do mencionado procedimento.

Entretanto, tal intervalo não deve ser observado de modo absoluto, ou seja, os atos processuais relacionados ao próprio procedimento da desconsideração devem ser admitidos, sob pena de ineficiência da prestação jurisdicional. Nesse sentido, o professor Alexandre Câmara¹⁶ afirma que o caso em exame configura uma suspensão imprópria. Ele é categórico ao afirmar que:

[...]se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica implicasse mesmo a suspensão do processo, ter-se-ia um paradoxo: o processo ficaria suspenso até a resolução do incidente mas, de outro lado, não se poderia resolver o incidente porque o processo estaria suspenso.

Fica claro, então, que não se está diante de verdadeira e própria suspensão do processo. O que se tem é, apenas, a vedação à prática de certos atos do processo (aqueles que não integram o procedimento do incidente), o que perdurará até que o incidente de desconsideração seja decidido [...].

¹⁴DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17. ed. v. 1. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 520.

¹⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 out. 2016

¹⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 99.



Outro aspecto processual relevante está relacionado ao âmbito dos juizados especiais cíveis. Em que pese à vedação expressa do art. 10 da Lei n.9.099/95¹⁷ no tocante a inadmissibilidade de qualquer forma de intervenção de terceiro no processo de competência dos juizados, o art. 1.062 do CPC/15¹⁸ dispõe que “o incidente de descon sideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.”

Haveria um conflito entre normas, nesse caso? O art. 98, inciso I, da CRFB/88¹⁹ estaria sendo violado em razão de eventual complexidade encontrada nas demandas em que o incidente fosse requerido? Desde logo, afirmo que não.

Veja o mencionado artigo:

[...]Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]

Os juizados especiais cíveis têm competência para o processamento e julgamento de causas de pequeno valor e de menor complexidade. Ressalta-se que a complexidade observada aqui é aquela referente à sua juridicidade, ou seja, à matéria debatida no processo, conforme art. 3º da Lei n. 9099/95²⁰. Assim, sua competência é fixada em razão da matéria.

Já o Código de Processo Civil, nas disposições finais e transitórias, objetiva adaptar o seu conteúdo processual e material a outros estatutos, além de regular a lei no tempo. As leis processuais do Código ao entrarem em vigor são aplicadas desde logo e, desse modo, a previsão expressa do art. 1.062 do CPC prevalece sobre a do art. 10 da Lei n.9099/95.

¹⁷BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 3 out. 2016.

¹⁸_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 out. 2016

¹⁹_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 3 out. 2016.

²⁰_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 3 out. 2016



Diante disso, afasta-se também qualquer alegação no sentido de especialidade da lei dos juizados especiais cíveis estaduais relacionada a esse tema específico.

CONCLUSÃO

O Novo Código Processual Civil criou o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e tratou da legitimidade para a instauração desse procedimento, do momento e das conseqüências dessa instauração, das conseqüências da decisão favorável à desconsideração, assim como do recurso cabível a tal pronunciamento judicial.

Diante disso, observa-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica teve seu procedimento bem delimitado pela lei, o que privilegia as garantias fundamentais do contraditório, do devido processo legal e conseqüentemente a segurança jurídica nas relações processuais.

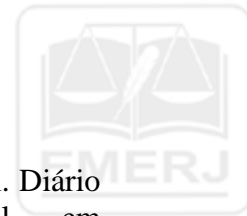
Assim, os credores têm uma maior garantia de que receberão a efetiva prestação jurisdicional e os devedores um direito positivado de que lhes será assegurado o contraditório, com as devidas conseqüências em termos de limitação patrimonial caso pratiquem atos ilícitos.

REFERÊNCIAS

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: 3 out. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21/03/2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 3 out. 2016



_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21/03/2016.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17. ed. v. 1. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2015.

FLEXA, Alexandre Martins; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Salvador: Juspodvim, 2015.

_____. Procedimento para Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 159-167, set./out. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 6, n. 6, p. 57-68, fev./ago. 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 26. ed. Forense, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Robério de Sousa Damião

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: o presente trabalho discorre sobre os critérios jurídicos e sociológicos concernentes ao reconhecimento de paternidade do filho gerado por reprodução assistida heteróloga em face do critério biológico. Contempla a falta de leis especiais sobre o tema e as divergências doutrinárias decorrentes desta nova forma de família parental. Considera-se os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, Código Civil brasileiro de 2002, Lei de Biossegurança, Estatuto da Criança e do Adolescente, Resoluções do Conselho Federal de Medicina, jurisprudência, doutrina e direito comparado. O parentesco estabelecido é o civil equiparado ao de “adoção”, dispensa-se qualquer aferição baseada em consanguinidade, em que a vontade e o risco dos pais são os elementos essenciais para o estabelecimento da paternidade. Os critérios utilizados são objetivos, subjetivos e formais e consideram em primeiro plano o melhor interesse do filho e o princípio constitucional da igualdade entre estes.

Palavras-Chaves: Direito de Família. Filiação. Reconhecimento de Paternidade. Fertilização Assistida Heteróloga.

Sumário: Introdução. 1. Abordagem Constitucional. 2. Legislação no Brasil e princípios adotados. 3. Requisitos necessários para o reconhecimento do vínculo parental na reprodução assistida heteróloga. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute e atualiza os critérios objetivos, subjetivos e formais que poderão ser utilizados na determinação do vínculo parental de filhos resultantes de técnicas de reprodução humana artificial que utiliza gametas de doadores anônimos e adota o critério civil de vínculo parental.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se é perfeitamente possível fundamentar o vínculo jurídico da paternidade com base em critérios relativos à vontade e risco do genitor.

A falta de regulamentação específica sobre a matéria não obsta as implicações sociais, políticas, morais e sanitárias decorrentes desta prática, exigindo-se suporte jurídico para proteção dos direitos e interesses dos envolvidos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “vínculo jurídico de filiação e paternidade” e compreender como esse conceito foi alterado no ordenamento jurídico pátrio ao logo dos anos e com o advento das novas tecnologias de reprodução humana artificial, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da Carta Constitucional no Direito de Família e no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito. No qual, adota-se o princípio da dignidade da pessoa humana como ponto de chegada dos valores jurídicos na ordem constitucional e a reprodução artificial como meio legítimo de satisfação do desejo de ter filhos aos que não conseguem por meio natural.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o estabelecimento da paternidade-filiação nesta forma de reprodução humana obedece em primeiro plano o interesse da criança e em segundo, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Devendo ser utilizado os comandos do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente no que se compatibilizem em relação ao parentesco civil.

No terceiro capítulo, examina-se a partir de quando se constitui o vínculo parental nesta forma de reprodução humana artificial, qual o papel da vontade e a natureza jurídica do consentimento da pessoa que não contribuiu com material fecundante para procriação, debatendo-se os critérios objetivos, subjetivos e formais que podem ser adotados em decisões judiciais na determinação deste vínculo de filiação e paternidade.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritivo-qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que se tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

Questões que envolvem a dignidade da pessoa humana, sua concepção e a liberdade individual de planejamento familiar, tornam os aspectos civis da reprodução assistida, matéria obrigatória no âmbito do Direito Constitucional, consagradas no artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988¹.

O princípio da igualdade entre os filhos, nos termos do artigo 227, § 6º da Carta Magna de 1988, determina que os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações².

A origem não consanguínea dos filhos, como as que decorrem das técnicas de reprodução humana que utilizam gametas de doadores anônimos, não gera qualquer exclusão ou diminuição nos direitos e qualificações daqueles.

Interpretações restritivas relativas à igualdade entre os filhos representa resgate indevido ao sistema constitucional anterior a 1988.

A paternidade-filiação na reprodução assistida heteróloga obedecerá em primeiro plano o interesse maior da criança e em segundo, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

A despeito da ausência de regulamentação específica sobre a matéria, não há impedimento constitucional para que sejam aplicados o Código Civil vigente e o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se compatibilizem em relação ao parentesco civil.

O vínculo parental na reprodução assistida heteróloga é analisado a semelhança do decorrente da adoção³, desde que atendam os critérios de parentesco civil⁴. Contudo, não há

¹BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

²Ibid.

³VELOSO, Zeno. “As novas relações de família”: XV Conferência da OAB. Anais. Foz do Iguaçu: OAB, 1194. P 639-647.

⁴BARBOSA, Heloíza Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 64.



falar em total equiparação dos vínculos, uma vez que há diferenças marcantes no momento do estabelecimento e nos seus aspectos psicoafetivos⁵.

Na esfera deontológica, o Conselho Federal de Medicina atualizou esta ceara normativa através da Resolução nº 2.121/2015, em que considera a decisão do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconhecendo e qualificando como entidade familiar a união estável homo afetiva na ADI 4.277 e ADPF 132⁶.

Na mesma Resolução, normatiza a utilização de material genético criopreservado e possibilita sua utilização em técnicas de reprodução assistida, independente do estado civil ou da orientação sexual das pessoas⁷.

Considera, também, que a infertilidade humana é um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, legitimando as pessoas no seu anseio de superá-las, tendo por base a dignidade da pessoa humana e a liberdade de planejamento familiar⁸.

Para tal, busca soluções no avanço do conhecimento científico e harmoniza o uso dessas técnicas com os princípios constitucionais. Nos quais, a adoção de gametas nunca terá caráter lucrativo ou comercial, doadores não poderão conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, salvo em situações especiais, por motivação de saúde⁹.

O princípio constitucional da paternidade responsável contemplará a presunção absoluta de paternidade e a impossibilidade jurídica de impugnação para quem anuiu a procriação de forma livre e consciente através da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Adota-se a regra do sigilo no procedimento médico e o anonimato do doador, dos cônjuges e da criança, para uma melhor integração familiar. Veda-se, portanto, o fornecimento de qualquer certidão com referência a identificação do pai biológico¹⁰.

O sigilo só é relativizado em função do direito fundamental à identidade, no qual a pessoa que resulta da técnica de reprodução assistida pode excepcionalmente ter acesso às informações de sua história, sempre resguardando a identidade civil do doador¹¹.

⁵MARTINEZ COCO, Elvira. *Um intento de respueta al por qué y el para que de la inseminación y fecundación artificiales*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 75, p.17-22, jan-mar. 1996.

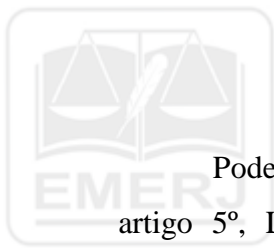
⁶BRASIL. Resolução CFM nº 2.121/2015, publicado no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I. P.117.

⁷Ibid.

⁸Ibid.

⁹Ibid.

¹⁰Ibid.



Pode-se invocar excepcionalmente o remédio constitucional *habeas data*, previsto no artigo 5º, LXXI da Constituição da República de 1988, para o filho que quer obter informações genéticas do seu pai biológico visando à proteção de sua vida e prevenção de doenças hereditárias¹².

A Constituição brasileira vem reconhecendo a pluralidade de famílias, buscando uma sociedade livre, justa e solidária, sem qualquer preconceito, estimulando o respeito às diferenças, o pleno exercício da autonomia e a liberdade responsável.

Há limites rígidos para que uma pessoa possa procriar sozinha utilizando técnicas de reprodução assistida; na qual, contempla-se o melhor interesse da criança, a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana.

A gestação de substituição é constitucionalmente permitida, desde que exista justificativa médica que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou nos casos de união homoafetiva, sempre respeitada à dignidade da pessoa humana e o caráter filantrópico da atitude¹³.

2. LEGISLAÇÃO NO BRASIL E PRINCÍPIOS ADOTADOS

A carência de legislação específica sobre reprodução humana assistida no Brasil exige aplicação de princípios normativos que possibilitem a resolução de problemas relativos ao reconhecimento de paternidade em decorrência do uso dessas novas técnicas. Tal problemática impõe urgência na edição de leis que solucionem conflitos e protejam os interesses dos envolvidos.

O Código Civil brasileiro de 1916 determinava em seu artigo 338, serem presumidos os filhos concebidos na constância do casamento e nascidos 180 dias, pelo menos, depois de

¹¹Ibid.

¹²BRASIL, Constituição Federal de 1988. op. cit. p. 4.

¹³_____. Resolução CFM nº 2.121/2015. op. cit. p. 117.



estabelecida a convivência conjugal, bem como os nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal¹⁴.

O atual Código Civil brasileiro adequou a norma aos avanços científicos das técnicas de reprodução assistida, introduzindo os incisos III, IV e V no artigo 1.597, presumindo como filhos, quando na constância do casamento, os havidos por fecundação artificial homóloga e heteróloga¹⁵.

Entretanto, tal presunção não ocorre quando pessoas utilizam tais técnicas fora do casamento ou em situações que revoguem sua vontade por ocasião da utilização de gametas heterólogos de doadores. A origem não consanguínea dos filhos, nestas situações, não gera qualquer exclusão ou diminuição nos direitos e qualificações destes.

Aplica-se o princípio da igualdade entre os filhos, nos termos do artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, no qual os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações¹⁶.

Interpretações restritivas relativas à igualdade entre os filhos representa resgate indevido ao sistema Constitucional anterior a 1988. O vínculo parental na reprodução assistida heteróloga é analisado a semelhança da adoção ou dos critérios de parentesco civil, desde que se compatibilizem¹⁷.

Contudo, não há falar em total equiparação entre os vínculos, já que há diferenças marcantes quanto ao momento do estabelecimento do vínculo e os aspectos de ordem psicoafetiva¹⁸.

A despeito da ausência de regulamentação específica sobre a matéria, não há impedimento que sejam aplicados o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se compatibilizarem em relação ao parentesco civil e o melhor interesse da criança.

Em tais situações, a base principiológica do reconhecimento da paternidade-filiação obedecerá em primeiro plano o melhor interesse da criança e em segundo, o princípio da igualdade entre os filhos.

A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina atualizando esta ceara normativa determina que o consentimento informado seja obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida e conterà dados de caráter biológico, jurídico,

¹⁴BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em:

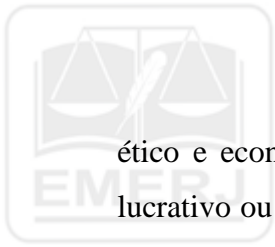
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 de out. 2016.

¹⁵ _____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm> Acesso em 20 de set. 2016.

¹⁶ _____. Constituição Federal de 1988. Op. cit. P 75.

¹⁷VELOSO, Zeno. op. cit. P639-647.

¹⁸ BARBOSA, Heloíza Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.64.



ético e econômico advindos do método. No qual, a doação de gametas nunca terá caráter lucrativo ou comercial e os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, salvo em situações especiais por motivação médica¹⁹.

Estabelece, também, que é no momento da criopreservação dos gametas que os pacientes expressam sua vontade quanto ao destino dos embriões em caso de divórcio, doenças graves, falecimento e doações²⁰.

Devem ser consideradas espécies de famílias estáveis com projeto parental bem estabelecido, fundadas ou não na cojugalidade, no companheirismo, na forma monoparental ou em condições que independa da orientação sexual do casal, sendo permitida a gestação de substituição quando houver justificativa médica que contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homo-afetiva²¹.

Para tal, devem ser atendidos os mesmos requisitos subjetivos exigidos pelo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente em relação ao adotante, relativamente à capacidade, idade mínima de 18 anos, pleno gozo de suas faculdades mentais, vontade livre e consciente²².

O genitor que não contribui com material fecundante para concepção poderá manifestar sua vontade de qualquer forma, exceto através do silêncio. A vontade é pressuposto para estabelecimento do vínculo parental, dede que inserida num projeto de procriação.

Havendo revogação da vontade antes da implantação do embrião no útero, o procedimento deverá ser interrompido. Ao contrário, já tendo ocorrido implantação, permanecerá o vínculo parental devendo ser observado os princípios da paternidade responsável, dignidade da futura pessoa humana e o melhor interesse da criança.

A regra do artigo 1.597, inciso V do Código Civil de 2002, é interpretada como de presunção absoluta de paternidade na reprodução assistida heteróloga consentida na constância do casamento, independente dos prazos estabelecidos nos incisos I e II do mesmo artigo²³.

¹⁹BRASIL. Resolução CFM nº 2.121/2015. op cit. P 117.

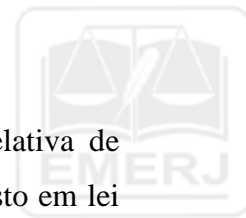
²⁰Ibid.

²¹Ibid.

²²BRASIL. 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 de abr. 2016.

²³_____. Código Civil de 2002. op. cit. p.129.



Na hipótese de não haver consentimento prévio, atribui-se presunção relativa de paternidade, que passará a ser absoluta quando decorrido o período de tempo previsto em lei para a impugnação de paternidade sem o ajuizamento da ação²⁴.

Atualmente, a responsabilidade quanto à criança não cabe apenas a seus pais, mas também ao Estado, que tem o dever de tutelar seus interesses. O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta que a criança ou o adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família e excepcionalmente, em família substituta²⁵.

Assim, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público zelar para proporcionar à criança e ao adolescente a sua integridade física, psíquica e moral.

Portanto, a reprodução assistida heteróloga possui características próprias que exigem do ordenamento jurídico brasileiro uma futura norma especializada que lhe atribua interpretação própria, respeite os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da igualdade entre os filhos, da paternidade responsável e da liberdade de planejar a família.

3. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO PARENTAL NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

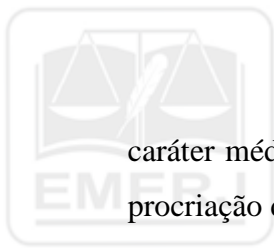
No reconhecimento do vínculo parental decorrente de reprodução assistida heteróloga, devem ser consideradas espécies de famílias estáveis com projeto parental, fundadas ou não na conjugalidade; bem como, as condições específicas dos pais, de modo a respeitar o melhor interesse da criança.

Além disso, os genitores devem ser capazes, não possuírem restrições impostas às técnicas de reprodução assistida e consentirem o procedimento, de forma livre e esclarecida.

Quem utiliza a técnica de reprodução assistida heteróloga e que não contribui com material fecundante para a concepção da criança, deve obrigatoriamente manifestar sua vontade e assinar termo de consentimento pré-informado em conformidade com a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. No qual, devem estar presentes dados de

²⁴ Enunciado 104, Jornada de Direito Civil pelo Conselho da Justiça Federal. Brasília, 9-11 de setembro de 2002.

²⁵ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. op. cit. p.5.



caráter médico, biológico e jurídico que circunstanciam a aplicação da técnica no projeto de procriação do casal ²⁶.

A vontade do doador em ter eventual reconhecimento de vínculo parental é irrelevante, uma vez que o fator biológico não é o pressuposto de parentesco institucional na fertilização assistida heteróloga. Nessa forma de reprodução, a doação de gametas deve ser anônima e o doador não ter projeto parental para com seu material genético ²⁷.

Doação de gametas é ato praticado com base na solidariedade, generosidade e filantropia, não admite arrependimento nem a possibilidade de retorno do material após a concepção. Apenas, produz efeitos no plano das proibições e impedimentos matrimoniais entre doador e pessoa concebida ²⁸.

Para melhor integração da criança na sua família, adota-se a regra do sigilo no procedimento médico, anonimato do doador, dos cônjuges e da própria criança e as normas ético-profissionais da Resolução n. 2.121/ 2015 do Conselho Federal de Medicina ²⁹.

Tal segredo assume maiores proporções quando a intervenção reprodutiva é exitosa, pois pode acarretar inúmeros reflexos à vida das pessoas, da família e da criança. Busca-se, então, procedimento comparado ao da adoção estatutária em que se aplica o segredo de justiça e se veda o fornecimento de qualquer certidão com referência a identificação do pai biológico ³⁰.

O sigilo só é relativizado em função do direito fundamental à identidade, no qual a pessoa que resulta da técnica de reprodução assistida pode ter acesso às informações de sua história, sempre resguardando a identidade civil do doador.

O artigo 1.597, V do Código Civil vigente faz prevalecer, no casamento, o elemento institucional e não o biológico na presunção de paternidade que utiliza fertilização heteróloga, na qual, o direito a convivência socioafetiva é que deve ser protegido e não a origem biológica.

O Enunciado 570, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, reconhece o consentimento expresso do companheiro para utilização de gametas heterólogos como o requisito imprescindível da formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação na união estável ³¹.

²⁶ BRASIL, Resolução CFM nº 2.121/2015. op. cit. P 117.

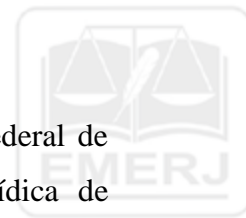
²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. op. cit. p.8.

³¹ Enunciado 570, Jornada de Direito Civil pelo Conselho de Justiça Federal. Brasília, 15 de abril de 2013.



O princípio da paternidade responsável, artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988, contempla a presunção absoluta de paternidade e a impossibilidade jurídica de impugnação para aquele que anuiu de forma livre e consciente a procriação utilizando a técnica de reprodução assistida heteróloga³².

Havendo conflito entre paternidade biológica e socioafetiva, ante os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro³³, deve-se dar prevalência os direitos da criança e do adolescente, aplicando-se o artigo 227 da Carta Magna de 1988³⁴, os artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁵ e o artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 (Organização das Nações Unidas)³⁶.

O consentimento só é revogável até o momento da inseminação. Uma vez realizada, o genitor não poderá desconhecer a paternidade do filho, visto que a pretensão impugnatória, nestas circunstâncias, representa conduta desleal e contraditória³⁷.

O fundamento de vínculo parental deve prevalecer como segurança das relações jurídicas importando compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade, mesmo que com material genético estranho a relação.

Nos casos de reprodução assistida heteróloga em que já ocorreu a nidação do embrião no útero materno, havendo dissolução do casal no decorrer da gestação, não há como negar o estabelecimento do vínculo paternidade-filiação, devendo ser observado os princípios da paternidade responsável, dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança³⁸.

Na monoparentalidade, ou seja, pessoa que sozinha deseja procriar, não se toma como critério qualquer união, apenas que seja capaz e que, na eventualidade de ser casada ou ter companheiro, que haja o consentimento do cônjuge que não adere ao projeto parental do parceiro e não fornece seus gametas para a procriação assistida. No direito comparado, a tendência é no sentido da inadmissibilidade da reprodução assistida em favor de pessoa sozinha, salvo experiências mais liberais como a espanhola, nos países de tradição jurídica romano-germânica.

A nova tábua axiológica civil-constitucional brasileira vem reconhecendo a pluralidade de famílias, buscando uma sociedade livre, justa e solidária, além da promoção do

³² BRASIL, Constituição Federal do Brasil de 1988. op. cit. p. 94.

³³ _____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 de out. de 2016.

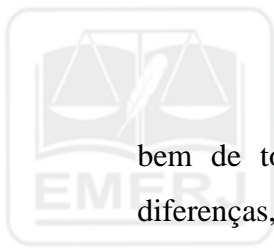
³⁴ _____. Constituição Federal do Brasil de 1988. op. cit. p. 75.

³⁵ _____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. op. cit. p.1.

³⁶ _____. Decreto nº 99. 710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2016.

³⁷ VELOSO, Zenó. op. cit. p. 150

³⁸ Ibid.



bem de todos, sem qualquer preconceito, estimulando o reconhecimento e respeito às diferenças, para o pleno exercício da autonomia e da liberdade responsável³⁹.

A autoridade com poder para conceder a adoção é a mesma que valida positivamente às condicionantes psicológicas, sociais e econômicas nesta forma excepcional de reprodução humana contemplando a monoparentalidade⁴⁰.

Em conformidade com o artigo 39, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente é proibido à adoção por procuração⁴¹. De forma semelhante, também deve ser proibido o consentimento por procuração na procriação heteróloga, trata-se de ato personalíssimo decorrente do exercício do direito da personalidade.

Portanto, os requisitos pessoais devem estar em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, relativamente às questões de capacidade, idade mínima de 18 anos, pleno gozo de suas faculdades mentais, vontade livre e consciente⁴².

A capacidade plena é requisito apenas para quem vai estabelecer vínculo de parentalidade civil. Nos casos em que a mulher tem capacidade relativa, por exemplo, dezessete anos de idade e não há óbice à reprodução assistida por parte dos pais, tendo seu companheiro mais de dezoito anos de idade, manifestando seu consentimento válido, tal requisito está cumprido.

CONCLUSÃO

Quanto aos critérios de reconhecimento de paternidade-filiação do filho gerado por reprodução assistida heteróloga, deve-se contemplar a falta de leis especiais sobre o tema e eventuais divergências na jurisprudência e doutrina quando abordam a questão e os novos direitos advindos dessa forma de procriação.

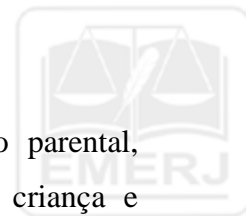
Afigura-se como essencial para utilização do método a constatação do requisito relativo à esterilidade e impossibilidade de procriação assistida homóloga. Na qual, aspectos civis importantes permanecem sob lacuna, sendo necessária a regulamentação da matéria por lei específica que contemplem tais direitos na ordem legal.

³⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Aspectos jurídicos técnicos de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 2.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 526.

⁴¹ BRASIL, Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. op. cit. p. 8.

⁴² _____. Código Civil de 2002. op. cit. p. 130.



Devem ser consideradas as espécies de famílias estáveis, com projeto parental, fundadas ou não na conjugalidade, todas objetivando o melhor interesse da criança e atendendo os princípios da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

O elemento volitivo agregado ao projeto parental representa uma ficção jurídica na determinação da paternidade, uma vez realizada a concepção e iniciada a gravidez, a vontade não pode mais ser revogada, similarmente ao que ocorre na procriação carnal diante da gravidez decorrente da relação sexual.

Os requisitos objetivos de projeto parental e a manifestação da vontade são imprescindíveis para que se autorize a regularidade da reprodução assistida heteróloga, não se admitindo o pagamento em retribuição ao fornecimento de gametas, embriões ou gestação de substituição pelo tratamento jurídico que é dado a disposição do próprio corpo.

O consentimento pré-informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, informando dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico advindos do método com a concordância escrita das pessoas envolvidas. Tal termo não desfruta de força cogente em relação à sociedade, apenas em relação às partes.

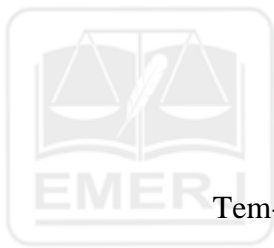
Iniciada a gravidez, a manifestação da vontade será irrevogável comparativamente à adoção que tem na sentença concessiva transitada em julgado o impedimento formal de retratação da vontade, nos termos do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A regra do artigo 1.597, Inciso V do Código Civil de 2002, é interpretada como de presunção absoluta de paternidade, independentemente dos prazos estabelecidos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Na hipótese de não haver consentimento prévio do cônjuge para que sua mulher utilize à técnica de procriação heteróloga, é de rigor considerar a hipótese de presunção relativa de paternidade, que passará a ser absoluta, decorrido o tempo previsto em lei para impugnação da paternidade.

A sentença de reconhecimento da paternidade não tem caráter constitutivo, mas sim, natureza declaratória da existência do vínculo jurídico de paternidade-filiação com efeitos retroativos à época da concepção.

Não é cabível o mero transplante jurídico das regras relativas à adoção para a reprodução assistida, uma vez que na adoção há uma forma de colocação da pessoa em família derivada e na reprodução assistida, ocorre à constituição em família originária.



Tem-se assim, que a reprodução assistida heteróloga possa ser considerada um terceiro gênero de filiação, por apresentar claras distinções quanto ao modelo clássico da parentalidade resultante da procriação carnal e da adoção.

Pode-se concluir que enquanto não houver lei específica disciplinando a matéria no direito brasileiro, deverão ser conjugados os ditames constitucionais, civis e estatutários, de modo a observar a dignidade da pessoa humana, maior interesse da criança e a paternidade responsável.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugalo. *Princípios informativos da relação de filiação: indagação à luz dos progressos da biotecnologia*. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1999;1000575328>>. Acesso em: 16 de out. 2013.

BARBOSA, Heloíza Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 64.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das normas*. 2. ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade – De acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm> Acesso em 20 de set. 2016.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 16 out. 2016.

_____. Decreto nº 99. 710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2016.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 16 de out. de 2016.

_____. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 16 de out. 2016.

_____. 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 de abr. 2016.

_____. Resolução CFM nº 2.121/2015, publicado no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I. P.117.

_____. Enunciado 104, Jornada de Direito Civil pelo Conselho da Justiça Federal. Brasília, 9-11 de setembro de 2002.

_____. Enunciado 570, Jornada de Direito Civil pelo Conselho de Justiça Federal. Brasília, 15 de abril de 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CRISTOVAM, José Sergio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>>. Acesso em 16 de 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*. 8. ed. rev. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Tese de Doutorado, UERJ, Rio de Janeiro, 2003.

NERY, Bruna Barreto. *Gestação por substituição: a ciência em busca do homem*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31153-34399-1-PB.pdf>>. Acesso em 16 de out. de 2016.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Aspectos jurídicos técnicos de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVIA, Natália Rodrigues. *A paternidade e a filiação afetiva nas técnicas de reprodução assistida heteróloga*. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST21/Silva-Lopes_21.pdf>. Acesso em 16 de out. de 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 526.

VELOSO, Zeno. “As novas relações de família”: XV Conferência da OAB. Anais. Foz do Iguaçu: OAB, 1194. P 639-647.



O VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.

Stefanie Grabas Hauaji Saadi

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo – a instrução probatória dos crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar, regidos pela Lei Maria da Penha, merece uma análise particularmente cautelosa na ceara processual penal, mormente porque as declarações da vítima costumam se apresentar como o único meio de prova. No entanto, advêm de parte diretamente interessada na condenação. A cerne do trabalho está em harmonizar a subjetividade inerente ao discurso da vítima de violência doméstica e familiar com o ínfimo conjunto probatório existente nos delitos de tal natureza.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Violência doméstica e familiar. Lei Maria da Penha. Clandestinidade. Declarações da vítima. Valor probatório.

Sumário – Introdução. 1. Da clandestinidade dos crimes de violência doméstica e familiar: um obstáculo à instrução. 2. Da subjetividade das declarações da vítima. 3. Da condenação com fundamento na palavra da vítima à luz do sistema do livre convencimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca refletir sobre o valor probatório da palavra da vítima, no contexto da violência doméstica e familiar. Procura-se, sob um prisma, demonstrar o especial relevo que deve ser atribuído às declarações da vítima, diante do mínimo arcabouço probatório, típico dos delitos dessa natureza. Sob outro, em dicotomia, pretende-se evidenciar a subjetividade que eiva o discurso do titular do direito lesado.

Para tanto, abordam-se as controvérsias doutrinárias sobre o tema, de modo a conseguir discutir se a declaração da vítima, como único meio de prova, é suficiente para ensejar um deslinde condenatório da ação penal.

Pretende-se ainda, defender a necessidade de análise e fundamentação casuísticas, a fim de se impedir que a especial relevância aos meios de prova seja atribuída, de forma objetiva, o que é incompatível com o atual sistema processual penal constitucional.

A Lei n. 11.343/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”, encerra um microsistema legislativo, uma vez que veicula dispositivos de natureza cível e penal. Ao trazer particular proteção às vítimas de violência doméstica e familiar, a lei inovou com a implementação de procedimentos especiais, como a assistência à mulher em situação de violência, as medidas protetivas de urgência, além da equipe de atendimento multidisciplinar.

Quanto ao processo e julgamento, contudo, a lei extravagante não dispôs sobre procedimento próprio. No que tange à ceara criminal, toda a instrução processual é regida, naquilo que não for conflitante, pelas disposições do Código de Processo Penal.

Para a ampla compreensão do tema, portanto, busca-se apresentar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca das declarações do ofendido como meio de prova no processo penal, e as flexibilizações estabelecidas quando o contexto for o da violência doméstica e familiar.

Trata-se de uma temática sujeita a questionamentos que transcendem a esfera jurídica propriamente dita, tendo em vista que é também examinada sob a ótica da psicologia forense, responsável pela análise psíquica e comportamental daqueles que sofrem graves violações de seus direitos.

Desse modo, inicia-se o primeiro capítulo abordando a clandestinidade fática, inerente aos crimes de violência doméstica e familiar, demonstrando que as declarações da vítima são muitas das vezes o único meio de prova da autoria dos delitos, causa, portanto, para a palavra da vítima ganhar, especial relevância nas fundamentações condenatórias.

Segue-se, no segundo capítulo, para a análise da subjetividade do discurso do ofendido no processo penal em geral, indagando a sua fragilidade como meio de prova, e evidenciando



a especial subjetividade alcançada quando a relação entre vítima e réu é precedida de laços afetivos.

Por fim, o terceiro capítulo trata das condenações com fundamento na palavra da vítima, e suas eventuais consequências à luz da presunção de inocência, princípio norteador do Direito Processual Penal.

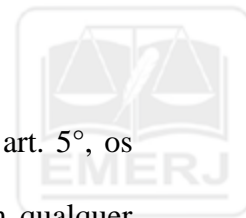
A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o objeto aqui apresentado.

A abordagem é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e, parcialmente, exploratória, na medida em que, tem como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

1. DA CLANDESTINIDADE DOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: UM OBSTÁCULO À INSTRUÇÃO

Os crimes de violência doméstica e familiar, assim entendidos como qualquer ação ou omissão contra a mulher, baseada no gênero¹, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, bem como dano moral ou patrimonial, são delitos, necessariamente, precedidos de uma relação pessoal entre o autor do fato e a vítima.

¹ Basear-se no gênero, não significa que o delito, necessariamente, deve ser praticado por pessoas do sexo masculino contra pessoas do sexo feminino, até mesmo porque admite-se que o sujeito ativo seja mulher, na hipótese de relações homossexuais. O delito baseado no gênero é aquele cujo agente se utiliza da posição de vulnerabilidade da mulher para a prática do crime. Advém, portanto, de uma relação de desequilíbrio entre as partes. O simples fato da pessoa ser mulher não a torna necessariamente passível de proteção penal especial, pois violaria o princípio constitucional da igualdade dos sexos. No entanto, a vulnerabilidade feminina é presumida para fins de aplicação da Lei n. 11.340/06.



Para os efeitos da Lei n. 11.340/06², conforme se extrai da leitura de seu art. 5º, os delitos devem ser praticados no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

A unidade doméstica corresponde, independente de vínculo familiar, ao local onde há o convívio permanente de pessoas. O âmbito da família, por sua vez, se traduz na comunidade formada pelos indivíduos unidos por laços civis de parentesco. Por fim, a relação íntima de afeto compreende os relacionamentos estreitos de convivência, fundamentado, como explica Nucci³, em “amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação”.

Apesar de prescindível a coabitação para se configurar uma relação íntima de afeto⁴, os crimes dessa natureza, em qualquer das três hipóteses, costumam ser praticados no espaço privado, onde apenas agressor e ofendido têm o conhecimento dos fatos. Até mesmo porque, comumente perpetradas entre casais, as agressões são um meio habitual e silencioso para a imposição de poder do homem frente à mulher, velado aos olhos da sociedade.

Trata-se de uma manifestação da sociedade patriarcal, tema que, inevitavelmente, vem à baila quando o assunto é o da questão de gênero, notadamente a violência doméstica. A violência, seja ela física ou psicológica, como meio para a imposição de poder, forma “vínculos patológicos”⁵ entre agressor e agredida. O sujeito violento, inserido no ambiente

² BRASIL. Lei n. 11.340/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

³ NUCCI. Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 1. v. 9. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 782.

⁴ Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei n. 11.340/06, a agressão cometida por namorado, por exemplo, mesmo sem falar em coabitação, desde que demonstrado nos autos o nexo causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade com a vítima. Também se amolda perfeitamente no art. 5º, III da Lei n. 11.340/06, a hipótese de ex-namorados, ou ex-maridos, inconformados com o término dos relacionamentos quando caracterizada a relação íntima de afeto preexistente já que o aludido dispositivo legal não exige a coabitação para a configuração da violência doméstica e familiar.

⁵ A psicologia jurídica define o vínculo patológico de violência entre casais como a coexistência entre pulsões amorosas/sexuais e agressões físicas ou psicológicas. Dentro desse cenário, há casos em que a mulher se submete à violência por receio de uma dissolução conjugal, além do temor de que eventual enfrentamento poderá implicar em agressões mais violentas, diante da superioridade física masculina. Por outro lado, a sociedade - marcada por valores eminentemente machistas - e até mesmo, por vezes, a própria ofendida, consideram determinadas práticas violentas como práticas naturais, isso é, não violentas, especialmente quando se trata de agressões que não deixam marcas corporais, como a violência psicológica e os delitos de ameaça,



familiar, é capaz de provocar sentimentos contraditórios aos outros membros da família, uma vez que é querido e temido pelas pessoas que agride.

Nesse contexto, os crimes de violência doméstica e familiar reputam-se, frequentemente, praticados às escondidas, sem a presença ou o conhecimento de terceiros, “na mais absoluta clandestinidade” como denominada a peculiaridade por Aury Lopes Jr.⁶ e outros autores.

Sob a óptica processual penal, a clandestinidade importa em uma problemática de natureza instrutória, uma vez que, diante da inexistência de testemunhas, o arcabouço probatório se reporta extremamente limitado.

Em se tratando de infrações que deixam vestígios, embora o exame de corpo de delito seja indispensável para a comprovação da materialidade do delito, raramente será hábil a comprovar sua autoria.

Basta imaginar o delito de lesão corporal, cuja perícia se restringe a corroborar as marcas da violência no corpo da vítima. Por outro lado, se a hipótese for de crime contra a dignidade sexual, existe a possibilidade de identificação da autoria pelo material genético, o que, no entanto, não é posto em prática no sistema penal brasileiro, devido à falta de aparato tecnológico.

Menor ainda processar-se-á a instrução quando se tratar de crimes que não deixam vestígios, como é o caso do delito de ameaça, muito comum no âmbito doméstico e familiar. Nessa hipótese, o que se verifica na prática, é uma instrução mínima, porquanto, não raras as vezes se tem para apreciação apenas a palavra da vítima contra a palavra do réu.

2. DA SUBJETIVIDADE DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA

ambos muito comuns quando envolvidos sentimentos de ciúmes e desconfiança, que podem levar o indivíduo a utilizar como defesa atos intimatórios cotidianos, e ainda a prática de delitos passionais.

⁶ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 462



Segundo Aury Lopes Jr.⁷, “Desenhar o papel da vítima sempre foi uma tarefa das mais tormentosas. ”. De fato, a outra impressão não se poderá chegar, quando da análise das declarações do ofendido, cujo tratamento fora conferido de modo, expressamente, particular pelo legislador.

Na sistemática do Código Processual Penal⁸, a declaração da vítima possui inegável natureza probatória, porquanto, topograficamente, localizada no Título VII: “Da Prova”, do referido diploma legal. Vítima - ou ofendido - porém, não se confunde com testemunha, a começar pela distinção trazida pelo próprio CPP⁹, ao inseri-las em capítulos distintos.

A vítima, diferentemente da testemunha, não presta compromisso de dizer a verdade, tendo em vista que, a regra constante do artigo 203, do Código de Processo Penal¹⁰ se impõe somente à esta, de modo que, àquela sequer poderá ser imputado o crime de falso testemunho.

Não por outra razão, o artigo 342 do Código Penal¹¹ enumerou como sujeitos ativos do delito, além da testemunha, somente o perito, o contador, o tradutor e o intérprete, mas não o ofendido.

Ao não incluir a vítima no rol de sujeitos ativos do crime de falso testemunho, estaria a própria lei autorizando a vítima a mentir?

Nucci¹² defende que, efetivamente, ao ofendido não é imposto o dever de dizer a verdade, haja vista, ser ele o maior interessado no deslinde condenatório da ação penal. Ora, a

⁷ LOPES JR. op. cit., p.460.

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁹ Vide nota 07.

¹⁰ Vide nota 07.

¹¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

¹² NUCCI. Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.202/203.



vítima é o sujeito passivo da infração, titular direto¹³ do direito lesado. É natural que, impulsionado pelo desejo de justiça, haja, no mínimo, certa subjetividade no seu discurso.

É possível ainda que, embora acredite estar narrando com fidelidade, o ofendido omita ou acrescente particularidades, que acabam por desvirtuar os fatos, como sugere Tourinho¹⁴. Isso porque, o fato de ter um direito violado perturba a consciência humana, fazendo o ofendido perder a serenidade e a calma necessárias para a exata percepção dos fatos.

Ademais, eventuais distorções em relação a veracidade do ocorrido podem se manifestar, ainda que de modo inconsciente, especialmente, quando se tratarem de cenas delituosas traumáticas, capazes de perturbar a saúde psíquica das vítimas.

Sabe-se que, além das consequências físicas, a violência doméstica pode desencadear inúmeras sequelas psicológicas. Especialistas em psicologia forense calculam que 60% das mulheres vítimas de violência doméstica apresentam problemas psicológicos moderados ou graves. Sintomas de “depressão, ansiedade, tristeza, perda de autoestima, labilidade emocional, fadiga permanente e até transtorno de estresse pós-traumático”¹⁵ são considerados frequentes em vítimas de delitos dessa natureza.

Aury¹⁶, por sua vez, sustenta que se trata, verdadeiramente, de uma abertura da lei para que a vítima minta impunemente, até mesmo para prejudicar um inocente. Nesse ponto, entretanto, deve ser ressaltado que, não está totalmente afastada a sua responsabilização penal. Se der causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial, em face de outrem, ciente de sua inocência, responderá por denúncia caluniosa, na forma do art. 339 do CP.¹⁷

¹³ Titular direto do direito lesado é a pessoa que teve diretamente o seu interesse ou bem jurídico violado pela prática da infração penal. Nessa ótica, cuida-se do sujeito passivo eventual, ou material. Por outro lado, o Estado, detentor absoluto do poder punitivo, em matéria criminal, é o sujeito passivo constante ou formal.

¹⁴ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo penal*. 3. v. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.335/336.

¹⁵ ROVINSKI. Sônia Liane Reichert; CRUZ. Roberto Moraes Cruz. *Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2009, p.111.

¹⁶ LOPES JR, op. cit., p.462.

¹⁷ Vide nota 10.



Assim, emerge uma grande dificuldade em atribuir valor às declarações do ofendido como meio de prova. Se por um lado, é quem melhor poderá esclarecer acerca das circunstâncias da infração e de quem presume ser seu autor, de outro, deve-se reconhecer que seu discurso tenderá, naturalmente, a ser levado pelas mais diversas emoções, inerentes à condição de vítima.

A questão ganha contornos ainda mais problemáticos quando inserida no contexto da violência doméstica e familiar. É que nesses casos, conforme se extrai da leitura do art. 5º, da Lei n. 11.340/06¹⁸, o delito é praticado no âmbito da unidade doméstica, da família, ou das relações íntimas de afeto. Para os efeitos da Lei Maria da Penha¹⁹, portanto, vítima e réu, possuem, essencialmente, um vínculo entre si, que pode ser de natureza habitacional, familiar ou afetiva.

Nesse sentido, em se tratando de pessoas conhecidas anteriormente, conforme ensina Nucci²⁰: “a vítima tende a narrar os fatos de modo originariamente parcial”. A subjetividade já existente diante da simples relação processual vítima-réu, se intensifica quando essa relação é precedida de laços familiares ou emocionais.

No entanto, é justamente no contexto da violência doméstica e familiar que a jurisprudência pátria, consolidada e pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça²¹, atribui relevância especial à palavra da vítima como meio probatório. Fundamentado na clandestinidade própria dos crimes de violência doméstica e familiar, que implica em um conjunto de provas limitado, o entendimento busca como objetivo mediato dar efetividade à Lei Maria da Penha²².

¹⁸ Vide nota 02.

¹⁹ Vide nota 02.

²⁰ GUILHERME DE SOUZA, op. cit., p.203/204.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag no Resp. n. 547187. Relator. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48224920&num_registro=201401777183&data=20150603&formato=PDF>. Acesso em: 01 out. 2016.

²² Vide nota 02.



Ressalta-se que, os tribunais superiores, acompanhados pelos tribunais estaduais²³ já apresentam tradicional entendimento no sentido de atribuir especial relevância às declarações do ofendido nos crimes sexuais, independente do contexto da violência doméstica e familiar, sob o mesmo fundamento.

De acordo com o referido entendimento, majoritário no direito processual penal pátrio, a palavra da vítima, desde que firme, segura, coerente, verossímil e harmônica com os demais elementos constantes do processo, constitui prova do delito, devendo prevalecer sobre a do acusado.

Não é outro o entendimento doutrinário, que apesar de recomendar que a interpretação das declarações do ofendido seja feita com reservas, afirma, como sustenta Tourinho²⁴ que “naqueles delitos clandestinos *qui clam comittit solent* – que se cometem longe dos olhares de testemunhas -, a palavra da vítima é de valor extraordinário”.

Com efeito, negar especial valor às declarações da ofendida no cenário da clandestinidade, seria tornar inócua a responsabilização penal pelos crimes cometidos no seio da relação doméstica e familiar, já que, via de regra, nesses casos, o conhecimento das circunstâncias do fato, se dá, basicamente, pelo autor do fato e pela ofendida.

3. DA CONDENAÇÃO COM BASE NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA À LUZ DO SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO

Em que pese nos crimes de violência doméstica e familiar o depoimento da vítima assumir valor especial como meio de prova, vige atualmente, no ordenamento processual penal, o sistema do livre convencimento, segundo o qual o juiz formará a sua convicção pela

²³ REVISTA DOS TRIBUNAIS. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 655, mai.1990, p. 397.

²⁴ TOURINHO FILHO. Op. cit., p.336.



livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial. Trata-se da vontade legislativa, revelada pelo artigo 155, do Código de Processo Penal²⁵.

Naturalmente, o magistrado deverá motivar as suas decisões, diante da exigência constitucional, de que trata o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal²⁶, sob pena de nulidade.

Conforme bem observa Rangel²⁷, o sistema atual é decorrente de um reconhecimento do equívoco cometido pelo legislador quando preestabeleceu valores determinados para os meios de prova no sistema da prova tarifada.

Vigente até a reforma do Código de Processo Penal de 2008, introduzida pela Lei n. 11.960/08²⁸, o sistema da prova tarifada, ou das regras legais, atribuía ao juiz apenas uma tarefa matemática, porquanto, as provas eram classificadas de modo hierárquico. Cada prova já possuía seu peso. Assim, não havia qualquer liberdade por parte do magistrado para decidir conforme o caso, mesmo se verificasse patente desacerto²⁹.

Aparentemente equivalentes, atribuir relevância extraordinária à declaração da vítima como meio de prova, não deve, de maneira alguma, se confundir com torna-la hierarquicamente superior as demais, sob pena de retroceder-se ao ultrapassado e incongruente sistema da prova tarifada.

Nesse sentido, Nucci³⁰ observa que “não se deve descurar, entretanto, tratar-se a palavra da vítima de meio de prova, a ser valorado, no caso concreto, sem modelos preconcebidos, pelo juiz, conforme a credibilidade inspirada por cada declaração colhida”.

²⁵Vide nota 07.

²⁶BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

²⁷RANGEL. Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 520.

²⁸BRASIL. Lei n. 11.960/08. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>. Acesso em 05 out. 2016.

²⁹O legislador, no sistema de provas legais, estabelecia, por exemplo, que a prova obtida por meio da confissão do acusado era a “rainha das provas”, e, portanto, não adiantavam três testemunhas dizerem, de forma categórica, que o acusado não estava presente no local do fato, que a confissão tinha o objetivo de favorecer alguém. A confissão valia mais que a prova testemunhal.

³⁰NUCCI. op. cit., p.204.



Significa dizer que, naquele contexto de instrução mínima, típico dos delitos regidos pela Lei n. 11.340/06³¹, cuja declaração da vítima é o único meio de prova, a sua valoração extraordinária, não possui o condão, por si só de ensejar um decreto condenatório.

Não se pode conceber sentenças que se limitam a sustentar que a palavra da vítima é suficiente para a condenação, por clara ofensa ao princípio da fundamentação das decisões.

Ao revés, a orientação doutrinária e jurisprudencial deve ser, rigorosamente, interpretada no sentido de a palavra da vítima poder ser fundamento para uma sentença condenatória, e não sentido de dever ser, mormente quando se tratar de vítimas de violência doméstica e familiar, cujas declarações, como já evidenciado, costumam apresentar subjetividade elevada.

Cabe ao magistrado, utilizando-se da “máxima de experiência” o árduo exercício de observação e sensibilidade, de modo a captar a verdadeira essência das declarações proferidas pelas vítimas, sem deixar de considerar até que ponto o interesse na causa pode interferir no conteúdo das suas declarações.

Mendroni³², ao analisar o papel do juiz criminal na avaliação do contexto probatório, define a “máxima experiência” como:

a análise crítica das provas, em face do seu contexto objetivo, mas também do seu “interior”: do respectivo subjetivismo, das suas entrelinhas, das “informações ocultas”, das referências, da compreensão, da representação e do significado do fato; enfim, daquelas circunstâncias que ele, como ser humano, consegue abstrair daquilo que não é claro nem aparente, que não está escrito, mas sabe existir, e pode fundamentá-lo [].

Efetivamente, a depender das circunstâncias do caso concreto, as declarações da vítima poderão ser fonte de erro ou de acerto. A justiça do veredicto, portanto, está, necessariamente, subordinada, não apenas ao conhecimento técnico jurídico do magistrado, senão, à sua formação cultural, moral, psicológica e humana.

³¹ Vide nota 02.

³² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

Nesse sentido, a violência intrafamiliar não pode ser vista apenas pelo olhar jurídico, sem interferência de outras áreas de conhecimento. A multiplicidade e a complexidade de situações afastam a ideia de que, para se proferir uma decisão justa, basta aplicar a lei.

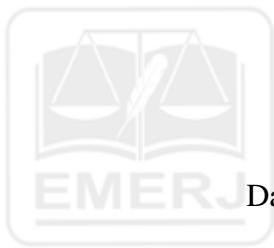
Ademais, o juiz, deve ter a desconfiança como hábito, de modo que somente poderá aceitar a tese condenatória baseada, exclusivamente, na palavra da vítima se dessa estiver absolutamente convencido. Havendo hesitação quanto ao grau de confiança extraído de seu discurso, a absolvição é medida que se impõe.

Por essa razão, a palavra da vítima, somente poderá dar margem à condenação do réu se resistente e firme, além de harmônica com as demais circunstâncias colhidas e analisadas ao longo da instrução, o que depende, fundamentalmente, de um exercício sensível do magistrado. Afinal, em jogo, encontra-se o princípio do *in dubio pro reo*, corolário, do princípio constitucional da presunção de inocência, irrefutavelmente, princípio norteador do Direito Processual Penal.

CONCLUSÃO

Verificou-se que uma das maiores dificuldades do operador do direito no âmbito da instrução é, inegavelmente, definir o valor das declarações do ofendido como meio de prova no Direito Processual Penal. Observou-se, ainda, que tal dificuldade alcança um nível, significativamente, mais elevado quando o contexto é o da aplicação da Lei Maria da Penha.

Isso porque, se de um lado a subjetividade já inerente às declarações do ofendido é agravada diante das relações preexistentes entre vítima e réu; de outro, doutrina e jurisprudência conferem especial relevância, justamente às declarações das vítimas de crimes de violência doméstica.



Dada a clandestinidade dos crimes dessa natureza, mormente porque corriqueiramente praticados no espaço privado, evidenciou-se que se trata de delitos cuja instrução probatória é estreita, e às vezes até limitada às declarações da vítima.

Assim, atribuir valor especial à sua palavra é, de certa forma, o meio encontrado para tornar eficaz os fins sociais os quais a Lei Maria da Penha busca atingir. A vítima, única pessoa com o conhecimento das circunstâncias do delito, torna-se a testemunha por excelência, de sorte que suas declarações se tornam suficientes a ensejar uma condenação.

Tendo em vista que o sistema de provas adotado pelo direito processual penal é o sistema do livre convencimento motivado, deve-se ter cautela na atribuição extraordinária de valor ao depoimento da vítima. O entendimento não deve ser utilizado de maneira mecânica, à toda e qualquer hipótese, sem que haja a devida fundamentação.

Portanto, a dificuldade do magistrado está em extrair a parcialidade daqueles envolvidos em uma relação extraprocessual, de modo a fazer valer a palavra da vítima como meio de prova, sem, contudo, se engessar no entendimento de que, necessariamente, será ela hábil ao decreto condenatório. A tarefa não é fácil.

Em observância ao princípio da presunção de inocência, evidentemente, que ausente o juízo de certeza, a palavra da vítima, isolada nos autos, jamais poderá justificar o decreto condenatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.



_____. Lei n. 11.340/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____. Lei n. 11.960/08. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>. Acesso em 05 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag no Resp. n. 547187. Relator. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48224920&num_registro=201401777183&data=20150603&formato=PDF>. Acesso em: 01 out. 2016.

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

MENDRONI. Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

NUCCI. Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 1. v. 9. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2015

RANGEL. Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 655, mai.1990.

ROVINSKI. Sônia Liane Reichert; CRUZ. Roberto Moraes Cruz. *Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. 1.ed. São Paulo: Vetor, 2009.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo penal*. 3. v. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ESTADUAL N. 7.174 DE 2015

Stephanie Guimarães de Moura

Graduada pela Faculdade de Direito Ibmecc – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Advogada.

Resumo: As leis tributárias, em sua maioria, causam espanto aos contribuintes, pois qualquer possibilidade de novas cobranças ou qualquer obstáculo no pagamento de tributos pode gerar um enorme desconforto. O cerne do trabalho é abordar as principais alterações trazidas pela Lei Estadual 7.174 de 2015 quanto a cobrança do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação. Duas das principais mudanças advindas com a lei de 2015 serão estudadas mais profundamente, as quais se encontram no âmbito da progressividade do imposto e da possibilidade de diferimento da sua cobrança nas doações com reserva de usufruto.

Palavra-chave: Direito Tributário. Progressividade de Impostos Reais. Capacidade Contributiva. Doação com Reserva de Usufruto.

Sumário: Introdução. 1. Principais mudanças trazidas pela Lei n. 7.174 de 2015. 2. Possibilidade de aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos reais de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. 3. Aplicação da Lei n. 7.174 de 2015 nas doações com reserva de usufruto ocorridas sob o regime da Lei n. 1.427 de 1989. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

A presente pesquisa científica visa debater a nova regulamentação do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação dada pela Lei Estadual n. 7.174 de 2015, proveniente do Estado do Rio de Janeiro.

Objetiva-se discutir as mudanças mais relevantes trazidas pela lei, principalmente a possibilidade de aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos reais e da constitucionalidade da nova forma de cobrança do ITCMD nas doações com reserva de usufruto ocorridas sob o regime da Lei Estadual n. 1.427 de 1989, também proveniente do Estado do Rio de Janeiro.

Atenta-se que a matéria relativa à progressividade já era tratada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento do Recurso Extraordinário n. 562.045-0 do Rio Grande do Sul, entretanto, antes da Lei n. 7.174 de 2015 tal matéria ainda não havia sido positivada no Estado do Rio de Janeiro.

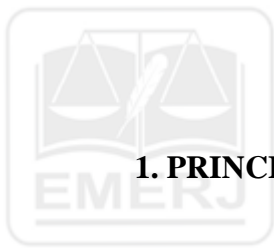
Por outro lado, a matéria relativa à cobrança do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação nas doações com reserva de usufruto já era prevista na legislação brasileira, porém, com a nova lei, passou a ser tratada de forma diversa, o que vem causando consideráveis críticas quanto à previsão estabelecida.

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta as mudanças mais relevantes trazidas pela Lei n. 7.174 de 2015, sendo demonstrado os possíveis benefícios e prejuízos que o contribuinte do imposto em comento passou a ser submetido, sendo, em alguns casos, feitos contrapontos com a Lei n. 1.427 de 1989, a qual foi revogada pela citada lei de 2015.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, de que forma o princípio da capacidade contributiva passou a ser aplicado aos impostos de natureza real, sendo feita uma evolução histórica entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Lei n. 7.174 de 2015.

O terceiro capítulo trata da modificação ocorrido na cobrança do nos casos de doações com reserva de usufruto ocorridas sob o regime da Lei n. 1.427 de 1989, em que muitos passaram a sustentar que teria havido a possibilidade de um parcelamento ou diferimento do ITCMD. Para tanto, foi necessário reconhecer que o que ocorria antes da Lei n. 7.174 de 2015 era a incidência do referido imposto em dois momentos distintos, estando presentes dois fatos geradores, um na instituição do direito real de usufruto e outro na sua extinção.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa, pois visa analisar uma lei nova, com objetivo descritivo, por fazer uso de fontes normativas, e por meio bibliográfico, por utilizar jurisprudência e doutrina.



1. PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI N. 7.174 DE 2015

A Lei n. 7.174 de 2015¹ revogou a antiga Lei n. 1.427 de 1989², a qual instituiu o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e por Doação, de quaisquer Bens ou Direitos.

A eficácia da Lei n. 7.174 de 2015³ foi diferida, uma vez que o seu art. 47 previu que essa norma entraria em vigor na data de sua publicação, no dia 28 de dezembro de 2015, sendo que os arts. 8º, 9º, 24, 26, 41 e 42, bem como a revogação dos dispositivos referidos no parágrafo único do art. 46 produziram efeitos no ano subsequente e após decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, e os demais dispositivos no dia 1º de julho de 2016.

Desta forma, a partir do dia 28 de março de 2016 o imposto de transmissão passou a ser calculado com base em uma alíquota de 4,5% para valores até 400.000 UFIR-RJ⁴, e de 5% para valores acima de 400.000 UFIR-RJ, na forma do art. 26 da lei em comento⁵. Tal possibilidade de aplicação progressiva já era aceita pelo Supremo Tribunal Federal, mas ainda não havia sido regulamentada, como será analisado no próximo capítulo.

No âmbito dos planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência também houve mudança, pois a lei passou a arrolar esses no rol de fatos geradores do imposto:

Art. 23. Na transmissão causa mortis de valores e direitos relativos a planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência, estruturados sob o regime financeiro de capitalização, tais como Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), para os beneficiários indicados pelo falecido ou pela legislação, a base de cálculo é: I – o valor total das quotas dos fundos de investimento, vinculados ao plano de que o falecido era titular na data do fato gerador, se o óbito ocorrer antes do recebimento do benefício; ou

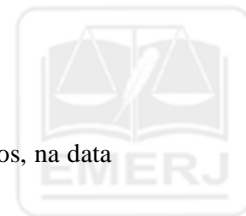
¹ BRASIL. Lei n. 7.174, de 28 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/38c6d405dd5c89fd83257f1f006deb65?OpenDocument>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

² BRASIL. Lei n. 1.427, de 13 de fevereiro de 1989. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/541098e046aa07b7032565540066df22?OpenDocument>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

³ Vide nota 1.

⁴ RIO DE JANEIRO, Resolução SEFAZ n. 952, de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jspx?_afzLoop=261070912428000&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC296838&_adf.ctrl-state=16z0421lz9_36>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

⁵ Vide nota 1.



II – o valor total do saldo da provisão matemática de benefícios concedidos, na data do fato gerador, se o óbito ocorrer durante a fase de recebimento da renda.

Nesse caso as responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto são as entidades de previdência complementar, bem como as sociedades seguradoras autorizadas, de acordo com o inciso II do art. 13 da lei⁶.

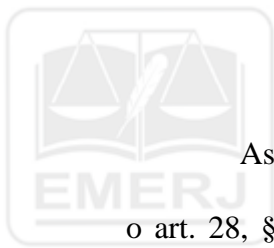
A lei trouxe ainda um rol muito mais amplo quanto aos responsáveis solidários com o contribuinte ou responsável pelo pagamento do crédito tributário em questão⁷, como se depreende da redação do art. 11 da Lei n. 7.174 de 2015⁸.

O referido artigo prevê que são solidariamente obrigados pelo pagamento do crédito devido pelo contribuinte ou responsável: a) o doador, o cedente ou o donatário quando não contribuinte; b) os notários, os registradores, os escrivães e os demais servidores do Poder Judiciário, em relação aos atos praticados por eles ou perante eles, em razão de seu ofício, que não exigirem o cumprimento do disposto na legislação tributária; c) a empresa, a instituição financeira ou bancária e todo aquele a quem caiba a responsabilidade pelo registro ou pela prática de ato que implique na transmissão de bem móvel ou imóvel e respectivos direitos e ações; d) o inventariante ou o testamenteiro em relação aos atos que praticarem; e) o titular, o administrador e o servidor dos demais órgãos ou entidades de direito público ou privado onde se processe o registro, a anotação ou a averbação de doação; f) qualquer pessoa natural ou jurídica que detenha a posse do bem transmitido ou doado; g) o cessionário, inclusive na cessão onerosa, em relação ao imposto devido pela transmissão causa mortis dos direitos hereditários a ele cedidos; h) a pessoa natural ou jurídica que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; e, i) os coerdeiros, legatários e codonatários, em relação à totalidade do bem transmitido.

⁶ Vide nota 1.

⁷ ALMEIDA, Pedro Boueri Affonso de; SAAB LIMA, Rachel Maçalam. *Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório*. Disponível em: <http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/271/Veirano_Client_Alert_Familiar_DEZ2015_2_original.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2016.

⁸ Vide nota 1.



As penalidades instituídas pela nova lei também tiveram o seu rol expandido, vez que o art. 28, §2º, da nova lei⁹, passou a prever o pagamento de multa a quem não requerer o cancelamento da guia de lançamento, quando não ocorrido o fato gerador, no prazo de 60 dias a contar da data de vencimento do imposto¹⁰. A multa será no valor equivalente a 450 UFIR-RJ¹¹, a qual será cobrada em dobro quando constatada a infração no curso de processo fiscal.

Quanto à transmissão de imóveis situados no exterior, apesar da nova lei ter mantido as diretrizes da lei anterior no que concerne às situações em que o imposto é devido no Estado do Rio de Janeiro, houve inovação em seu art. 5º, II. O inciso passou a prever que o imposto será devido no citado Estado na transmissão de bem móvel ou imóvel situado no exterior, bem como de direitos a eles relativos, se nele estiver localizado o domicílio: a) do doador; b) do donatário, quando o doador for domiciliado no exterior; c) do falecido, na data da sucessão; d) do herdeiro ou legatário, quando o falecido, na data da sucessão, era residente ou domiciliado no exterior. Tal disposição pode acarretar uma discussão acerca da provável violação ao princípio da territorialidade¹² previsto no art. 41 do Código Tributário Nacional¹³.

A desconsideração de atos ou negócios jurídicos também foi uma nova hipótese trazida pela lei, sendo essa aplicada quando a contrapartida tiver valor significativamente inferior ao valor de mercado do bem ou direito adquirido ou quando, apesar de onerosos, o adquirente não dispuser de capacidade financeira¹⁴, nos termos do art. 38 da Lei n. 7.174 de 2015¹⁵. Tal

⁹ Vide nota 1.

¹⁰ NUNES, Wenderson. *A nova lei de ITCMD no Estado do Rio de Janeiro – 7.174/15*. Disponível em: <<http://wenderonnunes.jusbrasil.com.br/artigos/317154698/a-nova-lei-de-itcmd-no-estado-do-rio-de-janeiro-7174-15>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

¹¹ Vide nota 4.

¹² LEITE, Cristiano da Cruz. *RJ – Lei Estadual nº 7.174/2015 Novas Lei do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e por Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD)*. Disponível em: <<http://britech.com.br/blog/mercado/rj-lei-estadual-no-7-1742015-novas-lei-do-imposto-sobre-transmissao-%C2%B3causa-mortis%C2%B2-e-por-doacao-de-quaisquer-bens-ou-direitos-itcmd/>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

¹³ BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

¹⁴ GONÇALVES E ARRUDA, Pablo. *A nova lei estadual 7.174/15 e o planejamento sucessório no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI232572,41046-A+nova+lei+estadual+717415+e+o+planejamento+sucessorio+no+Rio+de>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

¹⁵ Vide nota 1.



desconsideração deverá seguir um procedimento legal específico, o qual abarca a manifestação em sede de defesa das partes envolvidas no negócio jurídico¹⁶.

A Lei n. 1.427 de 1989¹⁷ previa em seu art. 10 que a base de cálculo do imposto seria o valor real dos bens ou direitos, ou o valor do título de crédito, transmitidos ou doados, e a Lei n. 7.174 de 2015¹⁸ passou a prever em seu art. 14 que a base de cálculo do imposto será o valor de mercado do bem ou do direito transmitido. Nesse aspecto, vale ressaltar que a nova lei passou a prever que desde que comprovadas a origem, autenticidade e pré-existência, as dívidas do falecido ou as que onerem o bem doado serão excluídas da base de cálculo, assim como as despesas de funeral. A inclusão de dívidas do falecido ou que onerem o bem sempre foi uma questão muito discutida com a Fazenda Pública no momento do cálculo do ITCMD incidente na partilha de bens, tanto na doação, quanto na herança¹⁹.

Ademais, a nova lei manteve a possibilidade do imposto ser parcelado em 24 prestações, porém passou a permitir que esse parcelamento seja ampliado para 60 prestações, desde que isso ocorra por meio de Decreto. Outra novidade seria a possibilidade de se pagar o imposto em 4 parcelas sem a incidência de acréscimos moratórios²⁰.

Todas as referidas mudanças foram muito relevantes, porém é de se notar que houve ainda uma grande modificação no que concerne ao modo de cobrança do referido imposto no tocante às doações com reserva de usufruto, matéria que será aprofundada no terceiro capítulo do presente artigo.

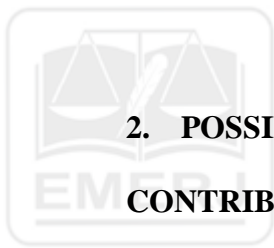
¹⁶ BICHARA ADVOGADOS. Boletim Informativo Legal, Edição 185. Dezembro. 2015, p. 12. Disponível em: <<http://www.bicharalaw.com.br/uploads/informativo/b3ba736819641aba906f5cf94d209ac8.pdf>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

¹⁷ Vide nota 2.

¹⁸ Vide nota 1.

¹⁹ BICHARA ADVOGADOS, op. cit., p. 12.

²⁰ LEITE, op. cit.



2. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA AOS IMPOSTOS REAIS DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O princípio da capacidade contributiva está expressamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 145, §1º²¹, nos seguintes termos:

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.

Desta forma, nota-se que o referido princípio está diretamente ligado ao da isonomia, tendo em vista que é considerado como a principal referência de desigualdade a ser ponderada na atribuição de tratamento diferenciado aos contribuintes²².

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988²³, o ITCMD e o ITBI estavam reunidos em um único imposto de competência dos Estados, regulado pelo art. 35 do Código Tributário Nacional²⁴. Por tal motivo, não há qualquer menção ao ITCMD no CTN²⁵, tendo em vista que esse último é de 1966, o que faz com que os Estados exerçam a competência legislativa plena.

Apesar do CTN²⁶ referir-se a um imposto de transmissão que a rigor não existe mais desde 1988, pode-se extrair de seu art. 38 que a base de cálculo do imposto de transmissão é o valor venal dos bens e direitos transmitidos, seja pelo falecimento do titular, seja pela doação. De forma comumente, o ente tributante recusa o valor apontado pelas partes, preferindo fazer a sua própria avaliação.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

²² ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*: esquematizado. 8. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 98.

²³ Vide nota 21.

²⁴ Vide nota 13.

²⁵ Vide nota 13.

²⁶ Vide nota 13.



O valor venal é considerado como aquele apurado em uma venda em condições livres de mercado. Evidentemente, o Estado não tem condições materiais e logísticas de apurar cada um dos bens sujeitos à transmissão, e por esse motivo, normalmente, a avaliação é feita por meio de uma planta fiscal, com valores que servem como avaliação oficial. O Estado arbitra desta forma e o contribuinte fica com a faculdade de impugnar o valor.

De acordo com o art. 155, §1º, IV, da CRFB/88²⁷, a fixação das alíquotas máximas do ITCMD é de competência do Senado Federal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal²⁸ já sustentou que se os entes competentes para a instituição do referido imposto, Estados e Distrito Federal, quiserem manter a alíquota sempre no limite máximo fixado pelo Senado, estes não poderão criar lei que se atrele genericamente a essa alíquota máxima de forma a variar posteriormente com ela, e sim criar uma nova lei a cada mudança.

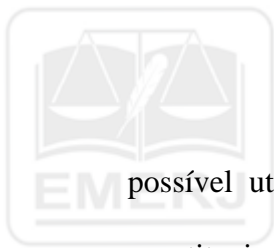
A alíquota máxima foi fixada pelo Senado Federal em 8%, a qual está definida no art. 1º da Resolução n. 9 de 1992²⁹. O art. 2º da referida Resolução determinou que “as alíquotas dos impostos, fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber, nos termos da Constituição Federal”. A constitucionalidade dessa previsão era muito questionada, pois confrontava a jurisprudência, até então consolidada, do Supremo Tribunal Federal.

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal entendia que não seria possível a aplicação da progressividade em impostos reais, determinando que essa previsão não seria compatível com a Constituição Federal de 1988, no que tange ao princípio da capacidade contributiva. No entanto, em 2013, no Recurso Extraordinário n. 562.045-0 do Rio Grande do Sul, a Corte passou a reconhecer a compatibilidade da citada previsão, demonstrando que seria

²⁷ Vide nota 12.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 218.086-8/PE. Julgado em 8 de fevereiro de 2000. Relator: Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331514>>. Acesso em 4 de abril de 2016.

²⁹ BRASIL. Senado Federal. Resolução n. 9. Publicado no DOU de 5 de maio de 1991. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136383>>. Acesso em 4 de abril de 2016.



possível utilizar a progressividade em impostos reais, sem a necessidade de autorização constitucional específica, revertendo, assim, a tendência que adotava anteriormente.

Insta ressaltar que, entre diversas classificações, os impostos podem ser divididos entre pessoais e reais. Os pessoais são aqueles que levam em consideração os aspectos subjetivos do contribuinte, de forma a detectar a capacidade contributiva do mesmo. Por outro lado, os reais apenas levam em consideração o objeto a ser tributado e não a pessoa que praticou o fato gerador, de forma a não considerar os aspectos subjetivos dessa.

O antigo entendimento do STF se baseava na ideia de que apenas quando o imposto fosse pessoal que a capacidade contributiva do contribuinte poderia ser analisada, ao passo que quanto aos impostos reais a aplicação da progressividade iria depender de previsão expressa no texto constitucional³⁰.

A recente Lei n.7.174 de 2015³¹, do Estado do Rio de Janeiro, dispõe exatamente sobre o ITCMD, positivando o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal ao prever a possibilidade de calcular o referido imposto de forma progressiva.

3. APLICAÇÃO DA LEI N. 7.174 DE 2015 NAS DOAÇÕES COM RESERVA DE USUFRUTO OCORRIDAS SOB O REGIME DA LEI N. 1.427 DE 1989

O art. 11, inciso I, da Lei n. 1.427 de 1989³², ora revogada, previa que tanto a instituição quanto a extinção de usufruto ocasionavam a ocorrência de fatos geradores que acarretavam a incidência do ITCMD. Em ambos os casos, a base de cálculo era de 50% do valor do bem ou direito. Sucede-se que, com o advento da Lei n. 7.174 de 2015³³, a extinção de usufruto ou de qualquer outro direito real passou a não ser mais hipótese de incidência do

³⁰ ALEXANDRE, op. cit., p. 99.

³¹ Vide nota 1.

³² Vide nota 2.

³³ Vide nota 1.



imposto. Com essa mudança, conforme previsão do art. 7º, III, da nova lei³⁴, os contribuintes terão que recolher o tributo em sua totalidade no momento da doação, ou seja, na instituição do usufruto.

A crítica feita quanto a essa questão envolve principalmente a previsão do art. 42 da Lei n. 7.174/15³⁵:

Art. 42. Por ocasião da extinção de direito real reservado pelo transmitente quando da transmissão da titularidade do bem, realizada anteriormente à produção de efeitos deste artigo, deverá ser paga a segunda parcela do imposto, em complemento à primeira parcela de 50% (cinquenta por cento), recolhida no momento da ocorrência do fato gerador.

A redação desse artigo, indiretamente, demonstra que haveria de certa forma um fracionamento do pagamento do imposto, o que é diverso do que ocorria com a lei anterior, na qual eram previstos dois fatos geradores distintos.

De acordo com previsão expressa do Código Tributário Nacional, em seu art. 105³⁶, a legislação tributária será aplicada de forma imediata aos fatos geradores futuros e aos pendentes, sendo esses compreendidos como aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa. O intuito dessa norma seria afirmar que a regra é a impossibilidade de se aplicar a legislação tributária para o passado³⁷.

Acerca do momento em que considera-se ocorrido o fato gerador, cabe a análise do caput e incisos do art. 116 também do Código Tributário Nacional³⁸:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

O fato gerador do ITCMD se enquadra no referido inciso II, tendo em vista que se trata de um fato gerador definido com base em uma situação jurídica. Nesse caso, como a situação

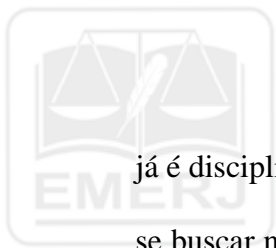
³⁴ Vide nota 1.

³⁵ Vide nota 1.

³⁶ Vide nota 15.

³⁷ ALEXANDRE, op. cit., p. 233.

³⁸ Vide nota 15.



já é disciplinada em outra norma, de outro ramo do direito, que no caso seria a lei civil, deverá se buscar no direito aplicável a definição do momento em que a situação está definitivamente constituída³⁹.

A legislação tributária é aplicável apenas aos fatos geradores futuros, não sendo possível a cobrança de um tributo cujo fato gerador sequer ocorreu. Demonstra-se então que não seria possível a cobrança de um imposto relativo a um fato gerador que não mais é previsto, não podendo uma nova lei, que não prevê tal hipótese de incidência, cobrar do contribuinte valores referentes a um fato gerador que nem ao menos ocorreu quando da vigência da lei que o constituía.

No caso do usufruto, pela antiga Lei n. 1.427 de 1989⁴⁰, como dito, existiam dois fatos geradores diversos, um no momento da instituição do usufruto e um na sua extinção. Porém, com a nova Lei n. 7.174 de 2015⁴¹, passou-se a ter como fato gerador apenas o momento da doação.

Pela redação da nova lei, o recolhimento da dita “segunda parcela do imposto” deverá ser feito de acordo com as regras trazidas pela lei nova, em relação às alíquotas e progressividade do imposto, apesar da “primeira parcela” ter sido paga quando a Lei n. 1.427 de 1989⁴² ainda estava em vigor.

Desta forma, entende-se que a presente lei passou a prever de forma criticável a possibilidade de cobrança do imposto quando da extinção do usufruto, o que pelo seu art. 7º, III⁴³, não seria permitido⁴⁴.

³⁹ ALEXANDRE, op. cit., p. 275.

⁴⁰ Vide nota 2.

⁴¹ Vide nota 1.

⁴² Vide nota 2.

⁴³ Vide nota 1.

⁴⁴ BEKIERMAN, Roberto; PONTES, Jean. *Nova lei do ITD no Rio de Janeiro afronta proteção ao contribuinte*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-16/lei-itd-rio-janeiro-afronta-protecao-contribuinte>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

CONCLUSÃO

A legislação tributária brasileira é muito complexa e extensa, motivo pelo qual é importante o estudo de toda nova lei publicada para que o contribuinte não passe despercebido por alguma forma peculiar de cobrança. Isso porque as novidades trazidas pelos textos legais ocorrem quase que diariamente, fazendo com que os contribuintes sempre tenham que estar se atualizando.

As mudanças trazidas pela Lei n. 7.174 de 2015, a princípio, são de fácil compreensão, porém a sua leitura se torna imprescindível para quem está diante de um possível pagamento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação. A lei trouxe diversas modificações, sendo algumas negativas e outras positivas.

A cobrança de um tributo não costuma ser bem vista pelos contribuintes, então o fato da lei ter ampliado alguns rolos de incidência não é considerado, de uma forma geral, uma vantagem econômica, como no caso dos planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência que passaram a ser considerados como fatos geradores do imposto.

Em contrapartida, apesar de alguns entenderem que seria algo prejudicial, para muitos a aplicação do princípio da capacidade contributiva no ITCMD é uma grande vantagem, justamente para aqueles que possuem essa capacidade reduzida. O referido princípio, como foi dito no segundo capítulo do presente artigo, está diretamente ligado ao princípio da isonomia, por ser considerado como a principal referência de desigualdade a ser ponderada na concessão de tratamento diferenciado aos contribuintes.

Como fora analisado, a incidência do imposto na extinção da doação com reserva de usufruto ainda será tema de grande discussão na doutrina e jurisprudência, vez que apesar na nova lei não prever essa situação como uma hipótese de incidência, definiu que nesse momento fático o imposto deveria ser pago. Tal disposição não poderia ter sido prevista por afrontar o



princípio da razoabilidade, pois estar-se-ia aplicando uma norma de forma retroativa *in malam partem*, devendo-se aplicar a lei mais benéfica.

Desta forma, conclui-se que, na generalidade, a Lei Estadual n. 7.174 de 2015 trouxe mais prejuízos do que benefícios aos contribuintes, principalmente no que concerne ao âmbito financeiro, por terem que pagar o imposto em mais situações fáticas. No entanto, regulamentou matérias que antes causavam controvérsias, facilitando a aplicação da lei pelos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*: esquematizado. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

ALMEIDA, Pedro Boueri Affonso de; SAAB LIMA, Rachel Maçalam. *Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório*. Disponível em: <http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/271/Veirano_Client_Alert_Familiar_DEZ2015_2_original.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

BEKIERMAN, Roberto; PONTES, Jean. *Nova lei do ITD no Rio de Janeiro afronta proteção ao contribuinte*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-16/lei-itd-rio-janeiro-afronta-protecao-contribuinte>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

BICHARA ADVOGADOS. Boletim Informativo Legal, Edição 185. Dezembro. 2015. Disponível em: <<http://www.bicharalaw.com.br/uploads/informativo/b3ba736819641aba906f5cf94d209ac8.pdf>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

_____. Lei n. 1.427, de 13 de fevereiro de 1989. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/541098e046aa07b7032565540066df22?OpenDocument>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

_____. Lei n. 7.174, de 28 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/38c6d405dd5c89fd83257f1f006deb65?OpenDocument>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.



_____. Senado Federal. Resolução n. 9. Publicado no DOU de 5 de maio de 1991. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136383>>. Acesso em 4 de abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 218.086-8/PE. Julgado em 8 de fevereiro de 2000. Relator: Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331514>>. Acesso em 4 de abril de 2016.

GONÇALVES E ARRUDA, Pablo. *A nova lei estadual 7.174/15 e o planejamento sucessório no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI232572,41046-A+nova+lei+estadual+717415+e+o+planejamento+sucessorio+no+Rio+de>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

LEITE, Cristiano da Cruz. *RJ – Lei Estadual nº 7.174/2015 Novas Lei do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e por Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD)*. Disponível em: <<http://britech.com.br/blog/mercado/rj-lei-estadual-no-7-1742015-novas-lei-do-imposto-sobre-transmissao-%C2%B3causa-mortis%C2%B2-e-por-doacao-de-quaisquer-bens-ou-direitos-itcmd/>>. Acesso em 06 de agosto de 2016.

NUNES, Wenderson. *A nova lei de ITCMD no Estado do Rio de Janeiro – 7.174/15*. Disponível em: <<http://wendersonnunes.jusbrasil.com.br/artigos/317154698/a-nova-lei-de-itcmd-no-estado-do-rio-de-janeiro-7174-15>>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

RIO DE JANEIRO. SEFAZ. Resolução n. 952. Publicado no DOE de 23 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jsp?_afrLoop=261070912428000&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC296838&_adf.ctrl-state=16z0421z9_36>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.



DOS LIMITES DA ORIENTAÇÃO RELIGIOSA AOS FILHOS E SUA POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO COMO PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Tainá Maria Leonardo de Oliveira

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

Resumo: a síndrome da alienação parental é um problema que tem despertado a atenção da sociedade nos últimos anos. Isso porque se trata de um abuso moral contra a criança e o adolescente, praticado por um de seus pais, com intuito de macular e difamar a imagem do outro. Tudo isso com o fim de romper os laços familiares, com base em atitude mesquinha, dotada de amargura e rancor pelo fim do relacionamento. Dessa forma, a prática de tal conduta pode se dar também no âmbito religioso. Assim, a essência do trabalho é verificar como a religião pode ser utilizada como instrumento da síndrome de alienação parental e apontar a atuação do Poder Judiciário diante desse cenário.

Palavras-chave: Direito de Família. Direito Constitucional. Liberdade Religiosa. Alienação Parental.

Sumário: Introdução. 1. O dever dos pais em relação à educação religiosa dos filhos. 2. Como a religião é utilizada na prática de alienação parental: jogos psicológicos e artimanhas. 3. Efeitos danosos da alienação parental religiosa e a atuação do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute os limites do dever de educação religiosa dos pais em relação aos filhos e a sua possível caracterização como uma prática de alienação parental. Procura-se demonstrar que é necessário um despertar da sociedade no sentido de que o uso da religião pode se tornar prejudicial ao configurar o afastamento dos filhos do outro genitor ou adotante.

Nas últimas décadas, diante de um cenário de separação ou divórcio do casal, é notório o reconhecimento da empreitada perpetrada por um dos pais, em relação aos

filhos, para macular a imagem do ex-cônjuge ou ex-companheiro. Assim, essa manifestação se torna mais acentuada diante das disputas da guarda dos filhos.

Nesse contexto, foi reconhecida a alienação parental como um dos problemas a ser combatido na atualidade. Sendo assim, em 26 de agosto de 2010, dada a seriedade e gravidade do tema, foi promulgada a Lei n. 12.318/2010, que prevê punição para essa prática reprovável.

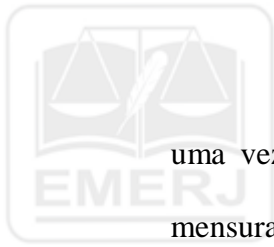
Contudo, para que seja possível resguardar os filhos, é necessária a precaução com relação a todas as formas que aparecerem para a configuração da alienação parental. E, nesse panorama, a religião pode vir a ser uma artimanha utilizada nesse perigoso jogo psicológico, principalmente, quando os pais detêm crenças religiosas distintas.

Para a melhor compreensão do tema, inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa expondo o dever dos pais em relação aos filhos não somente no que tange a sua educação formal, mas também quanto à apresentação da religiosidade para a formação da vida daquela criança, tendo por base o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal e a Psicologia.

Segue-se avaliando, no segundo capítulo, como se produzem as formas de alienação parental em relação aos filhos no âmbito religioso quanto aos pais que detêm a mesma religião e quanto aos que detêm religiões díspares.

O terceiro capítulo, por sua vez, destina-se a analisar qual a efetiva contribuição do Poder Judiciário na solução da lide com vistas à proteção integral da criança quanto aos efeitos danosos decorrentes da alienação parental praticada no âmbito religioso.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, buscando-se na lei, na doutrina e na jurisprudência fontes para sua formação; explicativa, visto que será apresentada tese fundamentada sobre o assunto; e qualitativa,



uma vez que o objetivo é aferir aspectos qualitativos da questão, que não se pode mensurar em números.

1. O DEVER DOS PAIS EM RELAÇÃO À EDUCAÇÃO RELIGIOSA DOS FILHOS

O direito à educação é a todos assegurado e se encontra inserido dentro da gama de direitos sociais trazidos pela Constituição Federal de 1988. Desta feita, a educação deve ser proporcionada à criança e ao adolescente tanto pela família quanto pelo Estado, sendo essencial com relação a sua formação e ao seu desenvolvimento para a vida adulta.

Nesse sentido, a Carta Magna¹ aduz que: “Art. 229. 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”.

A questão a ser aprofundada se manifesta em saber quais são limites da criação e da educação a serem concretizadas pelos pais. A educação tradicionalmente formal se exprime somente no fato de o menor de idade ser levado a estabelecimentos de ensino fundamental e médio, a cursos profissionalizantes, a cursos de idiomas etc.

Contudo, é necessário compreender que a educação a ser proporcionada traz conceito mais alargado. Sendo assim, apenas presença de uma educação formal deixa algumas lacunas intransponíveis, diante de crises na vida social, que somente a presença de uma educação voltada à religiosidade consegue preencher de forma satisfatória.

A preocupação com a religiosidade aparece inclusive no Estatuto da Criança e do Adolescente², uma vez que protege o direito de transmissão de crenças e culturas daquela família ao menor:

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 de abr. de 2016.



Art. 22. [...] Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Fato é que a religiosidade e a religião não devem ser confundidas. O psicólogo Cláudio Manoel Nascimento Gonçalves da Silva e o professor da disciplina Abordagens Sócio-Políticas da Educação, Davi Silva Almeida³, ensinam o seguinte:

A Religião é um processo relacional desenvolvido entre o Homem e os poderes por ele considerados sobre humanos, no qual se estabelece uma dependência ou uma relação de dependência. Essa relação se expressa através de emoções como confiança e medo, através de conceitos como moral e ética, e finalmente através de ações. [...] A religiosidade é uma qualidade do indivíduo que é caracterizada pela disposição ou tendência do mesmo, para perseguir a sua própria Religião ou a integrar-se às coisas sagradas. Precisamos diferir o ser possuidor de religiosidade, do religioso, que é fruto do sistema religioso.

Através da educação religiosa, o menor de idade deve ter capacidade para optar: por somente acreditar em algumas premissas de certas religiões; por seguir uma determinada religião, que pode até ser distinta daquela adotada pelos seus pais; ou, inclusive, por seu ateu.

Dessa forma, não é correta a conduta de imposição, pelos pais, de qualquer tipo de religião ou dogma à criança ou ao adolescente. Isto é, eles devem praticar um comportamento de estudo sobre o que é ter fé em algo ou em alguém. Vale salientar que a ausência desse norte religioso traz danos à pessoa quando esta chega à vida adulta e enfrenta situações de grande estresse, crises financeiras, desgostos ou, até, enfermidades.

Os indivíduos que exercitam práticas religiosas, não necessariamente atreladas a uma religião específica, expõem um melhor equilíbrio psicológico e tendências

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: 07 de mar. de 2016.

³ ALMEIDA, Davi Silva; DA SILVA, Cláudio Manoel Nascimento Gonçalves. *A Religião, a Religiosidade e os Sistemas Religiosos*. 2003. Disponível em: <<http://www.ipepe.com.br/idebab.html>>. Acesso em: 03 de mar de 2016.



menores ao desenvolvimento de doenças como a depressão, ao uso de drogas, aos pensamentos ou comportamentos suicidas.⁴

Ao encontro do exposto, os estudos de André Stroppa e Alexander Moreira-Almeida⁵ explicitam que:

Um estudo brasileiro envolvendo 2.287 estudantes de Campinas (SP), da mesma forma, indicou que fatores religiosos estão fortemente associados com menor uso de drogas durante o mês anterior à entrevista. Estudantes que não receberam educação religiosa na infância apresentaram um maior uso de ecstasy e abuso de medicamentos, comparados com estudantes que tiveram educação religiosa. A falta de afiliação religiosa estava associada com abuso de cocaína e medicamentos.

A esse respeito, além das drogas, há também o problema grave do suicídio, que assola a sociedade e pode vir conectado à falta de orientação religiosa aos filhos. Nesse sentido, André Stroppa e Alexander Moreira-Almeida⁶ apontam o seguinte:

Diversos estudos apontam a religião como importante fator protetor contra pensamentos e comportamentos suicidas. Os clássicos trabalhos de Durkheim foram o ponto de partida para os estudos sociológicos entre religião e suicídio, ao propor um método que investigava as relações entre afiliação religiosa e taxas de suicídio em um determinado grupo. [...] um achado consistentemente replicado foi a associação entre maior religiosidade e menor frequência de comportamento suicida. Muitos estudos indicam que o nível de envolvimento religioso em uma dada área é inversamente proporcional ao número de mortes por suicídio.

Importante salientar, ainda de acordo com as lições de André Stroppa e Alexander Moreira-Almeida⁷, que a prática da religiosidade vem ocasionando resultados positivos na vida das pessoas, como traçado nas linhas que se seguem:

Estudos têm revelado que atividades religiosas, como envolvimento em cultos ou atividades voluntárias, estão associadas a melhor saúde física, particularmente quando ocorrem no ambiente da comunidade. Quando atividades religiosas não modificam o curso de doenças físicas ou prolongam a vida, elas podem melhorar a qualidade de vida e o propósito de viver.

Diante de todo o exposto, a conclusão é no sentido de que a educação que incumbe aos pais não é somente a tradicional com relação à instrução angariada nas

⁴ FURTADO, Erikson Felipe; RONZANI, Telmo Mota; SILVA, Cristiane Schumann. Relação entre prática religiosa, depressão, ansiedade e uso de álcool entre gestantes usuárias do Sistema Único de Saúde de Juiz de Fora. *HU Revista*, Juiz de Fora, v. 35, n. 2, p. 112, abr./jun. 2009.

⁵ MOREIRA-ALMEIDA, Alexander; STROPPA André. Religiosidade e Saúde. In: FREIRE, Gilson; SALGADO, Mauro Ivan (Orgs.). *Saúde e Espiritualidade: uma nova visão da medicina*. Belo Horizonte: Inede, 2008, p. 427 – 443.

⁶ *Ibid*, p. 6.

⁷ *Ibid*, p. 7.

instituições de ensino regular. Isso porque a ausência de ensinamentos religiosos, que conduzam a absorção de uma religiosidade por aquele indivíduo em desenvolvimento, pode trazer consequências nefastas quando há situações difíceis a serem encaradas na vida adulta.

Por outro lado, quando os pais se desincumbem de forma oportuna do seu mister, os filhos menores crescem mais aptos e conscientes a fazerem escolhas para suas vidas em todos os aspectos, mas, principalmente, no que tange ao desenvolvimento ou não dos seus sentimentos com relação à religiosidade.

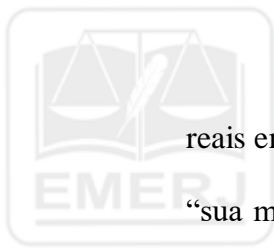
2. COMO A RELIGIÃO É UTILIZADA NA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL: JOGOS PSICOLÓGICOS E ARTIMANHAS

O presente capítulo tem por escopo mostrar as formas, por intermédio das quais, a religião é utilizada como instrumento da prática de alienação parental. Tal fenômeno reprovável pode ocorrer tanto quando os pais apresentam religiões idênticas, como quando eles praticam religiões distintas ou, ainda, quando não possuem qualquer religião. Com seu comportamento, o alienante busca desmoralizar a religião, ou a falta desta, com relação ao ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Fato é que a doutrina brasileira não traz robustez na identificação da prática da alienação parental com a utilização da religião. Contudo, a doutrina estrangeira já vem alertando sobre esse problema de cunho familiar e social.

De acordo com Joan B. Kelly e Janet R. Johnston, as crenças e práticas religiosas fortemente arraigadas também podem contribuir para a alienação das crianças.⁸ Já o norte-americano Richard Warshawk, na obra *Divorce poison*, relata casos

⁸ JOHNSTON, Janet R. e KELLY, Joan B. apud MOLD, Cristian Fetter. O uso da religião como forma de fomentar a alienação parental. *Revista Consulex*, nº 402, de 15 out. 2013. Disponível em: <<http://profcrislianfetter.blogspot.com.br/2014/02/o-uso-da-religiao-como-forma-de.html>>. Acesso em: 17 ago.



reais em que vivenciou em seu consultório, trazendo frases ditas pelos pacientes do tipo: “sua mãe não é somente uma mãe ruim, ela é uma pecadora”. O motivo do pecado, às vezes, é simplesmente iniciar o processo de divórcio.⁹

Cristian Fetter Mold¹⁰, em seus ensinamentos, traz as reações dos filhos sob a influência do comportamento inadequado do genitor ou adotante que pratica a alienação:

Facilmente a criança, em sua imaturidade, e na sua incapacidade psicológica de pensar em termos balanceados sobre uma pessoa, é encoberta por este manto de legitimidade e autoridade absoluta. A criança recebe a mensagem de que deve condenar esta mãe, não porque ela provocou ciúmes e raiva em seu pai, mas porque ela ofendeu a Deus. A criança é pressionada em direção à alienação parental como uma demonstração de sua fé.

No caso de os pais praticarem a mesma religião, a alienação parental poderá tomar forma se o local religioso frequentado por eles não for o mesmo¹¹. Por exemplo, os pais são adeptos da Igreja Evangélica. Assim, o alienante desmoraliza a Igreja, enquanto ambiente físico, que é frequentada pelo pai ou mãe alienado, dizendo que é inferior em relação ao devotamento a Deus.

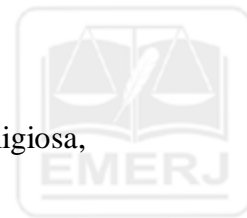
Dessa forma, muitas vezes, ainda há o impedimento, pelo alienante, da frequência do filho a tal ambiente, impedindo a socialização com amigos de culto do local religioso do alienado e o pleno desenvolvimento de seu senso de discernimento e de escolha religiosos, causando prejuízos inexoráveis.

Diante do panorama de religiões distintas praticadas pelos pais ou quando o alienante não possuir religião alguma, esse último pode infiltrar na cabeça do filho que a religião do alienado (que pode ser pai ou mãe) não é correta, é vergonhosa, causa

⁹ WARSHAK, Richard apud MOLD, Cristian Fetter. O uso da religião como forma de fomentar a alienação parental. *Revista Consulex*, nº 402, de 15 out. 2013. Disponível em: <<http://profcrisfetter.blogspot.com.br/2014/02/o-uso-da-religiao-como-forma-de.html>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

¹⁰ MOLD, Cristian Fetter. O uso da religião como forma de fomentar a alienação parental. *Revista Consulex*, nº 402, de 15 out. 2013. Disponível em: <<http://profcrisfetter.blogspot.com.br/2014/02/o-uso-da-religiao-como-forma-de.html>>. Acesso em: 17 ago.

¹¹ GONÇALVES, Antônio Baptista. O uso da religião na alienação parental. Rio de Janeiro: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 21, n. 39, p. 187-215, abr. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74821>>. Acesso em: 17 ago. 2016.



embaraços na vida em sociedade e que, se ele seguir tal religião ou corrente religiosa, sua vida seguirá em desprestígio.

Assim, o alienante pode vincular algum acontecimento de derrota na vida do pai (ou mãe) alienado à religião por ele seguida¹². Por exemplo, a mãe pode falar: “Seu pai não conseguiu passar em um concurso público porque fica frequentando aquele centro de macumba” ou, então, “seu pai não consegue te dar aquele brinquedo que você deseja porque fica dando dízimo para a Igreja”.

A criança, por sofrer grande influência, acaba assimilando a ideia e considerando o pai um fracassado e detentor de uma religião que não merece respeito. Assim, ela pode desenvolver sentimento de raiva, angústia e decepção não somente contra o genitor ou adotante alienado, como também em face de toda uma religião. Sendo que, sequer possui a percepção necessária para entender seus preceitos e valores.

Ademais, é certo que todas as religiões trazem contornos históricos envolvendo: escândalos, como corrupção e pedofilia; preconceito; conflitos religiosos. Isto é, como toda religião possui pontos frágeis, o alienante pode se utilizar deles para diminuir o pai ou mãe alienado.

Por exemplo, se o alienado for muçulmano, o alienante pode alegar que o filho será encarado com desconfiança e sofrerá perseguições por intolerância religiosa. Contudo, se o alienado for evangélico, o alienante alega que se trata de pessoas mal vistas na sociedade por exaltarem ideias absurdas e caretas como a “cura gay”. Caso a religião do alienado seja o judaísmo, o alienante pode exaltar o uso do quipá, o não corte das costeletas e os adornos nas vestes como motivo de chacota na sociedade.¹³

¹² Ibid.

¹³ GONÇALVES, Antônio Baptista. O uso da religião na alienação parental. Rio de Janeiro: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 21, n. 39, p. 187-215, abr. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74821>>. Acesso em: 17 ago. 2016.



Diante do exposto, é imperioso reconhecer o arriscado jogo psicológico que é perpetrado pelo alienante. Tal prática nefasta pode gerar desde desavenças com o outro ex-cônjuge ou ex-companheiro (âmbito familiar interno) até atos de intolerância religiosa por essa criança que teve cultivado seu ódio por determinada religião (âmbito social externo). Logo, é reprovável a atitude de impor uma religião ao filho ou denegrir quaisquer outras, ferindo o dever de educação com relação à religiosidade conferido aos pais.

3. EFEITOS DANOSOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL RELIGIOSA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O capítulo em tela envolve a realização de uma análise sobre os efeitos danosos, causados aos filhos menores do casal, no que concerne à alienação parental praticada no âmbito religioso. E, ainda, diante da demonstração de tal panorama, será também abordada a maneira como o judiciário deve operar frente a esse contemporâneo problema social.

Impende ressaltar que, como o poder familiar é exercido tanto pela parte materna quanto pela paterna de maneira igualitária (artigo 1.630 do Código Civil¹⁴), é possível a manipulação dos sentimentos do filho menor¹⁵. Assim, apesar de a Constituição Federal, em seu art. 226, § 7¹⁶, trazer como princípio a paternidade responsável, a alienação parental é praticada com frequência, inclusive com fundamento religioso.

¹⁴ 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: 06 set. 2016.

¹⁵ GONÇALVES, Antônio Baptista. O uso da religião na alienação parental. Rio de Janeiro: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 21, n. 39, p. 187-215, abr. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74821>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.



Dentre os problemas provindos com tal conduta, Jorge Trindade¹⁷ aduz que os filhos menores podem apresentar ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza, quadros de depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, sentimento de desespero, culpa, inclinação ao álcool e às drogas, e, ainda, ideias ou comportamentos suicidas.

Ademais, Luiz Carlos Furquim Vieira Segundo¹⁸ traz a seguinte ponderação:

Nesta trajetória, o agressor acaba fazendo duas vítimas: a criança, que é constantemente colocada sob tensão e “programada” para odiar o outro genitor, sofrendo profundamente durante o processo; e o ex-cônjuge que sofre com os constantes ataques e que, ao ter sua imagem completamente destruída perante o filho, amarga imenso sofrimento.

Deste modo, dadas das consequências nocivas ocasionadas pela alienação parental, a Lei n. 12.318/10, que dispõe sobre o tema, previu que este procedimento inadequado afronta o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, embaraça a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda¹⁹.

Portanto, tendo em vista a relevância da questão e o fato de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²⁰, o ex-cônjuge ou o ex-companheiro prejudicado pode ajuizar uma ação autônoma pleiteando que a alienação parental seja reconhecida. É possível, ainda, fazer esse pedido, de forma incidental, no bojo de outra ação, como, por exemplo, em uma ação de guarda.

¹⁷ TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

¹⁸ SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Síndrome da Alienação Parental: O Bullying nas Relações Familiares*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

²⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.



É imperioso salientar que a Lei n. 12.318/10, em seu art. 4º, prevê que o juiz pode reconhecer a prática da alienação parental, de ofício, em qualquer momento processual. Assim, o processo tramitará com prioridade, ocorrendo a oitiva do Ministério Público. E, ainda, serão adotadas as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente.

O art. 6º do mesmo diploma legal traz os instrumentos processuais que podem ser utilizados pelo juiz para coibir tal prática: declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental.

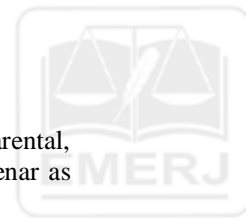
Fato é que tais medidas podem ser cumuladas no caso concreto. E, ainda, quanto a esse rol, Douglas Philips Freitas²¹ aduz que: “os incisos do artigo 6º da Lei n. 12.318/2010 são *numerus apertus*, ou seja, trata-se de um rol exemplificativo de medidas, não esgotando outras que permitam o fim ou diminuição dos efeitos da alienação”.

Entretanto, no cenário atual, em que pese à proteção à criança e ao adolescente em seu Estatuto próprio e com a edição da Lei n. 12.318/10, tratando do problema da alienação parental, Priscila Maria Fonseca²² alerta para uma dificuldade ainda a ser combatida na atuação do poder judiciário:

Uma vez identificado o processo de alienação parental é importante que o Poder Judiciário aborte o seu desenvolvimento, impedindo, dessa forma, que a síndrome venha a se instalar. Via de regra, até por falta de adequada formação, os juízes de família fazem vistas grossas a situações que, se examinadas com um pouco mais de cautela, não se converteriam em exemplos do distúrbio ora analisado. É imperioso

²¹ FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental*. Comentários à lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 35.

²² FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome da Alienação Parental. *Revista do CAO Cível* n° 15, Ministério Público do Estado do Pará, jan/dez 2009.



que os juízes se dêem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nestes casos, rigorosa perícia psicossocial para, aí então, ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante.

Por fim, é possível inferir, com base na Lei n. 12.318/10 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que os atos de alienação parental não constituem crimes em si mesmos. Logo, não há pena para o alienador a título de crime de alienação parental. Entretanto, alguns atos praticados podem se subsumir a tipos do Código Penal²³ e de leis penais esparsas, como por exemplo, o crime de difamação (artigo 139 do Código Penal) ou de injúria (artigo 140 do Código Penal).

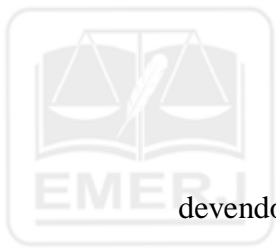
CONCLUSÃO

Nos últimos anos, a síndrome da alienação parental é um problema que vem afligindo a sociedade. Trata-se de uma conduta danosa praticada por um dos pais em detrimento do outro, geralmente, porque não aceita o término do relacionamento. Assim, aquele macula, denigre e difama a imagem do ex-cônjuge ou ex-companheiro, por sentimento de ódio e amargura, diante do filho menor de idade.

Fato é que a prática da alienação parental atinge diretamente a criança ou o adolescente. Dessa forma, os efeitos desse comportamento lesivo afrontam diretamente o princípio da proteção integral do menor. Portanto, o ordenamento jurídico, atento a essa situação, editou a Lei n. 12.318, em 26 de agosto de 2010, para remediar a síndrome da alienação parental, visto que esta é cada vez mais comum, devido às separações e divórcios que vem ocorrendo com mais frequência.

O dever à educação religiosa dos pais em relação aos filhos menores está assegurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de uma formação para a vida religiosa, e não a imposição de uma religião,

²³BRASIL. 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: 06 set. 2016.



devendo o menor ter o poder e a consciência de escolher acreditar no que ou em quem quiser ou, mesmo, não acreditar em nada.

Os ensinamentos religiosos aos filhos menores geram uma melhor base psicológica para lidar com crises na vida adulta, um menor risco do aparecimento de doenças como a depressão, minoram a procura e o uso de drogas, assim como, atenuam bastante o índice de suicídio.

Contudo, na prática, além de o alienador não se atentar quanto a esse dever a ser cumprido quanto à educação dos filhos, ou seja, não apresenta-lhes à religiosidade, faz pior, pois, denigre a religião do ex-cônjuge ou ex-companheiro. E, assim agindo, objetiva tomar para si todo o poder familiar, com o conseqüente afastamento do alienado ou, ainda, faz a criança provar a fé dela ao se afastar do ex-cônjuge ou ex-companheiro. Dessa forma, é necessária maior atenção a essa maneira de realizar a alienação parental, visto que muitas vezes ela passa despercebida no dia a dia.

Impende ressaltar, por fim, que, o Poder Judiciário, ao tomar conhecimento dessa prática nefasta, a paralise imediatamente. A Lei n. 12.318/10 traz algumas medidas de proteção ao menor que podem ser usadas pelo magistrado a fim de sobrestar a conduta do alienador. Dessa forma, é necessária uma formação mais adequada dos juízes, que lidam com conflitos familiares, para examinem com precaução e prevenção esse tipo de problema social, de maneira a evitar a propagação da alienação parental, em prol da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Davi Silva; DA SILVA, Cláudio Manoel Nascimento Gonçalo. *A Religião, a Religiosidade e os Sistemas Religiosos*. 2003. Disponível em: <<http://www.ipepe.com.br/idebab.html>>. Acesso em: 03 de mar de 2016.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 07 de mar. de 2016.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome da Alienação Parental. *Revista do CAO Cível* nº 15, Ministério Público do Estado do Pará, jan/dez 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental*. Comentários à lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FURTADO, Erikson Felipe; RONZANI, Telmo Mota; SILVA, Cristiane Schumann. Relação entre prática religiosa, depressão, ansiedade e uso de álcool entre gestantes usuárias do Sistema Único de Saúde de Juiz de Fora. *HU Revista*, Juiz de Fora, v. 35, n. 2, p. 112, abr./jun. 2009.

GONÇALVES, Antônio Baptista. O uso da religião na alienação parental. Rio de Janeiro: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 21, n. 39, p. 187-215, abr. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74821>. Acesso em: 06 set. 2016.

MOLD, Cristian Fetter. O uso da religião como forma de fomentar a alienação parental. *Revista Consulex*, nº 402, de 15 out. 2013. Disponível em: <http://profcrislianfetter.blogspot.com.br/2014/02/o-uso-da-religiao-como-forma-de.html>. Acesso em: 17 ago.

MOREIRA-ALMEIDA, Alexander; STROPPIA André. Religiosidade e Saúde. In: FREIRE, Gilson; SALGADO, Mauro Ivan (Orgs.). *Saúde e Espiritualidade: uma nova visão da medicina*. Belo Horizonte: Inede, 2008.

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Síndrome da Alienação Parental: O Bullying nas Relações Familiares*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 06 set. 2016.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OS DESAFIOS DA ADOÇÃO NO BRASIL E AS ALTERAÇÕES NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ABANDONO FAMILIAR

Taise Fonseca Macedo

Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes de Nova Friburgo. Advogada.

Resumo: a adoção no Brasil é um tema desafiador, considerando-se a realidade de um grande número de crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados. A legislação brasileira sobre adoção prevê que o tratamento conferido aos menores deve ser feito com prioridade absoluta e objetivando a proteção integral dos menores, considerando sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento. A essência do trabalho é abordar a divergência entre os objetivos da legislação regulamentadora do instituto e a realidade verificada na prática, e trazer possíveis medidas a serem adotadas com o fim de garantir a efetiva atenção aos direitos dos menores.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção. Alterações legais.

Sumário: Introdução. 1. A realidade brasileira sobre adoção. 2. Aspectos relevantes sobre a regulamentação legal da adoção que conflitam com os Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta e obstaculizam a adoção. 3. Alterações necessárias à efetivação dos direitos das crianças e adolescentes em situação de abandono na regulamentação da adoção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os desafios que envolvem a adoção no Brasil e a forma como o instituto se apresenta no ordenamento jurídico pátrio. Constata-se a necessidade da realização de alterações em sua regulamentação a fim de garantir a efetivação dos direitos da criança e do adolescente em situação de abandono familiar e seu acesso à convivência familiar.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a discutir se no âmbito da legislação pátria, a regulamentação do instituto atinge a finalidade primordial de atender ao princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, garantidos à criança e ao adolescente.

O instituto da adoção tem um relevante papel social, na medida em que possibilita o acesso de crianças e adolescentes em situação de abandono a uma família. Porém, considerando-se a realidade brasileira sobre adoção e o número significativo de crianças e adolescentes em situação de abandono, são feitas algumas reflexões: até que ponto pode-se afirmar que a legislação brasileira sobre adoção atinge sua finalidade precípua de proteção das crianças e adolescentes diante da realidade brasileira sobre adoção? É possível sustentar que o tratamento legal conferido à adoção em determinados aspectos conflita com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, na medida em que nem sempre visam ao interesse do adotando? Objetivando a atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente, seriam necessárias alterações legislativas ou a legislação em vigor atinge suficientemente essa finalidade?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o contexto de inúmeras crianças e adolescentes que se encontram em situação de abandono familiar. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade e a necessidade de alterações procedimentais com objetivo de atender ao melhor interesse dos menores e facilitar o acesso destes à convivência familiar.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a realidade brasileira sobre a adoção, e o instituto como medida eficaz na concretização dos direitos e garantias conferidos pelo ordenamento jurídico pátrio às crianças e adolescentes que se encontram em situação de abandono familiar.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os aspectos problematizadores do instituto que obstaculizam a adoção, como a procura por um perfil de criança, a adoção conjunta de irmãos, a excepcionalidade da adoção internacional e a obediência da ordem dos habilitados na fila do Cadastro Nacional de Adoção.



O terceiro capítulo destina-se a defender a necessidade da realização de alterações legislativas a fim de contribuir na efetivação dos direitos das crianças e adolescentes em situação de abandono familiar e atenção aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta.

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. A REALIDADE BRASILEIRA SOBRE ADOÇÃO

A adoção no Brasil é um tema de extrema importância, considerando-se o fato de que o instituto objetiva concretizar as garantias que são asseguradas às crianças e aos adolescentes pela Constituição Federal. Contudo, a realidade brasileira sobre adoção revela a existência de deficiências que inviabilizam a realização do objetivo primordial de atender ao interesse dos menores em situação de abandono familiar.

Os dados estatísticos revelam a existência de um enorme desafio quanto à eficácia do instituto, conforme o Cadastro Nacional de Adoção (CNA)¹ que é administrado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)². Atualmente, conforme pesquisa efetuada em 4 de abril de 2016 no portal do CNJ, existem cerca de 6.406 crianças aptas à adoção e cerca de 35.213 interessados cadastrados na lista do CNA³.

Verifica-se uma discrepância entre os dados apresentados, na medida em que o número de interessados a adotar se mostra quase seis vezes superior ao número de crianças

¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20530-cadastro-nacional-de-adocao-cna>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

³ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 04 abr. 2016.



cadastradas para a adoção. Diante de tal fato, necessária se faz uma análise com objetivo de identificar o que ocorre na prática e impede a efetividade do instituto, assim como o fato de haver um aumento crescente do número dos menores cadastrados em vez da sua diminuição.

Os dados do CNJ mostram que há uma oposição entre o perfil dos menores e o perfil desejado pelos adotantes que aguardam na fila de adoção, conforme as exigências verificadas pelos adotantes. Associados a estas estão os fatores legais que também contribuem para o agravamento da situação dos menores.

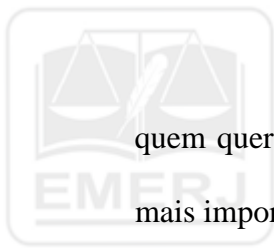
O fator de maior relevância com relação às exigências dos adotantes, que interfere na concretização de adoções, é a idade do menor que será adotado. Apenas 12,16 % dos pretendentes aceitam crianças com mais de 5 anos de idade, sendo que as crianças cadastradas até essa faixa etária representam apenas 18,47% do total. Associado a este, também está o fato de 70,16% dos pretendentes não aceitarem a adoção conjunta de irmãos, e 72,63% não aceitarem a adoção de gêmeos, sendo que 67,23% das crianças inscritas no cadastro possuem irmãos⁴.

Os interessados em adotar tem o direito de escolher as características do menor de forma que se enquadre em suas condições de vida. Contudo, é necessário que a questão seja tratada do ponto de vista da criança e do adolescente, pois são estes que tem direito a ter uma família.

O texto “Especialistas defendem modificações”⁵, traz o entendimento do promotor da Curadoria da Infância e da Juventude de Divinópolis (MG) Carlos José e Silva Fortes acerca da matéria. Para ele, a adoção é um instituto que objetiva garantir o direito à convivência familiar e que existe para conseguir famílias para crianças e adolescentes que precisam de família, e não para conseguir filhos para quem não conseguiu por outras maneiras, ou para

⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

⁵Especialistas defendem modificações. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/especialistas-defendem-modificacoes.aspx>>. Acesso em: 04 abr. 2016.



quem quer ter um filho. Para o Promotor, a lei deve atender o interesse da criança, que é o mais importante.

O processo de adoção atual é objeto de críticas, pois dificulta o acesso dos menores a uma família. A realização de um maior número de adoções, permitindo a esses menores uma convivência familiar, garante, sobretudo, a atenção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, alguns autores defendem a necessidade de mudanças na atual legislação brasileira sobre adoção criticando fatores como a obediência da ordem dos habilitados na fila do Cadastro Nacional de Adoção, a excepcionalidade da adoção internacional, a exigência da adoção conjunta de irmãos, a morosidade do processo de adoção, a falta de equipe interdisciplinar exigida pela lei, dentre outros.

Tânia da Silva Pereira, advogada e presidente da Comissão de Infância e Adolescência do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), citada no texto “Adoção: opiniões, dados e ações”⁶, afirma que no Brasil, ainda existe muito preconceito quanto à adoção. Segundo a autora, a análise pessoal, a fila de espera e as exigências judiciais adiam por anos o direito de crianças que vivem em abrigos de terem um novo lar e convivência familiar, como consta na Constituição Federal.

A legislação em vigor objetiva a concretização dos direitos da criança e do adolescente de modo a atender ao princípio da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta. Nesse sentido, se verifica que a adoção é um instituto de relevância na concretização dos direitos dos menores em situação de abandono, na medida em que viabiliza o contato destes com uma família de modo a lhes conferir melhores condições de vida.

⁶Adoção: opiniões, dados e ações. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/adocao-opinioes-dados-e-aco-es.aspx>>. Acesso em 04 abr. 2016.



O direito à convivência familiar foi o responsável por nortear toda a redação da lei da adoção – Lei n. 12.010/2009⁷. Conforme estabelece o artigo 227 da Constituição Federal de 1988⁸, o direito à convivência familiar é “absoluta prioridade” para a infância e a adolescência, assim como a saúde, a alimentação, a educação, o lazer e a profissionalização.

A realidade brasileira sobre a adoção revela a necessidade de reformulação do sistema a fim de que as crianças adolescentes saiam dos orfanatos mais rapidamente. A finalidade primordial é que tais mudanças atendam efetivamente os interesses dos menores, de modo que seu direito a ter uma família seja respeitado e atendido.

2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA ADOÇÃO QUE CONFLITAM COM OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA E OBSTACULARIZAM A ADOÇÃO

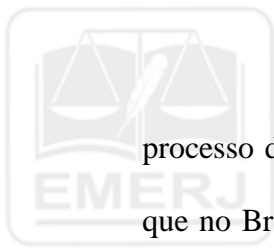
A adoção no Brasil enfrenta inúmeros problemas que dificultam a efetividade do instituto. A regulamentação legal da matéria conflita em muitos aspectos com os princípios que devem ser observados quando se trata de criança e adolescente, que são o da proteção integral e o da prioridade absoluta.

As pessoas que se dispõem a adotar um filho passam por uma longa espera em razão da necessidade do enfrentamento de um processo burocrático e desgastante. Enquanto isso, em decorrência das exigências legais e da demora na concretização do procedimento, inúmeras crianças e adolescentes vão crescendo nas instituições, afastando-se ainda mais da possibilidade de serem acolhidas em um seio familiar.

É certo que é necessária cautela diante do anseio pela formação de uma família. Um

⁷ BRASIL. Lei n.12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

⁸BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.



processo dessa natureza não deve ter o tempo como fator definidor. Porém, considerando-se que no Brasil a preferência dos adotantes é por bebês, o fator tempo deve ser encarado com maior atenção.

O procedimento atual, com as regras estabelecidas pela lei, obstaculariza a colocação da criança ou adolescente no ambiente familiar desde logo. Para solucionar a questão, algumas alterações legais precisam ser feitas, a fim de, revendo conceitos, facilitar a adoção no Brasil.

A necessidade de obediência à ordem do Cadastro Nacional de Adoção é um dos fatores legais que dificultam a eficácia do instituto.

O juiz Sérgio Kreuz, citado no texto “Críticas à obediência da ordem dos habilitados na fila do Cadastro Nacional de Adoção”⁹, critica a previsão de obediência estrita ao cadastro dos adotantes que estabelece que a convocação para adoção deve obedecer rigorosamente à ordem cronológica dos habilitados. Para o magistrado, a lei nesse ponto estaria se preocupando mais em atender os interesses do adotante do que os das crianças. Afirma que “Nem sempre o primeiro do cadastro de adotantes tem o perfil mais indicado para aquela determinada criança. Atender o interesse da criança seria encontrar para ela a melhor família possível, não necessariamente a primeira habilitada”.

Verifica-se neste ponto que a lei não atende aos princípios da proteção integral e prioridade absoluta. Na medida em que o objetivo verificado é o de atender unicamente à ordem do cadastro, desconsideram-se as relações interpessoais eventualmente firmadas entre o pretendente adotante a criança ou adolescente. Esse fator tem relevância até mesmo na adaptação do menor, que pode ser bem melhor quando levada em consideração a sua identificação com o adotante, e/ou vice versa.

⁹ Críticas à obediência da ordem dos habilitados na fila do Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/criticas-habilitados-fila-cadastro-nacional-de-adocao.aspx>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

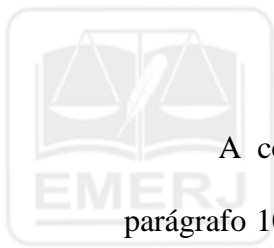
Outra questão de grande relevância é a imposição legal da adoção conjunta de irmãos. Pelo artigo 28, parágrafo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰, os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvado apenas a hipótese em que esteja comprovada a existência de risco de abuso ou situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, devendo-se procurar em todo caso evitar que os vínculos fraternos se rompam de forma definitiva. Em decorrência desta norma legal, verifica-se que na prática inúmeras crianças deixam de ser adotadas, passando da idade tida como preferencial à adoção, em razão da necessidade de obediência a este critério.

Os grupos de irmãos, contudo, não precisam perder seu vínculo afetivo, de modo que as crianças podem se separar e ao mesmo tempo manter o amor uma pela outra. Neste caso, buscando atender o interesse das crianças e não apenas dos adotantes, a escolha por adotantes que morem próximos, tenham afinidades ou sejam conhecidos, e o oferecimento de auxílio profissional de orientação aos adotantes, permitiria a realização de encontros, por exemplo, objetivando a manutenção dos vínculos de afetividade e a convivência entre eles sempre que possível.

Em cada caso concreto apresentado, o princípio do melhor interesse do menor deve ser analisado, assim como o princípio da prevalência da família. Neste sentido, a adoção de grupos de irmãos deve ser incentivada, mas atendo-se também para os casos em que a separação se mostra como inevitável, diante do afastamento das chances de colocação do menor em um seio familiar.

Assim como a imposição legal da adoção conjunta de irmãos, a excepcionalidade da adoção internacional também é um fator que conflita com os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta e acaba por obstacularizar a adoção.

¹⁰ BRASIL. Lei n.12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm >. Acesso em: 04 abr. 2016.



A colocação de menor em família estrangeira, conforme prevê o artigo 31 e 50, parágrafo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹, apenas é possível na modalidade de adoção. Além disso, é tratada como medida excepcional que somente deve ser adotada quando não haja nenhuma possibilidade de colocação do menor em família substituta que resida em território nacional.

Pela lei da adoção ainda, o pretendente brasileiro com residência fixa no exterior segue os mesmos procedimentos de habilitação que são exigidos para os estrangeiros, mas tem a preferência no momento da colocação da adoção.

A prática mostra que em muitos casos, a colocação em família substituta estrangeira ou de brasileiros residentes no exterior é a única forma de garantir a convivência familiar daqueles que se encontram em instituições. Conforme estudo de Weber¹², os casais estrangeiros, diferentemente dos brasileiros, realizam adoções visando a ajuda humanitária, estando mais abertos a adotar crianças de etnias diferentes das suas, bem como de mais idade, crianças que no Brasil são consideradas inadotáveis, tendo em vista a grande procura por parte de casais brasileiros de filhos adotivos que possuam características físicas semelhantes às suas, visando, desta forma, evitar a constatação imediata da origem da filiação por parte de terceiros.

Verifica-se que o perfil das crianças disponibilizadas para a adoção internacional acaba sendo diferente daquele apresentado para as adoções feitas por pessoas residentes no Brasil. Concorrentemente, tem-se o fato de que os pretendentes adotantes residentes no exterior em sua maioria não se atêm ao perfil que buscam os adotantes brasileiros. Enquanto a excepcionalidade da medida se impõe, afastam-se as chances de conferir ao menor uma

¹¹ BRASIL. Lei n.12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm >. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹² WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. O filho universal – um estudo comparativo de adoções nacionais e internacionais. *Revista Direito de Família e Ciências Humanas* – Caderno de Estudos, n. 2, 1998.



família desde logo, já que devem-se esgotar todas as formas de sua colocação em uma família substituta, além de se verificar a ausência de pretendente interessado com Brasil cadastrado.

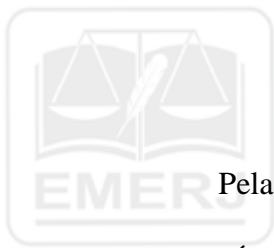
3. ALTERAÇÕES NECESSÁRIAS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ABANDONO NA REGULAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO.

A regulamentação da adoção de crianças e adolescentes no Brasil é atualmente feita pela Lei n.12.010/2009¹³, que trouxe mudanças significativas no âmbito da proteção ao menor em situação de abandono. Contudo, a realização de um aperfeiçoamento da legislação se mostra como medida necessária diante do quadro da existência de em média 5 pretendentes adotantes para cada menor disponível à adoção.

Verifica-se que o menor, em muitas situações, passa mais tempo do que devia institucionalizado, diante da necessidade de obediência a procedimentos legais que nem sempre atendem ao seu tratamento com prioridade. Essa situação fática precisa ser alterada, para que o melhor interesse do menor seja atendido e tenha o acesso mais rápido a uma família.

Inicialmente, um ponto importante que deveria ser reanalisado pelas autoridades e que antecede a disponibilização do menor para a adoção é a questão do conceito de família extensa. Na prática forense, acontece de juízes e promotores tentarem fazer a ligação do menor com parentes muito distantes para apenas depois realizar a destituição do poder familiar. Esse fato leva ao atraso do processo, enquanto o menor passa mais tempo no abrigo.

¹³ BRASIL. Lei n.12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm >. Acesso em: 04 abr. 2016.



Pela disposição do Artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴, família extensa é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Contudo, conforme se depreende da prática, o que ocorre é que ao se adotar esta regra nem sempre o direito da criança é o que está sendo protegido.

Em entrevista publicada pelo site Gazeta do Povo, na reportagem “A família natural e a extensa são mais protegidas do que o direito da criança”¹⁵, o Desembargador José Antônio Daltoé Cezar, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em resposta ao questionamento sobre qual o problema da nova Lei de Adoção, afirma que:

Ela foi muito modificada no Congresso. Tem que tentar a família biológica, tem que tentar, tem que tentar... Os processos não terminam... E aí, quando tentou e tentou, o tempo passou, a criança cresceu e ninguém mais quer, não há mais pessoas habilitadas para o perfil daquela criança. Eu visitava os abrigos em Porto Alegre. É triste. Tem um acórdão de um tribunal que diz que tem que insistir na família [biológica]. Levaram quatro anos insistindo, e a família se recuperou. E os outros casos em que deu tudo errado? Contar só o que deu certo é fácil.

Há também um ponto da Lei da Adoção que traria, se alterado, mudanças importantes no quadro do número de menores adotados que é a previsão da adoção de irmãos a ser feita pela mesma família. Muitas das vezes um menor que, por exemplo, tem 2 anos de idade, e irmãos de 8 e 10 anos, acaba perdendo a oportunidade de ser adotado, considerando-se a preferência dos adotantes por crianças de pouca idade.

Quanto a essa norma, dever-se-ia levar em consideração que assim como pode ocorrer em qualquer família, irmãos podem manter vínculos mesmo que a distância. Portanto, nos termos do que foi exposto no capítulo anterior deste trabalho, tem-se que a alteração dessa

¹⁴ 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: 07 set. 2016.

¹⁵ *A família natural e a extensa são mais protegidas do que o direito da criança*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/a-familia-natural-e-a-extensa-sao-mais-protegidas-do-que-o-direito-da-crianca-97thqamacx2gqfdggormsjf2>>. Acesso em: 07 set 2016.



previsão legal se mostra como relevante e necessária no âmbito da adoção, considerando as reais chances do menor de se aproximar de uma família.

Quanto às adoções feitas por estrangeiros, afirma-se a necessidade de alteração da sua regulamentação pela lei, para que deixe de ser tratada como medida excepcional. Tal alteração se impõe ao considerar que dando absoluta prioridade aos pretendentes brasileiros com residência no Brasil, há certa desestimulação a realização desse tipo de adoção.

O processo de adoção do estrangeiro acaba demorando bem mais em razão do critério legal da excepcionalidade. Contudo, ao se considerar que o perfil do menor procurado pelo adotante estrangeiro é diferente do adotante brasileiro, e uma vez que obedecem aos procedimentos comuns aos nacionais, a imposição desta regra não se justifica.

Essas alterações se mostram como medidas necessárias à garantia do melhor interesse da criança e do adolescente e a concretização de sua adoção. Com essas alterações, além de se poder verificar maior agilidade no procedimento, também se evitará a ocorrência das chamadas “Adoções à brasileira”, e que também estão relacionadas à necessidade de obediência da ordem dos habilitados na fila do Cadastro Nacional de Adoção.

A adoção à brasileira é a que não acontece sob a ótica de controle judicial, ocorrendo o registro do menor como se filho natural fosse da pessoa que o acolhe. Geralmente, famílias mais pobres acabam sendo mais vulneráveis à essa prática por questões econômicas. Além disso, o fator de maior relevância é o fato de que essa forma de adoção não está voltada para o interesse do menor, em sentido contrário da previsão legal.

Murillo Digiácomo, promotor do Paraná, citado no texto “Adoção “à brasileira” ainda é muito comum”¹⁶ ensina que o Poder Judiciário não pode apenas oficializar atos de quem não agiu conforme a lei, pois transformaria o menor em objeto. A legalização de uma adoção à

¹⁶ Adoção “à brasileira” ainda é muito comum. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>> Acesso em: 07 set. 2016.



brasileira sob o argumento de beneficiar a criança, para o promotor, prejudica os outros e o próprio menor. Para o profissional, “Quem procura criança fora dos meios legais presta um desserviço à lei, à sociedade e à criança. A lei foi pensada sob a ótica interdisciplinar, por especialistas que sabem que o não respeito às normas acarreta problemas. Não há benefício para a criança.”

CONCLUSÃO

O processo de adoção objetiva colocar a criança ou adolescente em uma família substituta, de modo que lhe sejam assegurados os direitos constitucionalmente e legalmente previstos em atenção aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta. Este processo deve levar em consideração o interesse dos menores em primeiro lugar, para que se garanta o seu desenvolvimento em um ambiente no qual tenha cuidado e amor.

A realidade da adoção no Brasil mostra que a instituição de acolhimento que tem por objetivo ser um local de passagem, provisório, acaba em muitos casos sendo o lar definitivo dos menores. A demora no processo adotivo está relacionada a imposições legais que dificultam o acesso destes aos pretendentes adotantes.

Há em certos pontos da legislação um distanciamento entre os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o que ocorre na prática. Há um grande número de crianças e adolescentes em situação de abandono familiar, esperando por uma família, enquanto a legislação impõe regras que afastam ainda mais as chances do acesso a uma família por estes menores.

As imposições legais acabam por aumentar o tempo de estadia dos menores nos abrigos, o que tem como resultado a maior dificuldade em encontrarem um lar em razão do

consequente aumento da sua idade. Nesse contexto, tem-se o fato de que aqueles que esperam por uma família podem sofrer consequências irreversíveis.

A convivência familiar é muito importante, pois é no seio familiar que se encontram carinho, proteção, afeto e valores que são importantes para a formação e o desenvolvimento de todos. As crianças e adolescentes são tratadas como em situação peculiar de pessoa em desenvolvimento e tem esse direito assegurado pela Constituição Federal.

De acordo com o que foi exposto neste trabalho, espera-se que a legislação brasileira sobre adoção, adote algumas alterações para que cumpra realmente com seus objetivos e atenda aos menores em situação de abandono de forma mais eficiente, fazendo com que seus direitos sejam realmente defendidos e respeitados. Dessa forma, haverá o real tratamento das crianças e adolescentes com prioridade absoluta.

REFERÊNCIAS

ADOÇÃO “à brasileira” ainda é muito comum. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>> Acesso em: 07 set. 2016.

ADOÇÃO: opiniões, dados e ações. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/adocao-opinioes-dados-e-aco.es.aspx>>. Acesso em 04 abr. 2016.

A família natural e a extensa são mais protegidas do que o direito da criança. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/a-familia-natural-e-a-extensa-sao-mais-protegidas-do-que-o-direito-da-crianca-97thqamacx2gqqfdggormsjf2>>. Acesso em: 07 set 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.



Lei n.12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

Criticas à obediência da ordem dos habilitados na fila do Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/criticas-habilitados-fila-cadastro-nacional-de-adocao.aspx>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20530-cadastro-nacional-de-adocao-cna>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

Especialistas defendem modificações. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/especialistas-defendem-modificacoes.aspx>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. O filho universal – um estudo comparativo de adoções nacionais e internacionais. *Revista Direito de Família e Ciências Humanas* – Caderno de Estudos, n. 2, 1998.

A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DE UMA RELEITURA DO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO E DO PAGAMENTO POR PRECATÓRIOS

Talita Pereira Abreu

Graduada pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora. Advogada.

Resumo – o instituto da desapropriação representa uma intervenção na vida do particular, uma vez que o priva de seu bem de forma compulsória. Por isso, a Constituição Federal traz uma série de direitos e garantias que devem ser observadas no decorrer do processo expropriatório. O intuito desse trabalho é analisar, especificamente, a garantia da indenização prévia, justa e em dinheiro, bem como verificar sua compatibilidade com o regime dos precatórios e apontar uma releitura do atual sistema que melhor se adequa aos ditames constitucionais.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Desapropriação. Precatório. Princípio da Isonomia. Acesso à Justiça.

Sumário: Introdução. 1. A (in)constitucionalidade da interpretação atual do regime dos precatórios na desapropriação de bens imóveis. 2. A possibilidade de quebra da isonomia entre os particulares e a violação do acesso à justiça. 3. Uma releitura constitucional dos institutos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a interpretação dos dispositivos referente ao pagamento das indenizações decorrente de processos de desapropriações questionadas em juízo através do instituto dos precatórios. Procura-se demonstrar que esse sistema pode levar a uma afronta de princípios fundamentais de nosso ordenamento, bem como criar uma situação de grave injustiça social.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se há uma interpretação que melhor se coadune com a ordem constitucional e que preserve os princípios da isonomia e do acesso à justiça, através de uma releitura dos institutos.



A desapropriação é forma de intervenção do Estado na propriedade privada necessária à efetivação de direitos fundamentais e ao alcance de interesses sociais, cuja concretização é dever do poder público. Apesar de fundamental, essa atuação estatal traz consequências negativas em virtude de sua própria natureza. Ela se traduz em uma grave ingerência na esfera privada, tolhendo o cidadão de um de seus direitos mais fundamentais, qual seja o da propriedade. Por isso, a Constituição prevê hipóteses taxativas em que ela pode ocorrer, bem como prevê os requisitos que deve preencher para que possa ser feita de forma regular. Dentre esses requisitos está o da indenização prévia, justa e em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CRFB/88).

Para melhor compreender o tema, busca-se apresentar o atual entendimento jurisprudencial acerca dos institutos, questionando se ele é o que mais se coaduna com os objetivos constitucionais de proteção à função social da propriedade e de justiça social.

Dessa forma, inicia-se o trabalho, no primeiro capítulo, expondo que, quando do questionamento judicial pelo particular da quantia oferecida pela Administração Pública a título de indenização, os tribunais determinam que como o valor ao qual a Administração será condenada decorrerá de uma sentença judicial transitada em julgado, seu pagamento deverá ser feito através do regime dos precatórios, conforme prevê o art. 100, *caput*, da CRFB/88. O art. 100 é usado como uma das exceções a que se referiria o art. 5º, inciso XXIV da CRFB/88, possibilitando afastar o pagamento prévio e em dinheiro. Busca-se compreender se essa interpretação seria constitucional.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a atual posição da jurisprudência pode levar a uma quebra da isonomia entre os particulares, pois aquele que aceita o valor originalmente oferecido receberia a indenização conforme os ditames do art. 5º, XXIV, da CRFB/88, mas aquele que a questiona seria obrigado a se ver restituído através de precatório – o qual sabidamente, devido aos problemas econômicos enfrentados pela Administração



Pública na atualidade, tem seu pagamento cada vez mais postergado. Também pode levar a uma mitigação do princípio do acesso à justiça, já que os particulares aceitariam qualquer valor oferecido para não ter que se submeter ao malfadado regime.

Por fim, no terceiro capítulo, defende-se a necessidade de uma nova interpretação dos dispositivos ora analisados, para que o questionamento judicial do valor oferecido pela Administração não gere situações de desequilíbrio entre os particulares.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência. Seguirá a metodologia bibliográfica.

1. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO ATUAL DO REGIME DOS PRECATÓRIOS NA DESAPROPRIAÇÃO DE BENS IMÓVEIS

A desapropriação é uma instituição administrativa, resultante de uma opção política traçada na Constituição. Constitui a forma de intervenção restritiva mais drástica na propriedade através da qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização. Sobre esse procedimento, incidem normas de direito público, sobretudo quanto aos aspectos que denotam a supremacia do Estado sobre o proprietário¹.

Através do processo expropriatório, o Estado priva o particular de um de seus direitos mais fundamentais, o direito à propriedade. Tal ato tem reflexos tanto na esfera patrimonial do indivíduo – uma vez que é despojado de seu bem – como na própria esfera moral, pois o imóvel desapropriado pode representar todo seu patrimônio, as economias de toda uma vida, a qual lhe é retirada unilateralmente pelo Poder Público. Como forma de diminuir os impactos

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 841-842.



causados por esse ato do poder de polícia estatal, o art. 5º, XXIV, da CRFB/88², determinou que a desapropriação deve ser antecedida de uma indenização prévia, justa e em dinheiro.

Não obstante essa previsão constitucional, a posição dominante na jurisprudência das Cortes superiores é no sentido de que quando há impugnação judicial do valor oferecido pela Administração Pública, a diferença à qual ela for condenada será paga através do sistema de precatórios, previsto no art. 100 da CRFB/88. Sergio Reis Crispim³, em monografia sobre o tema, expôs que:

Desde meados da última década do século passado, o Supremo Tribunal Federal sedimenta em suas salas o entendimento de que o comando constitucional quanto à prévia indenização não é assim um direito tão fundamental. Ao contrário, caminha exatamente no sentido de mitigar o dispositivo constitucional em favor do interesse estatal de não pagar as indenizações provenientes da desapropriação.

Assim, esse caso é visto como uma das exceções ao pagamento prévio que a própria Constituição teria autorizado. Trata-se de uma interpretação conjugada do art. do art. 5º, inciso XXIV e do art. 100, ambos da Constituição. O primeiro dispositivo expõe que:

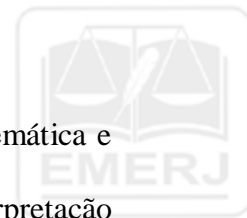
XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Enquanto o segundo dispõe que:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

³ CRISPIM, Sérgio Reis. *A desapropriação e a impossibilidade da submissão dos pagamentos prévios à fila dos precatórios*. 2011. 49f. Trabalho monográfico (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011, p. 19. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/395/Monografia_Sergio%20Reis%20Crispim.pdf?sequence=1>. Acesso em: 31 mar. 2016.



Entretanto, muito embora essa venha sendo considerada a interpretação sistemática e constitucional dos artigos, questiona-se, neste trabalho, se, de fato, ela seria a interpretação adequada dos dispositivos.

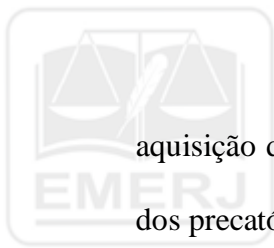
Nas palavras de Norberto Bobbio⁴, o ordenamento jurídico é uma unidade sistemática, um conjunto de normas que mantém uma ligação e uma coerência entre si. As normas jurídicas não existem isoladas, não podendo o aplicador do Direito lê-las e interpretá-las independentemente das outras. Elas só fazem sentido quando integradas com todo o ordenamento vigente. Essa relação entre normas pode fazer surgir incongruências no interior do sistema, tanto entre as normas em si, originando as antinomias, quanto com relação à interpretação dada a elas, fazendo com que na análise de seus fundamentos percebam-se algumas incompatibilidades.

Para compreender perfeitamente uma norma e seu âmbito de aplicação é preciso compreender os fundamentos e preceitos que deram origem a ela. Torna-se, então, imprescindível que se proceda a uma interpretação teleológica e sistemática das normas.

Prendendo-se a uma mera interpretação gramatical dos dispositivos, a solução dada pelas Cortes Superiores figuraria como possível, porém, quando vista sob a ótica do fundamento das normas, ela passa a se mostrar incompatível com o sistema vislumbrado pelo constituinte.

A justificativa para se assegurar a indenização prévia ao particular é que, ante a grave interferência do Estado em seu patrimônio, seja conferida a ele uma compensação pecuniária, para que possa se restabelecer, mantendo seu *status quo ante*. A indenização mostra-se imprescindível, o que pode ser compreendido, especialmente, nos casos em que o bem expropriado configura-se como único imóvel do particular, sendo o dinheiro utilizado para

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 71-114.



aquisição de nova moradia. Privar o cidadão dessa garantia, submetendo-o ao penoso regime dos precatórios, fere, inquestionavelmente, o direito fundamental expresso pela Constituição.

Assim, a interpretação atual, não se mostra a mais adequada ao objetivo das normas. Tendo a indenização sido criada para garantir a imediata recomposição do patrimônio do particular, evitando maiores danos, não pode ela ser paga anos após a perda do bem, o que inevitavelmente ocorrerá se decorrer do sistema de precatórios.

O Supremo Tribunal Federal⁵, em recurso especial interposto em 2015 e ainda pendente de julgamento, reconheceu a repercussão geral do tema, porque estariam em confronto o direito fundamental à propriedade e o regime de precatórios, que se mostra essencial à organização financeira do Estado. O Ministro Roberto Barroso, relator do recurso, perfilha que as normas a respeito do instituto da desapropriação, em especial as ora estudadas, sempre suscitaram dúvidas em sua interpretação.

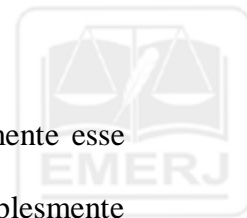
Alguns tribunais inferiores já adotam o entendimento aqui defendido, determinando o pagamento da condenação em dinheiro pelo ente expropriante. Assim, espera-se que a jurisprudência da corte suprema, nesta nova oportunidade de análise do tema, afilie-se também à essa interpretação, dando maior efetividade ao instituto.

2. A POSSIBILIDADE DE QUEBRA DA ISONOMIA ENTRE OS PARTICULARES E A VIOLAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

O Direito é visto predominantemente como um sistema dinâmico⁶, pois a todo o momento tem-se um processo de transformação e reestruturação das normas jurídicas. As normas não se perpetuam no tempo, mas são constantemente reeditadas para se adequarem às

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 922.144/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=922144&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 136-138.



novas situações e conflitos sociais. O intérprete do direito deve sempre ter em mente esse caráter sistêmico do ordenamento jurídico e, ao aplicar a norma, não pode simplesmente realizar uma aplicação literal do texto da lei. O conteúdo da norma deve ser extraído a partir de uma interpretação teleológica, histórica e, principalmente, sistemática com as demais normas do ordenamento⁷. Não pode haver colisão real entre normas que coexistam no sistema, sob pena de este se tornar contraditório e perder sua eficácia. Assim, as normas devem ser interpretadas conjuntamente.

Partindo dessa ideia, passa-se à análise da interpretação majoritária dada aos casos de questionamento judicial do valor pago pela Administração Pública em desapropriações e o questionamento se essa interpretação está em consonância com as demais normas e princípios presentes no ordenamento.

O princípio da igualdade, expresso no artigo 5º, *caput*, da CRFB/88⁸, consagra a igualdade de todos os citados perante a lei, sem qualquer distinção. Em um Estado Democrático de Direito, o Estado deve fornecer as mesmas condições e tratamento a todos, de forma indiscriminada, a fim de que se atinja uma sociedade igualitária, que é um dos objetivos centrais da democracia⁹.

Conforme ensina Gilmar Mendes¹⁰:

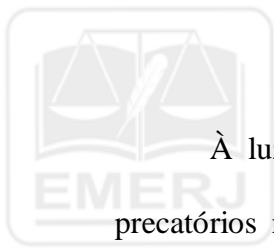
Quanto ao princípio da isonomia, significa em resumo, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. [...] alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre igualdade na lei e a igualdade diante da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamentos distintos a quem a lei encarou como iguais.

⁷ CANFÃO, Olivio Albino. *Métodos de Interpretação Jurídica à Luz do Horizonte Hermenêutico*. Artigo. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2715/1967&ved=0ahUKEwjCp6yBwdzOAhVLIZAKHY4aCkEQFgg3MAY&usg=AFQjCNHtkWz6cdK2xB-Oi9w0_m98eKU09A&sig2=Pn3_rfJEM9ewgcktGkh70w>. Acesso em: 5 ago. 2016.

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p. 5.

⁹ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.179-180.

¹⁰ Ibid.



À luz desse princípio, começa-se a visualizar que a aplicação jurisprudencial dos precatórios no processo de desapropriação possui aspectos incompatíveis com os ditames constitucionais e com a unidade do ordenamento.

Os particulares que sofrem a desapropriação partem de uma posição de igualdade e a partir do momento que aqueles que não questionam o valor oferecido pela Administração recebem a indenização prévia e em dinheiro, conforme estabelecido na Constituição. Entretanto, aqueles que o questionam recebem através de precatórios, o que se dará depois de, no mínimo, um ano de espera. Tem-se, então, uma quebra dessa igualdade.

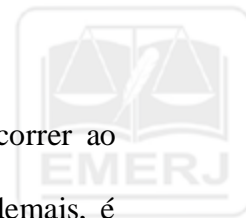
O próprio regime da desapropriação já previu e autorizou que aqueles que não concordassem com o valor atribuído ao seu bem pelo ente expropriante, poderiam questioná-lo em juízo. Dessa forma, não se sustenta o pagamento através dos precatórios quando os indivíduos exercem uma prerrogativa a eles conferida. Seria, até mesmo, uma quebra de uniformidade do próprio sistema, pois uma norma afirmaria a necessidade de pagamento prévio e a outra negaria essa prerrogativa.

Quanto ao princípio do acesso à justiça, esse também se encontra violado por essa posição jurisprudencial. Ao avaliar a situação atual do pagamento dos precatórios, que podem se prolongar por vários anos¹¹, muitas pessoas desistem de entrar em juízo, aceitando qualquer valor oferecido pelo ente público, a fim de receber de pronto a indenização.

Não se pode exigir que o particular suporte o ônus de esperar pelo pagamento de seu precatório como consequência do exercício de um direito, qual seja, o direito de ação. Tal prerrogativa é uma das maiores garantias que os indivíduos possuem em um Estado Democrático de Direito, sendo-lhes conferido o direito de levar à apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88¹².

¹¹ *Lista de precatórios a serem pagos. Disponível em* <https://drive.google.com/file/d/0B3e_NUou1_XxZUJfYnhmYkxaazg/view?pref=2&pli=1>. Acesso em: 1 ago. 2016.

¹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p.5.



O princípio do acesso à justiça garante que todas as pessoas possam recorrer ao Judiciário toda vez que haja uma lesão ou ameaça de lesão a um direito seu. Ademais, é necessário que a pessoa seja de fato ouvida e que ela possa ter seu problema resolvido. O processo não pode ser apenas uma formalidade que não traga uma efetiva resposta ao jurisdicionado¹³.

A partir do momento que o indivíduo começa a questionar se o melhor seria recorrer ao Judiciário ou aceitar qualquer valor para garantir o pagamento imediato, já está criado um empecilho ao acesso à justiça, pois se cria um medo de questionar o valor e ter de esperar por anos para ser ressarcido.

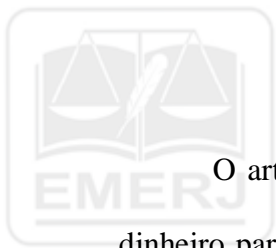
Dessa forma, resta evidente que a aplicação dos institutos dadas pelos Tribunais não se compatibiliza com o ordenamento jurídico, sendo uma afronta à princípios consagradas na própria Constituição. Uma revisão de tal interpretação é medida que se impõe para correção das injustiças ora cometidas.

3. UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DOS INSTITUTOS

O instituto da desapropriação tem sua normatização na própria Constituição Federal. A norma máxima do ordenamento institui os critérios que devem ser observados pela administração, bem como os direitos mínimos a serem assegurados aos indivíduos, para que o processo seja o menos traumático possível. Dentre eles, encontra-se o direito à indenização prévia, o qual não pode ser mitigado através de uma interpretação equivocada do art. 100 da CRFB, sob pena de se esvaziar o instituto¹⁴.

¹³ TORRES, Ana Flávia Melo. *Acesso à Justiça*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em 5 ago 2016.

¹⁴ CARDOSO, Dimitri Souza. *A Indenização prévia no Processo Judicial de desapropriação por Utilidade Pública*: algumas premissas para superação do entendimento jurisprudencial hodierno. Disponível em:



O art. 5º, XXIV, da CRFB/88¹⁵ determina o pagamento de indenização prévia e em dinheiro para os casos de desapropriação. Por seu turno, o art. 100, CRFB, determina que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas decorrentes de decisão judicial condenatória se darão através de precatórios. Numa leitura apressada, pode-se entender que há neste caso um conflito de normas, pois uma norma determina o pagamento prévio e outra a necessidade de pagamento por precatórios. Entretanto, a Constituição, enquanto norma máxima, deve conferir unidade e coerência a todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, não pode ela mesma trazer em seu interior incompatibilidades, especialmente quando se trata de normas originais, como as analisadas. O aplicador do Direito deve encontrar a interpretação que melhor harmoniza as normas constitucionais, para que ambas sejam aplicadas em seu grau máximo¹⁶.

O atual entendimento jurisprudencial é no sentido de que como a própria Constituição determinou o pagamento por precatórios, ele seria uma exceção à previsão da indenização prévia e em dinheiro ocorrida na desapropriação. Assim, caso o particular decida recorrer ao judiciário, ele deve aceitar se submeter ao regime dos precatórios, recebendo a indenização após o processo já ter se encerrado. Tal entendimento já se firmou nos tribunais superiores há muito tempo e vem sendo aplicado até os dias de hoje, como se pode verificar nesse trecho do acórdão do STF¹⁷:

Somente o valor da indenização oferecido quando da inicial pode ser prontamente desembolsado pelo expropriante, isso porque é um valor conhecido e que já representa verba orçamentária específica que lhe foi consignada, em face de recursos disponíveis. O mesmo não ocorre com a parte complementar da indenização fixada na decisão judiciária final da ação expropriatória, já que indefinida, antes do trânsito em julgado da sentença. Dessa forma, essa complementação não pode constar de

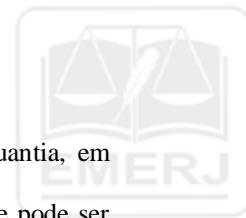
<<http://dscardoso.jusbrasil.com.br/artigos/380351870/a-indenizacao-previa-no-processo-judicial-de-desapropriacao-por-utilidade-publica>>. Acesso em 04 set 2016.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p. 5.

¹⁶ ROCHA, Carlos Odon Lopes da. *Conflito aparente de normas constitucionais originárias e o princípio da unidade constitucional*: art. 51, IV x art. 144, §1º, IV, ambos da CF. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11104/conflito-aparente-de-normas-constitucionais-originarias-e-o-principio-da-unidade-constitucional>>.

Acessado em: 01 set 2016.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 247.866-1/CE. Relator Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257718>>. Acesso em: 02 set 2016.



previsão orçamentária regular, que há de ter por objeto determinada quantia, em dinheiro, referida a certo exercício financeiro.

A complementação da indenização, fixada na decisão judiciária, somente pode ser paga dentro do processo do precatório, previsto no art. 100 da Constituição Federal.

Essa interpretação acaba por negar vigência aos ditames do artigo 5º, inciso XXIV, CFRB¹⁸, esvaziando seu conteúdo. Ao garantir a indenização prévia, a intenção do legislador era de que o particular, apesar de ter seu bem retirado impositivamente pelo Estado, se visse ressarcido de antemão, não tendo seu patrimônio reduzido. Ao submeter o pagamento ao regime dos precatórios, o indivíduo acaba por suportar um ônus muito maior do que lhe foi determinado constitucionalmente. Além de se ver privado de seu imóvel, ainda não tem o patrimônio reconstituído, não podendo adquirir outro bem compatível, o que pode levar ao extremo de ver sua condição de vida diminuída em virtude de uma ação do Estado. Esta não foi a intenção do legislador constituinte¹⁹.

A justificativa de emissão de precatórios funda-se na impenhorabilidade dos bens públicos. Uma vez condenada, a Fazenda Pública não pode ter seus bens penhorados para a satisfação da dívida, dessa forma, devem ser emitidos precatórios para que os valores possam ser pagos dentro do orçamento previsto para tal fim²⁰.

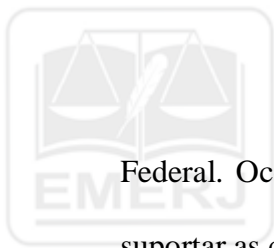
No entanto, o processo de desapropriação só deve ser iniciado quando a entidade expropriante possuir previsão orçamentária para custear a indenização devida. Quando a Administração inicia o processo de desapropriação, ela deveria tomar o cuidado de realizar a avaliação correta do imóvel, tornando desnecessário que o particular recorra ao judiciário²¹. Se houve o questionamento e o Poder Judiciário determinou que a primeira avaliação estava equivocada, em verdade, o próprio processo de desapropriação estaria incorreto, pois não ofereceu a justa e previa indenização em dinheiro, conforme determinado pela Constituição

¹⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p. 5.

¹⁹ CARDOSO, op. cit., p. 11.

²⁰ FURTADO, José de Ribamar Caldas. *O regime dos precatórios*. 2011. 49f. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 981, 9 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8079/o-regime-dos-precatorios>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.



Federal. Ocorreu um erro do ente expropriante, não sendo justo que o particular tenha que suportar as consequências advindas dele.

Ante o exposto, necessária se faz uma releitura dos institutos, conjugando-os de forma que os direitos dos cidadãos sejam respeitados e atinjam sua máxima efetividade. Assim, não se pode considerar que o pagamento por precatório seja uma exceção ao pagamento prévio previsto na indenização. Mas sim que o pagamento prévio é uma exceção ao regime dos precatórios.

O precatório é o regime geral previsto pelo constituinte originário para o pagamento das condenações imprevisíveis que o Poder Público sofresse. No entanto, o constituinte, no bojo da própria Constituição, já criou exceções a esse instituto, sendo um deles o pagamento nos casos de desapropriação, justamente pela ausência de imprevisibilidade nesse caso.

Com essa interpretação, não se fere nenhum dispositivo constitucional. Ao contrário, dá-se ampla efetividade a todos eles. As condenações da Fazenda Pública continuarão a ser pagas pelo sistema dos precatórios, conforme previsto no art. 100, CRFB²², bem como as garantias do indivíduo no processo de desapropriação serão respeitadas. O particular não será suprimido de seu bem sem que tenha a contraprestação pecuniária que garantirá a recomposição de seu patrimônio²³.

É nesse sentido, que se encontra em discussão a atual interpretação judicial, no recurso extraordinário, ao qual já foi reconhecida repercussão geral, proposto em 2015²⁴. Em breve, o Supremo Tribunal Federal revisitará a matéria, definindo se a interpretação atual da jurisprudência continuará, ou se se dará a interpretação mais condizente com a *mens legis* dos institutos, conforme se expos no presente trabalho.

²² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p. 5.

²³ CARDOSO, op. cit., p. 11.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 6.

CONCLUSÃO

O instituto da desapropriação, apesar de ser importante ferramenta para a atuação do Estado na consecução de seus objetivos, representa uma das intervenções mais drásticas na vida do particular. Assim sendo, é preciso que todos os direitos e garantias do processo sejam fielmente respeitados, para que o cidadão não seja obrigado a suportar um ônus maior que o necessário.

A Constituição da República garante que aquele que sofrer a desapropriação de seu bem será ressarcido através de uma indenização prévia, justa e em dinheiro, a fim de que possa reconstituir seu patrimônio.

O atual entendimento jurisprudencial é no sentido de que essa garantia constitucional seria excepcionada no caso de o particular discordar do valor proposto pela Administração Pública e o questionar em juízo. Nessa situação, a diferença de valor na qual a Administração fosse eventualmente condenada seria paga através do instituto dos precatórios, que está previsto no art. 100 da CRFB como a forma de pagamento das condenações judiciais do Poder Público.

No entanto, esse entendimento traz inevitáveis prejuízos ao particular, além de representar uma ofensa a princípios constitucionais. Criou-se uma situação de desigualdade entre aquele que aceita o valor oferecido e aquele que, entendendo como insuficiente a quantia ofertada, recorre ao judiciário. Isso pode levar a que o expropriado aceite qualquer quantia, julgando ser melhor receber o pouco ofertado, mas receber de imediato, do que recorrer ao judiciário e ficar refém de um sistema de pagamento que pode se arrastar por anos.

Não parece razoável exigir tal esforço de uma pessoa. Não se pode permitir que alguém tenha receio de buscar o Judiciário diante de uma lesão a seu direito. Assim, a mudança de orientação jurisprudencial é medida que se impõe, devendo os aplicadores do direito se adequar a uma interpretação que garanta maior efetividade aos direitos

constitucionalmente assegurados, direitos estes garantidos pelo próprio instituto da desapropriação.

No Recurso Extraordinário n. 922.144/MG, discute-se, exatamente, se a indenização prévia e em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV da CRFB se compatibiliza com o regime dos precatórios, tendo o Supremo Tribunal Federal já reconhecido repercussão geral da questão constitucional. A reabertura da discussão no âmbito do STF demonstra a possibilidade de uma mudança de posicionamento, o que representaria um grande avanço na proteção dos direitos do cidadão.

O pagamento do valor da condenação na ação de desapropriação deve ser visto como uma exceção ao regime dos precatórios, devendo a quantia ser paga imediatamente após a conclusão do processo. Essa exceção não representaria qualquer ilegalidade, pois a própria Carta Maior já a previu em seu texto, afirmando que esse pagamento seria prévio, justo e em dinheiro. Ademais, também não poderia representar um perigo ao orçamento público, pois, ao iniciar o processo de desapropriação, o ente expropriante já deve ter previsto e reservado o dinheiro para este pagamento. Partindo do pressuposto que o procedimento só pode ser aberto e concluído se o ente oferecer a indenização justa ao particular, caso ele não possua a previsão orçamentária para cumprir com esta obrigação, a desapropriação não poderá ocorrer.

Não se pode inverter o ônus do processo. Não se deve transferir para o cidadão o prejuízo de se ver ressarcido através de precatórios, muitas vezes anos depois de encerrado o processo, ao invés de exigir que o Estado faça uma avaliação correta do bem e, caso a avaliação seja revista pelo Judiciário, tenha ele dinheiro suficiente para pagar o valor devido de imediato. Apenas assim poderia prosseguir em seu intento expropriatório.

Espera-se que o Supremo reconheça a inconstitucionalidade da interpretação atual do instituto e repare a injustiça que vem se perpetuando no Judiciário, garantindo o respeito aos

princípios da igualdade, do acesso à justiça e, principalmente, o respeito aos direitos dos particulares constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 247.866-1/CE. Relator Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257718>>. Acesso em: 02 set 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 922.144/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=922144&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 31 mar. 2016.
- CANFÃO, Olivio Albino. *Métodos de Interpretação Jurídica à Luz do Horizonte Hermenêutico*. Artigo. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2715/1967&ved=0ahUKEwjCp6yBwdzOAhVLIZAKHY4aCkEQFgg3MAY&usq=AFQjCNHtkWz6cd2xBOi9w0_m98eKU09A&sig2=Pn3_rfJEM9ewgcktGkh70w>. Acesso em: 5 ago. 2016.
- CARDOSO, Dimitri Souza. *A Indenização prévia no Processo Judicial de desapropriação por Utilidade Pública: algumas premissas para superação do entendimento jurisprudencial hodierno*. Disponível em: <<http://dscardoso.jusbrasil.com.br/artigos/380351870/a-indenizacao-previa-no-processo-judicial-de-desapropriacao-por-utilidade-publica>>. Acesso em 04 set 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.
- CRISPIM, Sérgio Reis. *A desapropriação e a impossibilidade da submissão dos pagamentos prévios à fila dos precatórios*. 2011. 49f. Trabalho monográfico (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011, p. 19. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/395/Monografia_Sergio%20Reis%20Crispim.pdf?sequence=1>. Acesso em: 31 mar. 2016.



FURTADO, José de Ribamar Caldas. *O regime dos precatórios*. 2011. 49f. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 981, 9 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8079/o-regime-dos-precatórios>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Lista de precatórios a serem pagos. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/0B3e_NUou1_XxZUJfYnhmYkxaazg/view?pref=2&pli=1>. Acesso em: 1 ago. 2016.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. *Conflito aparente de normas constitucionais originárias e o princípio da unidade constitucional*: art. 51, IV x art. 144, §1º, IV, ambos da CF. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11104/conflito-aparente-de-normas-constitucionais-originarias-e-o-principio-da-unidade-constitucional>>. Acessado em: 01 set 2016.

TORRES, Ana Flávia Melo. *Acesso à Justiça*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em 5 ago 2016.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR *VERSUS* O DIREITO DA PROLE À IDENTIDADE GENÉTICA

Tânia da Fonseca Passos Bittencourt

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

Resumo: em decorrência da moderna prática de reprodução artificial heteróloga novas possibilidades de constituição de uma família foram disponibilizadas aos pais inférteis. Todavia, tal possibilidade também acarretou alguns embates, como o conflito entre o direito à identidade genética da prole advinda de tal técnica contraceptiva e o direito ao sigilo do doador de gametas. O presente trabalho busca demonstrar quais desses direitos devem prevalecer em detrimento do outro, levando-se em consideração os aspectos sociais, afetivos e jurídicos de tal polêmica.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Reprodução assistida heteróloga. Direito ao sigilo. Direito à identidade. Ponderação de direitos. Filiação. Conflitos.

Sumário: Introdução. 1. Problemáticas relacionadas a prevalência do direito à identidade genética da prole. 2. Problemáticas relacionadas a prevalência do direito ao sigilo do doador de gametas. 3. O embate entre o direito a identidade genética da prole versus o direito ao sigilo do doador de gametas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho se pretende analisar o embate entre o direito da prole à identidade genética versus o direito do doador de gametas ao sigilo, no caso específico da reprodução assistida heteróloga, na qual há a utilização de gametas de terceira pessoa anônima (alheia à futura relação parental) para a inseminação artificial.

Em decorrência da modernização da medicina, aos indivíduos inférteis foi possibilitada uma solução para a concepção de eventuais filhos: a inseminação artificial heteróloga. Tal inovação trouxe a chance da formação de núcleos familiares que até então não tinham a perspectiva de se formarem. No entanto, tal alternativa gerou reflexos na seara jurídica, como o polêmico conflito entre os direitos supracitados.

No primeiro capítulo se busca esmiuçar os argumentos de parcela da doutrina que sustentam a prevalência do direito à identidade genética calcada primordialmente no artigo 1º, III da CFRB/88, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana. Explorando-se o



direito ao conhecimento da origem biológica, serão examinadas suas teses defensivas e limitações, repercussões nas relações interpessoais e na psique dos envolvidos e a probabilidade da prevalência de tal direito restringir ou erradicar o manejo da reprodução humana heteróloga.

Em contrapartida, no segundo capítulo, serão consideradas as questões postas pela fração da doutrina que defende a preponderância do direito ao sigilo do doador, apreciando-se divergências relacionadas ao tema, como a solução para a necessidade de conhecimento da origem genética em casos de doenças hereditárias da prole e a possibilidade de incesto.

Por fim, no último capítulo, após a exposição das alegações e controvérsias elencadas, se analisa qual dos direitos conflitantes relacionados à tal espécie de inseminação artificial devem prevalecer e sob quais argumentos.

Com relação à metodologia, a pesquisa é qualitativa, descritiva e bibliográfica, se utilizando de posições doutrinárias, jurisprudências e textos legais como fontes para os conflitos postos em enfoque.

1. PROBLEMÁTICAS RELACIONADAS À PREVALÊNCIA DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA PROLE

Em nosso ordenamento, o direito à identidade genética é positivado no artigo 48 da Lei n. 8.069/09¹, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que concede ao adotado o direito de conhecer a sua origem biológica². Nessa perspectiva, ao se tratar da reprodução humana heteróloga, surge a dúvida se tal direito também pode ser aplicado, já que a prole advinda de tal método conceptivo também não conhece seu pai ou mãe biológicos, apenas aquele que

¹ 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: 3 abr. 2016.

² NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 905, p. 83, mar. 2011, p. 83.



mantém laços socioafetivos. Contudo, a aplicação de tal direito é tormentosa, em razão do anonimato dos doadores de gametas³ e outras limitações.

Primeiramente, é inegável que ambas as situações – a adoção e a reprodução humana heteróloga – possuem diversas características semelhantes. Há nas duas situações a existência comutativa de pais biológicos e de pais socioafetivos, bem como a presença de um ou mais filhos adotados ou nascidos da referida técnica conceptiva, que podem ou não ter o desejo de conhecer suas origens genéticas⁴.

Todavia, no ordenamento jurídico não é reconhecida de forma expressa essa possibilidade de reconhecimento genético àquele que foi concebido pela técnica de reprodução assistida heteróloga. Apesar disso, há quem defenda tal possibilidade, baseando-se em princípios assegurados constitucionalmente.

Longe de ser uma discussão pacificada, a prevalência desse direito deve ser analisada com cautela, levando-se em consideração seus aspectos jurídicos e seus reflexos na sociedade.

A CFRB/88⁵ traz em seu bojo um princípio basilar chamado de dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III do referido diploma legal. Apesar de difícil definição, sabe-se que a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca a cada cidadão, tendo ligação imprescindível com os direitos fundamentais⁶. De tal princípio decorre à identidade pessoal, ou seja, a possibilidade que o indivíduo conheça suas raízes genéticas⁷ e sua história, para que logre êxito em se desenvolver plenamente em sociedade.

³ Ibidem, p. 68.

⁴ ARANHA, Anderson Vieira e outros. *Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015>. Acesso em: 3 abr. 2016.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

⁶ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 362-366.

⁷ ARANHA, Anderson Vieira e outros. *Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015>. Acesso em: 3 abr. 2016.



Ademais, na Carta Magna, em seu artigo 5º, há o direito a igualdade e, neste diapasão, defende-se que os filhos advindos de tal técnica reprodutiva teriam direito a “identidade genética como qualquer outro”⁸, sem diferenciações. Dessa forma, por meio de tal dispositivo, lhes seria garantido o conhecimento de sua procedência assim como aqueles que derivaram de um processo de adoção.

Diante desses dispositivos, conclui-se que há uma base formal que permitiria o reconhecimento do direito ao conhecimento de suas origens à prole, mas diversas problemáticas poderiam eclodir de tal reconhecimento.

Uma vez que se soubesse quem doou o material genético, poderia se controlar o acesso que a prole teria na vida do pai biológico? Seria possível o reconhecimento de eventual paternidade ou direito sucessório? Geralmente, indivíduos que fornecem materiais biológicos não querem contatos com filhos advindos de tal técnica reprodutiva e nem a perfilhação⁹.

Nesse contexto, sabe-se que cada vez mais a parentalidade socioafetiva vem ganhando um papel de destaque na sociedade brasileira, mas isso não significa que esta prevaleça em absoluto, pois há casos em que se reconhece para um mesmo filho a paternidade socioafetiva e a biológica¹⁰.

Maria Berenice Dias, citando Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹, concluiu que o direito à identidade genética está dissociado de qualquer direito de certificação da paternidade. Segue a autora afirmando que tal direito ao conhecimento da origem biológica ficaria limitado à informação acerca de dados dos genomas, apurando-se a existência de eventual doença psíquica ou física, sem qualquer relação com a decretação de laços parentais ou sucessórios.

⁸ SALDANHA, Ana Claudia. *Aspectos bioéticos, constitucionais e civis da tutela do embrião humano e do direito fundamental ao patrimônio genético*. Disponível em: <<http://uol11.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347581/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. op. cit., p. 85.

¹⁰ Ibidem, p. 73-79.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 694-696.



Dessa forma, não poderiam ser reconhecidos quaisquer vínculos de parentesco, já que o direito não estaria ligado com a afetividade e, conseqüentemente, o vínculo de pai pra filho¹².

Superada tal indagação, a análise de outra situação se faz essencial. Considerando que o Brasil é um país conservador, que opta precipuamente pelo sigilo dos doadores de gameta, o reconhecimento do direito à identidade genética poderia alterar a forma como a sociedade vem manejando procedimento que possibilitem a concepção humana?

Para ilustrar tal questão se remete ao exemplo da Suécia, primeiro país que permitiu o conhecimento da origem genética em face ao direito ao anonimato do doador de gametas, no ano de 1985¹³. Com efeito, houve uma mudança no quadro de doadores desse país, e não foi positivo.

Anteriormente a tal mudança, os doadores eram em sua maioria universitários e, posteriormente, foram substituídos por homens entre trinta e cinco e quarenta anos que já tinham seu próprio núcleo familiar¹⁴. Assim, por o esperma atualmente ser proveniente de homens mais velhos, as técnicas de inseminação não são mais tão eficientes em tal país, tendo em vista a queda da mobilidade e quantidade do material genético naturais do envelhecimento¹⁵.

Desataca-se que essa mudança no perfil do doador de gametas na Suécia ocasionou um aumento na fila de espera para a realização de procedimentos de reprodução assistida em tal país, o que levou aos futuros pais a buscarem sêmen no estrangeiro¹⁶.

¹² Ibidem.

¹³ MACHIN, Rosana. *Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000100083>. Acesso em: 3 abr. 2016.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.



Em suma, há suporte legal que permite a aplicação do direito à identidade genética, sempre se levando em consideração os envolvidos no processo e o impacto social que tal direito ocasionará.

2. PROBLEMÁTICAS RELACIONADAS À PREVALÊNCIA DO DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE GAMETAS

Opondo-se ao direito à identidade genética da prole há o direito ao sigilo do doador de gametas, que assegura o anonimato daqueles que desejam ceder seu material genético com a finalidade de auxiliar na reprodução de terceiros. É correto afirmar-se que tal direito permite que o conessor de ovócito ou de esperma permaneça isento de qualquer obrigação parental e alienado de eventual informação acerca dos seus filhos biológicos, ocasionando um distanciamento natural entre tais partes.

Tratando-se de anonimato e sigilo, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos fundamentais, em seu artigo 5º, inciso X¹⁷, aborda expressamente o direito à intimidade e à privacidade, os considerando invioláveis. Assim, permite-se que o indivíduo administre a sua vida da forma como quiser, a salvo de intervenções alheias¹⁸.

Versando sobre tal dispositivo constitucional, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco consideram que a vida privada é essencial na trajetória de todo ser humano, sendo a intimidade e a privacidade ferramentas para que ocorra o desenvolvimento saudável da personalidade de qualquer indivíduo¹⁹.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁸ NOVELINO, Marcelo. op. cit, p. 489.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 280.



Baseados na privacidade e aliados a outros argumentos, são muitos os que defendem que o doador de gametas deve permanecer incógnito nos casos de reprodução assistida heteróloga²⁰.

No Brasil, a regra é o anonimato com relação ao doador de gametas, como determina a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015²¹. No território nacional, tal Resolução é o único diploma normativo que trata da reprodução assistida e dos parâmetros éticos que devem ser obedecidos nesses procedimentos, diante da ausência de uma lei que trate do tema em análise.

Na Seção IV, número 2 da citada Resolução, se dispõe expressamente que receptores e doadores envolvidos em procedimentos de reprodução heteróloga não terão conhecimento da identidade um do outro, ou seja, a regra é o sigilo nesses casos.

Todavia, o reconhecimento do anonimato do doador de material genérico também apresenta dilemas. Por exemplo, como seria possível saber se a prole advinda de tal concepção tem predisposição a alguma doença hereditária, se não é conhecido seu histórico físico-patológico em razão da obscuridade do doador? De fato, se há o desconhecimento de alguma predisposição genética atitudes proativas dificilmente serão tomadas.

É possível que se encontre uma solução para tal controvérsia. A Resolução 2.121/15²² do CFM permite uma “quebra relativa do sigilo”²³ do doador de gametas, em situações especiais e por motivação médica.

²⁰ MACHIN, Rosana. *Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000100083>. Acesso em: 3 abr. 2016.

²¹ BRASIL. Resolução CFM nº 2012/2015, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²² BRASIL. Resolução CFM nº 2012/2015, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

²³ ARANHA, Anderson Vieira e outros. *Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015>. Acesso em: 16 ago. 2016.



Nessa perspectiva, a Resolução estipula que os estabelecimentos que concedem tal serviço médico devem manter de forma obrigatória e permanente um registro com dados clínicos de caráter geral dos doadores, bem como suas características fenotípicas e uma amostra de seu material²⁴.

Tais informações acerca dos doadores serão concedidas apenas aos médicos, e não a prole ou ao receptor de tal técnica reprodutiva. Dessa forma, se mantém o anonimato e se soluciona a questão da necessidade de alguma informação genética para eventual tratamento médico ou obtenção de diagnóstico que os descendentes venham a necessitar.

Outra problemática que pode advir do reconhecimento do sigilo do doador de gametas é a possibilidade de ocorrerem relações incestuosas. É evidente que ao se ocultar a verdadeira descendência de um indivíduo se viabiliza um cenário no qual é imaginável a ocorrência de incesto pela união de pessoas que possuam parentesco próximo (como pai e filha ou irmãos)²⁵.

Maria Berenice Dias defende a criação de um cadastro que contenha as informações do receptor e do doador de gametas, evitando-se a eventualidade de relacionamentos incestuosos²⁶. Conseqüentemente, segundo a autora, também se evitaria a possibilidade de que os envolvidos nesse tipo de relacionamento incestuoso gerassem progênitos com problemas genéticos.

Atenta a tal possibilidade, a Resolução 2.121/15 do CFM determina na Seção IV, número 6, que na região em que se localize determinada unidade de reprodução assistida deve se evitar que um mesmo doador gere bebês de sexos diferentes em uma área de um milhão de

²⁴ Ibidem.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 696.

²⁶ Ibidem.

habitantes²⁷. Procura-se, assim, reprimir ao máximo que relacionamentos entre parentes consanguíneos ocorram em qualquer circunstância.

Conclui-se que o direito ao sigilo do doador de gametas, bem como o direito à identidade genética da prole, apresenta uma série de problemas em sua aplicação. Apesar disso, há vozes que defendem a privacidade do conessor de material genético como a melhor opção em casos de reprodução assistida heteróloga.

3. O EMBATE ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA PROLE VERSUS O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE GAMETAS

Analisando-se a colisão entre o direito à identidade genética da prole e o direito ao sigilo do doador de gametas, é possível que se selecionem dois personagens principais envolvidos em tal confronto: a prole advinda de tal técnica reprodutiva e o doador do material genético. De fato, ambas as partes têm interesses na proteção de seus direitos, tendo em vista que o reconhecimento de um ou outro acarreta uma série de modificações na vida pessoal desses indivíduos.

Sabe-se que o direito à identidade genética da prole está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do ordenamento jurídico brasileiro²⁸. Ademais, a prerrogativa de conhecer a origem de seus genomas também é considerada um direito da personalidade²⁹ e permite que o indivíduo conheça sua estória.

Entretanto, ao se tratar da privacidade e intimidade do doador, outras gamas de direitos devem ser consideradas. No Brasil, quando os doadores de gametas decidem fornecer

²⁷ BRASIL. Resolução CFM nº 2012/2015, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

²⁸ CARVALHO, Rogério J. Britto. Inseminação Artificial – Reprodução Assistida – Aspectos Polêmicos e Legislação Constitucional e Infraconstitucional. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 15, n. 86, out. 2014, p. 132-134.

²⁹ *Ibidem*, p. 132.



seu material genérico, o fazem protegidos pela certeza de que sua identidade não será revelada para nenhuma das partes envolvidas no processo. Como dito anteriormente, o direito ao anonimato está profundamente conectado com o direito à intimidade e à privacidade³⁰.

Dessa forma, se tal informação sigilosa é quebrada, tanto a vontade como a autonomia dos que concederam seus materiais genéticos de forma livre são prejudicadas³¹. E mais, tais indivíduos podem se ver de um momento para o outro tendo que encarar uma eventual perfilhação que nunca desejaram.

Assim, seria correto se permitir que um indivíduo que não deseja ter sua identidade revelada ter sua vida particular exposta para que todos soubessem? De outro lado, em razão de uma escolha de seus pais – de realizarem a inseminação artificial heteróloga – estariam os filhos privados de conhecerem a sua verdadeira origem genealógica? Qual direito deve prevalecer?

Primeiramente, é importante destacar que no caso em análise não há uma colisão entre duas regras, em que uma delas deve obrigatoriamente invalidar a outra³². É possível que se realize uma ponderação entre tais direitos, em que se determina até que ponto cada um deles será utilizado no caso concreto³³.

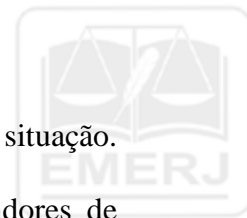
Examinando a questão do ponto de vista do doador de gametas que concedeu seu material genético de forma sigilosa, o problema central é que ao se quebrar o sigilo esse indivíduo vai ter que enfrentar a possibilidade de seus filhos biológicos exigirem ou tentarem algum contato que nunca foi desejado. E mais, vai ter que lidar com a exposição de suas escolhas perante à sociedade.

³⁰ Ibidem.

³¹ WANSSA, Maria do Carmo Demasi. *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011&lang=pt>. Acesso em: 17 ago. 2016.

³² UCHÔA, Ednara Pontes de Avelar Didier. Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 17, n. 36, jul./dez. 2012, p. 126-127.

³³ Ibidem.



E não apenas a questão de seu direito ao sigilo que será tormentosa nessa situação. Averiguando a questão de um ponto de vista prático, a possibilidade de os doadores de gametas serem identificados por sua prole pode levar a um problema sério de ausência ou modificação das pessoas dispostas a conceder seu material genético, exatamente como ocorreu no caso da Suécia quando tal país aboliu o anonimato dos doadores³⁴.

Outrossim, os pais receptores do material genético doado podem ter que enfrentar a possibilidade de ter que encarar a intromissão de um terceiro, o doador de gametas, em sua vida familiar³⁵, sendo certo que nunca desejaram tal situação.

No lado oposto de tal discussão, há a questão do ponto de vista da criança que é gerada por meio dessa técnica de reprodução. Muito se debate a respeito do impacto que tal informação ocasiona na sua vida.

Há aqueles que defendem que o anonimato é positivo, já que os pais socioafetivos teriam uma maior participação no desenvolvimento da identidade dos filhos, enquanto há aqueles que entendem que a falta de conhecimento de suas origens poderia levar os infantes a suportarem severos problemas psicológicos³⁶. Tal controvérsia demonstra como a questão é polêmica, até porque lida com o desenvolvimento da psique de seres humanos em fase de desenvolvimento.

Para tentar solucionar a questão, faz-se um paradoxo com os filhos de casais homoafetivos. Tais crianças, muitas vezes, também são geradas através de métodos de

³⁴ MACHIN, Rosana. *Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000100083>. Acesso em: 17 ago. 2016.

³⁵ WANSSA, Maria do Carmo Demasi. *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011&lang=pt>. Acesso em: 17 ago. 2016.

³⁶ Ibidem.



reprodução assistida. Ademais, sabe-se que casais do mesmo sexo são mais propensos a tratar de tal assunto com seus descendentes do que casais de sexos diferentes³⁷.

Apesar disso, por meio de estudos, chegou-se à conclusão de que filhos de casais homoparentais e heteroparentais não apresentam diferenças significativas com relação ao seu desenvolvimento psicossocial³⁸, o que demonstra que o fator vínculo sanguíneo não necessariamente seria essencial para que se estabelecesse uma relação de parentalidade sólida e, conseqüentemente, a construção da identidade da prole.

Atualmente, não é um erro se afirmar que a paternidade e a vida em família não se concretizam apenas por uma ligação biológica, há também um vínculo afetivo e social³⁹ que faz com que a parentalidade assuma novas feições.

Conforme defendido por Maria Berenice Dias e Paulo Luiz Netto Lôbo, é razoável que se conceda à progênie o direito de ter a sua identidade genética reconhecida, mas apenas no que se refere a informações acerca do genoma de seu pai ou mãe biológicos para que se evitem eventuais moléstias físicas⁴⁰. Assim, em seus entendimentos, o direito a identidade genética estaria associado somente à saúde e à vida daquela prole, o que lhes garantiria a possibilidade de adotarem uma atitude proativa relacionada a seu bem-estar e a sua longevidade como, também, a viabilidade de se evitar eventual incesto. Dessa maneira, os filhos teriam acesso a determinadas informações enquanto os pais permaneceriam anônimos.

Tal solução permite que a prole conheça seu histórico genético, sem que necessariamente o doador de gametas seja exposto e tenha sua privacidade violada. Assim,

³⁷ MACHIN, Rosana. *Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000100083>. Acesso em: 17 ago. 2016.

³⁸ SANTOS, Manoel Antônio dos *et al.* *Homoparentalidade masculina: revisando a produção científica*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722013000300017&lang=pt>. Acesso em: 17 ago. 2016.

³⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. *op. cit.*, p. 73.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.*, p. 694-696.



ambas as partes asseguram seus interesses, o que permite a harmonização de seus direitos e não a invalidação de um ou de outro ponto de vista.

CONCLUSÃO

Muitos são os dilemas que um casal que não consegue gerar filhos têm que enfrentar. A delicadeza de tal situação faz gerar uma série de dúvidas e inseguranças com relação à solução de tal problemática. Nessa perspectiva, a reprodução assistida heteróloga tem se mostrado uma saída para a infertilidade masculina e feminina.

Todavia, se a criança gerada por tal técnica decide conhecer sua origem genética, como proceder? Conforme mencionado ao longo do artigo, vários países adotaram uma posição liberal, permitindo que tais infantes e adolescentes tivessem conhecimento daquele indivíduo que seria seu pai ou mãe biológicos, mas no Brasil permanece a regra de que o anonimato do doador deve ser respeitado.

A distinção na forma como cada país trata do tema apenas evidencia como é difícil identificar uma solução para tal embate, que envolve direitos e expectativas tanto da prole advinda de tal técnica reprodutiva como do conessor do material genético.

Parece que o anonimato do doador de gametas deve ser a melhor opção para casos de reprodução humana heteróloga, tendo em vista que ao permitir o conhecimento da identidade genética de seu doador à prole advinda de tal técnica pode gerar uma situação de perfilhação ao fornecedor de gametas que nunca foi desejada.

Ademais, é provável que o reconhecimento absoluto do direito a identidade genética gere uma reviravolta no mercado de reprodução humana heteróloga, exatamente como no caso da Suécia, anteriormente debatido. Isso porque a consolidação de tal direito pode ser



inversamente proporcional à quantidade de indivíduos dispostos a fornecer seu material biológico, já que não estarão mais amparados pelo sigilo.

É intrínseco à técnica de reprodução heteróloga que não haverá entre os filhos e o doador de gameta nenhuma relação de parentesco, mas apenas com relação aos filhos e os pais receptores de tal material genético.

Todavia, mediante uma ponderação entre tais direitos, o presente artigo conclui que seria razoável se permitir que a prole receba informações acerca do genoma doado, desde que apenas com o intuito de se prevenir moléstias físicas e a prática de incesto, sem a revelação da identidade do conessor do esperma ou ovócito.

A Resolução CFM nº 2.212/2015 permite que em situações especiais e por motivação médica algumas características do doador de gametas sejam fornecidas exclusivamente para o médico, resguardando-se a identidade do doador.

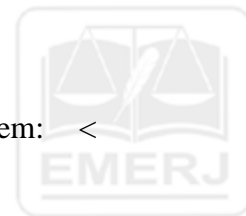
Apesar da disposição supracitada ser um avanço, seria recomendável que os bancos de dados criados pelas clínicas reprodutivas pudessem ser acessados de forma direta pela prole advinda da reprodução assistida heteróloga.

Sem a identificação direta do doador e sem a necessidade de se passar pelo crivo de um médico, tais bancos de dados poderiam proporcionar o conhecimento da origem genética sem prejudicar o sigilo dos conessores de gametas.

Dessa forma, alcança-se uma harmonia que permite a convivência do direito ao conhecimento da identidade genética com o direito ao sigilo dos doadores de gametas, preservando-se a vontade de ambas as partes.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Anderson Vieira *e outros*. *Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015>.



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

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

_____. Resolução CFM nº 2012/2015, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>.

CARVALHO, Rogério J. Britto. Inseminação Artificial – Reprodução Assistida – Aspectos Polêmicos e Legislação Constitucional e Infraconstitucional. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 15, n. 86, out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHIN, Rosana. *Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000100083>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 905, p. 83, mar. 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SALDANHA, Ana Claudia. *Aspectos bioéticos, constitucionais e civis da tutela do embrião humano e do direito fundamental ao patrimônio genético*. Disponível em: <<http://uol11.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347581/Dissertacao.pdf>>.

SANTOS, Manoel Antônio dos *et al.* *Homoparentalidade masculina: revisando a produção científica*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722013000300017&lang=pt>.

UCHÔA, Ednara Pontes de Avelar Didier. Do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 17, n. 36, jul./dez. 2012.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011&lang=pt>.



PANORAMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AS MARCAS NÃO TRADICIONAIS

Tathiane Campos Soares

Pós- Graduada pela UCAM - Universidade Candido Mendes; Graduada pela UFRJ- Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O presente trabalho analisa os aspectos gerais da proteção das marcas no Brasil, sobretudo, as marcas não tradicionais. Com a globalização e aumento no poder de compra da população mundial, acirrou-se a concorrência entre as empresas de todo o mundo, nos mais diversos setores. Assim, para sobreviverem e protegerem seus produtos dos demais concorrentes, os empresários investem cada vez mais na individualização de seus produtos, com intuito de criarem um diferencial e atraírem de forma exclusiva o consumidor. Esse novo contexto de distinção dos produtos criou novas formas de particularizá-los que não meramente visuais, exigindo assim, uma maior proteção dessas novas maneiras de identificar esses produtos e serviços.

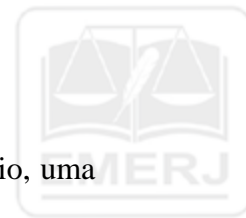
Palavras-chave: Direito Empresarial. Propriedade Industrial. Marcas não tradicionais. Concorrência Desleal.

Sumário: Introdução. 1. As marcas não tradicionais e a lacuna de regulamentação no ordenamento jurídico pátrio. 2. A regulamentação das marcas não tradicionais no direito comparado. 3. A necessidade de regulamentação das marcas não tradicionais no âmbito nacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo fazer uma análise acerca das denominadas “marcas não tradicionais”, ou seja, aquelas que não são visualmente perceptíveis, se exteriorizando por meio de sinais distintivos sonoros, olfativos e geométricos.

O ordenamento jurídico pátrio, mais especificadamente na Lei de Propriedade Intelectual (Lei n. 9.279/96), conceitua marca apenas como o signo distintivo que pode ser visualmente perceptível, não abarcando assim as chamadas “marcas não tradicionais”, que não são objeto de registro pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) até os dias atuais.



Dessa forma, o tema carece de regulamentação no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o conceito de marca estampado na Lei de Propriedade Industrial não comporta a definição das denominadas “marcas não tradicionais”.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “marcas não tradicionais” e compreender a importância do assunto, sobretudo, no contexto de proteção internacional.

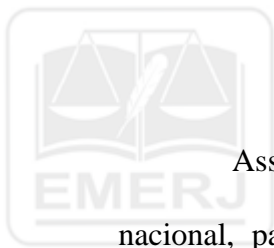
Na atualidade, com o crescimento desenfreado do comércio a nível internacional, as empresas não concorrem apenas a nível local, mas sim com outras empresas internacionais que disputam com aquela seu espaço no mercado mundial. Por essa razão, as empresas estão investindo cada vez mais em meios para fidelizar seus clientes, razão pela qual as marcas denominadas “não tradicionais” possuem cada vez maior proteção ao redor do mundo, sobretudo, nos países mais desenvolvidos.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico pátrio a respeito do assunto. Para tanto será apresentado o conceito de marca e o conceito de “marcas não tradicionais” e os dispositivos legais relacionados ao assunto.

Segue-se, no segundo capítulo, elencando a regulamentação internacional a respeito das “marcas não tradicionais” e sua importância no cenário internacional.

Destaca-se, ainda no segundo capítulo, Convenções Internacionais que tratam da matéria determinando que todos os países adotem mecanismos de proteção das denominadas “marcas não tradicionais”.

O terceiro capítulo pretende sugerir uma forma de suprir a lacuna legislativa existente em nosso ordenamento jurídico pátrio, de forma a proteger os vultosos investimentos realizados por empresários e compatibilizar nosso ordenamento com o cenário mundial que protege e recomenda a proteção de tais signos distintivos.



Assim sendo, faz-se necessário uma redefinição do conceito de marca, no âmbito nacional, para além das perceptíveis meramente visuais, uma vez que existem diversas maneiras que não visuais de se individualizar um determinado produto e serviço, e os recursos despendidos pelas empresas na caracterização de seus produtos e serviços devem ser protegidos.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa – qualitativa e parcialmente exploratória.

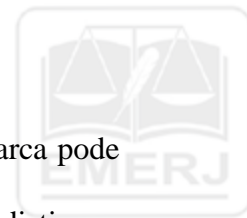
1. AS MARCAS NÃO TRADICIONAIS E A LACUNA DE REGULAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A marca consiste em um sinal distintivo capaz de individualizar um determinado produto e serviço, de forma a diferenciá-lo dos demais existentes no mercado. Assim, a marca possui natureza jurídica de propriedade – bem imaterial-, pois agrega valor ao bem, e, portanto, deve ser devidamente protegida.

A respeito do conceito de marca no direito brasileiro sustenta Denis Borges Barbosa¹:

[...] marca é o sinal visualmente representado, que é configurado para o fim específico de distinguir a origem dos produtos e serviço. Símbolo voltado a um fim, sua existência fática depende da existência destes dois requisitos: capacidade de simbolizar, e capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor. Sua proteção jurídica depende de um fator a mais: a apropriabilidade, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco, em face do objeto simbolizado.

¹ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 803.



De acordo com o INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, a marca pode ser definida como o sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços de outros análogos, de procedência diversa, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas².

A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996³, estipula em seu art. 122 que são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos, visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais, arroladas no art. 124 da referida lei.

Cabe ressaltar que, embora a lei brasileira conceitue marca como um sinal visualmente perceptível, em nenhum momento proíbe, no rol do art.124⁴, o registro de marcas sonoras, tridimensionais ou olfativas, marcas essas denominadas como marcas não tradicionais.

As marcas tradicionalmente são classificadas como: nominativas, figurativas ou mistas. As marcas nominativas são aquelas que são formadas apenas por palavras ou combinação de letras ou algarismos, sem apresentação fantasiosa, enquanto as marcas figurativas são aquelas compostas por desenhos, imagens ou qualquer forma fantasiosa. A marca mista é aquela que mistura elementos nominativos com figurativos.

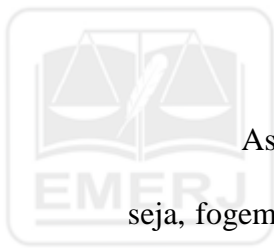
Atualmente, o INPI reconheceu o conceito de marca tridimensional, antes não reconhecida pelo direito brasileiro, essa consiste na identificação do produto por meio de um aspecto físico (tátil) que lhe torna peculiar, ou seja, o formato diferenciado de sua embalagem.

Contudo, nos dias atuais a ideia de marca vai além destas quatro categorias, isso porque elas podem ser gustativas, gestuais, holográficas, sonoras, olfativas, táteis, dentre várias outras.

² Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 03 abr.2016.

³ BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁴ BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.



As marcas não tradicionais são aquelas que não são apenas percebidas pela visão, ou seja, fogem ao conceito tradicional de marca, como a palavra, figura, letra ou qualquer outra representação gráfica que possa identificar um produto ou serviço.

As chamadas “marcas não tradicionais” são uma realidade fática porque os seres humanos possuem diversos sentidos capazes de identificar produtos e serviços, que não apenas a visão.

Sendo assim, conforme verificado acima a legislação brasileira apenas conceitua marca como o sinal que pode ser visualmente percebido, de forma que não abarca no conceito de marca as denominadas “marcas não tradicionais”, não sendo essas protegidas e regulamentadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

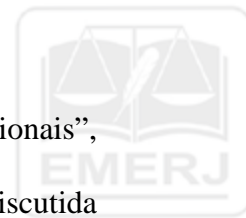
Contudo, a própria Constituição Federal de 1988 prevê como direito fundamental a proteção aos signos distintivos, sem restringi-los apenas àqueles que possam ser visualmente percebidos.

De acordo com o art. 5º, inciso XXIX da Carta Magna⁵ “a lei assegurará (...) proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”.

Portanto, tendo em vista previsão constitucional a respeito do tema, faz-se necessária a regulamentação de tais signos distintivos no âmbito nacional.

2. A REGULAMENTAÇÃO DAS MARCAS NÃO TRADICIONAIS NO DIREITO COMPARADO

⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.



Embora o Brasil ainda não admita o registro dessas marcas ditas “não tradicionais”, em muitos outros países elas já são comuns e, por esse motivo essa temática já foi discutida pela AIPPI – Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual, que deu ensejo a Resolução nº 22 de junho de 2004 (Question 181)⁶.

De acordo com essa Resolução⁷, as marcas não tradicionais devem ser suscetíveis de serem registradas, desde que preencham os seguintes requisitos: (i) sejam claras; (ii) sejam precisas; e, (iii) sejam facilmente identificadas pelo público.

Nesse sentido, consideram-se claras as marcas de fácil entendimento, refletindo de forma direta e objetiva a ideia transmitida pelo signo distintivo. A precisão está atrelada ao emprego adequado do signo distintivo ao seu objetivo, de forma a ser compreensível, evitando assim a imprecisão.

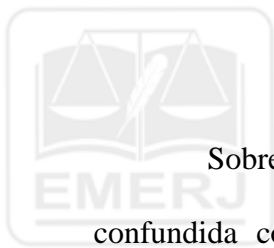
A mencionada Resolução nº 22 de junho de 2004⁸, ainda, dispõe que as cores por si só também podem ser registradas, caso adquira alguma distintividade em seu uso e os sons (marcas sonoras) e aromas (marcas olfativas) podem ser registrados, sem ser necessário para isso que sejam representados graficamente.

Por fim, a Resolução recomenda que os órgãos nacionais responsáveis pelo registro de marcas cooperem no sentido de harmonizar e promover métodos efetivos para a proteção de marcas não tradicionais em seus países.

⁶1) As marcas "não convencionais" devem, em princípio, ser susceptíveis de constituir marcas registradas. 2) A representação de uma marca "não convencional" deve ser clara, precisa, facilmente acessível e inteligível. O público deve poder compreender a natureza da marca. 3) Uma cor per se pode ser registada como marca. Em muitos casos, uma cor por si só só poderá ser registada com base no carácter distintivo adquirido através da utilização. Podem também existir circunstâncias em que uma cor per se possa ser registada com base no carácter distintivo inerente a determinados bens ou serviços. 4) Em relação às formas 3D, o parágrafo 5 da resolução Q148 é confirmado. 5) Um som pode ser registado como marca e não deve estar sujeito a um requisito de representação gráfica. Uma marca sonora pode ser representada por notação musical ou outra descrição ou por meio de reprodução inequívoca do som. 6) Um cheiro pode ser susceptível de registo como marca e não deve estar sujeito a um requisito de representação gráfica. Uma marca de cheiro deve ser representada por meio inequívocamente descrever ou reproduzir o cheiro. 7) Os serviços de marcas devem cooperar para harmonizar e promover métodos eficazes de representação de marcas não convencionais

⁷ Disponível em: < <https://aippi.org/download/committees/181/RS181English.pdf>>. Acesso em: 03 abr.2016.

⁸ Disponível em: < <https://aippi.org/download/committees/181/RS181English.pdf>>. Acesso em: 03 abr.2016.



Sobre o assunto, outra ressalva que deve ser feita é que a marca não pode ser confundida com a logomarca (logotipo). Logomarca nada mais é que a representação simbólica ou gráfica de uma determinada marca, essa sim só pode ser percebida por meios visuais. Já a marca, como destacado acima, não pode ser definida apenas como o desenho que a representa, visto que a marca deve ser definida como o sinal distintivo capaz de diferenciar um determinado produto e serviço.

Ora não apenas representações gráficas ou visuais são capazes de serem percebidas pelo ser humano, e tampouco somente essas são capazes de individualizar de forma clara e precisa determinado produto e serviço, de forma a distingui-los de outros semelhantes.

Existem diversas marcas reconhecidas a nível mundial que são reconhecidas por sinais não visuais, como por exemplo, o rugido de um leão na indústria cinematográfica (MGM), o cheiro das sandálias da marca Melissa, a superfície rugosa da garrafa de whisky Old Parr, o formato triangular dos chocolates Toblerone.

Todos esses exemplos são sinais distintivos que são claramente percebidos pelos consumidores que se vendados se depararem com qualquer desses sinais irão automaticamente interligar o sinal ao produto e serviço.

Outra questão relevante a ser destacada em relação às chamadas marcas não tradicionais são as marcas táteis. O mercado de vendas especializado para os portadores de deficiência visual está em plena ascensão, por meio da leitura braile, assim muitas empresas poderão investir em marcas em braile.

Assim sendo, é possível constatar que no cenário internacional existe não só uma regulamentação sobre o assunto, mas a própria Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual recomenda expressamente em resoluções que as marcas denominadas como “marcas não tradicionais” sejam amparadas pelos ordenamentos internos dos países, recomendando a sua regulamentação.



Isso se justifica porque não cabe ao direito eleger o que entende como sinal distintivo a ser protegido, mas sim cabe ao direito, como instrumento de pacificação social e segurança jurídica, proteger e tutelar os bens materiais e imateriais capazes de valoração social ou econômica.

Dessa forma, na medida em que as denominadas “marcas não tradicionais” representam atualmente um signo distintivo amplamente utilizado por diversas sociedades empresárias, sendo capazes de individualizar produtos e serviços, cabe ao ordenamento jurídico protegê-las, uma vez que já consubstanciam uma realidade fática no cenário empresarial e consumerista.

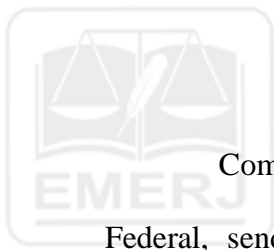
3. A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DAS MARCAS NÃO TRADICIONAIS NO ÂMBITO NACIONAL

Apesar de a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996⁹ não prever expressamente a possibilidade de registro de marcas ditas não tradicionais, tais como as sonoras, olfativas, gustativas, a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXIX¹⁰ prevê expressamente que a lei infraconstitucional deverá assegurar proteção a criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros sinais distintivos.

Logo, a Constituição Federal em nenhum momento limitou a conceituação de marca aos sinais que possam ser percebidos apenas visualmente, ao contrário, determina a proteção de todos os sinais distintivos, sem qualquer vinculação a sua forma de exteriorização.

⁹BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.



Como é sabido, o ordenamento jurídico possui como pilar estrutural a Constituição Federal, sendo esta a parâmetro de validade de todas as demais normas denominadas “infraconstitucionais”. Nesse sentido, quando determinada matéria é protegida constitucionalmente, impõe-se a lei a sua regulamentação, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, tendo em vista a ausência de regulamentação desses sinais distintivos que são assegurados pela própria Constituição Federal seria, inclusive, cabível mandado de injunção, remédio constitucional que tem por objetivo regulamentar direitos protegidos constitucionalmente, mas que carecem de regulamentação específica.

Hoje em dia, a única maneira de proteger essas marcas não tradicionais da concorrência de produtos similares é por meio da repressão à concorrência desleal prevista no art. 195, inciso III da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996¹¹ que determina que aquele que emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem pratica crime.

Além disso, o art. 209 da referida lei¹² prevê uma espécie de indenização àquele que sofrer algum prejuízo decorrente de atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal.

Apesar disso, essa escassa regulamentação não é suficiente para proteger os vultosos investimentos dos empresários para protegerem suas marcas e com isso protegerem seus produtos e serviços da concorrência desleal. Por essa razão faz-se cada vez mais necessário uma efetiva regulamentação desses novos sinais distintivos que efetivamente cumprem a função de individualizar um determinado produto ou serviço.

¹¹BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

¹²BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.



A possibilidade de registro de uma determinada marca é de extrema importância para o seu proprietário, pois lhe assegura naquele ramo específico o uso exclusivo daquele sinal distintivo no território nacional, fidelizando assim sua clientela.

Atualmente, com a constitucionalização do direito, os institutos jurídicos cumprem funções sociais. Nesse sentido, a marca possui três funções: (i) função essencial; (ii) função derivada; e, (iii) função complementar.

A função essencial diz respeito à função distintiva da marca, ou seja, a capacidade que a marca possui de distinguir produtos e serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins, que possuem origem diversa.

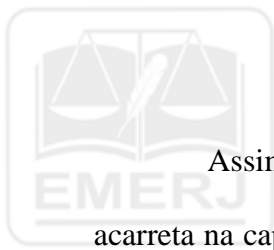
Essa principal função da marca não deve ser confundida com a antiga função primitiva de indicação de origem e proveniência da marca.

A função derivada da marca está atrelada à qualidade daquele determinado produto ou serviço.

No que tange à função derivada, cabe destacar que a marca apenas indica a qualidade daquele produto ou serviço, mas não possui a característica de garantia de qualidade. Essa peculiaridade de certificar e garantir a qualidade de um determinado produto ou serviço é atinente as chamadas marcas de certificação, previstas no art. 123, inciso II da Lei de Propriedade Industrial¹³, como é o caso, por exemplo, do IMETRO, ISO e ABNT.

Dessa forma, as marcas, que não aquelas de certificação, indicam mero indício de qualidade, a fim de conceder ao consumidor expectativa de qualidade, sem garantir qualquer proteção jurídica específica.

¹³BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.



Assim, por indicar determinada qualidade ao consumidor essa função derivada acarreta na captação e fixação de clientela, fator de extrema relevância para o empresário que busca proteger seus produtos e fidelizar sua clientela.

Por fim, a função complementar da marca consiste no seu viés publicitário. O poder evocativo da marca, ou seja, o poder de atração de determinadas marcas naquele mercado.

Existem algumas marcas que possuem esse viés publicitário tão evidente que são consideradas marcas de alto renome e são protegidas, conforme preconiza o art. 125 da Lei de Propriedade Industrial¹⁴.

Essas marcas de alto renome são aquelas notoriamente reconhecidas pelos consumidores, de tradição incontestável. Por esse motivo, essas marcas possuem especial proteção no ordenamento jurídico que consiste na sua proteção, inclusive, em outros ramos de atividade.

Em suma, a marca possui diversas funções que protegem aquele empresário da concorrência de produtos ou serviços semelhantes ou idênticos, e por isso elas merecem ser protegidas independentemente de seu caráter visual ou não.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que com o avanço da competição entre as empresas, os empresários para individualizar seus produtos e serviços de forma a capturar sua clientela vêm investindo cada vez mais nas chamadas “marcas não tradicionais”.

Com isso, ainda que as marcas não tradicionais não possuam um efetivo amparo legal, a nível nacional, será inevitável com o decorrer do tempo a regulamentação de tal

¹⁴BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.



matéria, tendo em vista que a marca integra o patrimônio de uma sociedade empresária, possuindo um caráter diferenciador do produto ou serviço por essa comercializado, devendo, portanto, ser legalmente protegida.

Um excelente exemplo da evolução do conceito de marca no direito brasileiro é a marca tridimensional, antes um simples recipiente para bebida que era diferenciado no máximo por um mero rótulo, atualmente, já é reconhecido e até mesmo protegido pelo formato de sua embalagem, sendo passível de registro junto ao INPI.

Na realidade, o INPI vem registrando de maneira singela diversas marcas antes não reconhecidas, como por exemplo: o holograma do pássaro do Cartão Visa; signos animados como as mãos apertadas que representam o grupo Nokia; marcas de cores como as três faixas de cor do Cartão Visa; e a onomatopéia “plim-plim” da Rede Globo.

Logo, nos dias atuais em que a disputa pelo mercado tem sido cada vez mais acirrada e que os empresários investem cada vez mais na individualização de seus produtos e serviço, a proteção das marcas não tradicionais é assunto essencial para o desenvolvimento da propriedade industrial no Brasil.

O estabelecimento comercial é conceituado como o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos do empresário atrelados ao exercício da atividade econômica organizada. Assim sendo, não só os bens materiais, tais como: máquinas, prédios, produtos, integram o patrimônio de um empresário, mas também os chamados bens imateriais, dentre os quais se destacam os bens de propriedade industrial, tais como: a marca, a patente, o modelo de utilidade; e, o desenho industrial.

Ademais, a própria Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XXIX determina que a lei regule e proteja os sinais distintivos, enfatizando a marca, não fazendo qualquer restrição as marcas como sendo tão somente aquelas que podem ser percebidas visualmente. Dessa forma, não cabe ao legislador limitar o que a Constituição não



o fez, sob pena de violar o próprio texto constitucional, sobretudo, tratando-se de direito fundamental previsto no art. 5º da Carta Magna, que gozam da denominada eficácia horizontal, produzindo efeitos de imediato.

Assim sendo, faz-se necessário uma redefinição do conceito de marca, no âmbito nacional, para além das perceptíveis meramente com o recurso visual, uma vez que existem diversas maneiras que não visuais de se individualizar um determinado produto e serviço, e os recursos despendidos pelas empresas na caracterização de seus produtos e serviços devem ser protegidos, pois esses integram o seu estabelecimento comercial.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de mai de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial- Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEIS, Peter Dirk Siemsen. *Novos campos em estudo para a proteção da propriedade industrial*. Disponível em: <[http://www.dannemann.com.br/dsbim/uploads/imgFCKUpload/file/PDS_SLE_Marcas_Nao-Tradicionais\(1\).pdf](http://www.dannemann.com.br/dsbim/uploads/imgFCKUpload/file/PDS_SLE_Marcas_Nao-Tradicionais(1).pdf)>. Acesso em: 07 de set. de 2016.

LUSOLI, Patrícia A. *Marcas não-tradicionais*. Disponível em: <http://www.daniel.adv.br/port/circularLetters/Carta_Circular_64_MARCAS_NAO_TRADICIONAIS_JUNHO_2010.pdf>. Acesso em: 07 de set. de 2016.

MACEDO, MFG; BARBOSA, ALF. *Patentes, pesquisa & desenvolvimento: um manual de propriedade intelectual [online]*. Editora FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2000.

PAESANI, Liliana Minardi. *Manual de Propriedade Intelectual*. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Peixoto, 1945.

A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO PELO MAGISTRADO

Thais Constante Carvalho
Graduada pela Fundação Getúlio
Vargas - FGV Direito Rio.
Advogada.

Resumo: a perspectiva de uma atuação do magistrado que, no exercício de sua função jurisdicional no juízo criminal, ultrapassa os parâmetros penais e assume feições civis, de arbitramento indenizatório, ainda é tida como novidade no direito brasileiro, apesar de encontrar previsão legal. A essência do trabalho é abordar de que forma deve se interpretado o comando contido no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, bem como os limites da atuação do magistrado quanto à fixação de uma quantia reparatória mínima na sentença penal.

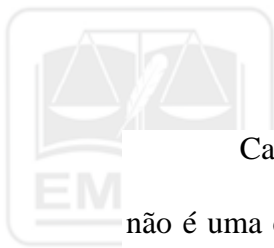
Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito Processual Civil. Sentença penal condenatória. Danos provocados pela prática criminosa. Valor mínimo indenizatório. Poderes do magistrado.

Sumário: Introdução. 1. A sentença penal condenatória e o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. 2. Fixação do valor mínimo indenizatório: necessidade de pedido expresso ou *ex officio*? 3. Tipos de danos suscetíveis de reparação na esfera penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a forma de atuação do magistrado no que concerne à fixação de um valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória, seja em face de crimes patrimoniais ou não, bem como a necessidade de haver pedido expresso da vítima ou do Ministério Público a esse respeito.

Muito se discute a respeito dos poderes do magistrado, principalmente no âmbito do Processo Penal brasileiro. No que tange ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, a delimitação da atuação do magistrado torna-se bem relevante, na medida em que envolve também aspectos processuais civis, ao abordar o pagamento de indenização à vítima em virtude do delito cometido.



Cada vez mais, busca-se delimitar a atuação jurisdicional em vários ramos. O Direito não é uma ciência exata, não há uma fórmula certa para sua compreensão e implementação: cada caso é peculiar e único. Por isso, o atuar do magistrado ganha tamanha importância, haja vista que incumbe a ele interpretar e aplicar o direito especificamente àquele caso concreto.

Tal alcance mostra-se ainda mais proeminente ao abarcar a possibilidade de o Juiz de competência penal fixar – na sentença condenatória e independentemente de pedido da vítima ou do Ministério Público nesse sentido – um mínimo indenizatório, a ser executado no âmbito cível, para reparação dos danos causados pela prática delituosa.

Trata-se de uma atuação *ex officio* que acabaria espraiando-se por duas esferas jurídicas, de competências distintas e, ao menos a princípio, incomunicáveis: a processual penal e a processual civil. Nisto reside a importância de analisar a sua viabilidade.

Para tanto, no primeiro capítulo, analisar-se-á o comando normativo constante do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, bem como o entendimento doutrinário acerca da interpretação que deve ser conferida ao referido dispositivo legal.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência divergem muito acerca da possibilidade de o magistrado arbitrar o valor mínimo indenizatório, na sentença penal condenatória, ainda que não haja qualquer pedido nesse sentido. No segundo capítulo, busca-se explicitar esta divergência existente em torno de tais poderes de atuação do magistrado, enfatizando a posição dos Tribunais Superiores sobre a matéria.

Por fim, no terceiro capítulo, discute-se quais delitos e tipos de danos são passíveis de se submeter a essa forma de reparação na esfera penal, abordando a questão de ser possível a fixação de indenização mínima também para reparação dos danos morais ou somente quanto aos danos patrimoniais.

O presente trabalho adotará metodologia de pesquisa de dados qualitativa, com objetivo descritivo e por meio bibliográfico.

1. A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E O ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Em 2008, a Lei nº 11.719 trouxe importantes inovações ao Código de Processo Penal brasileiro, dentre as quais a introdução do inciso IV ao artigo 387 do referido diploma legal, que trata da prolação de sentença penal condenatória. Com a redação dada pela lei, o artigo 387 passou a dispor da seguinte forma¹:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...)
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Atribuiu-se ao juiz criminal um resquício de competência cível, na medida em que este ficaria encarregado de, ao julgar a tipicidade, a materialidade e a autoria do delito e concluir pela condenação do réu, também se manifestar quanto aos valores que considera devidos para reparação dos danos advindos do crime.

Paulo Rangel² chega a mencionar que houve, no âmbito do processo penal brasileiro, a adoção de um “sistema de solidariedade, ou seja, as duas pretensões serão deduzidas no mesmo processo, mas em pedidos distintos”.

No entanto, não há que se falar em “cumulação de instâncias”³, já que o juízo penal não esgotará a matéria de competência cível, limitando-se a arbitrar um valor indenizatório mínimo que poderá vir a ser complementado, posteriormente, por meio de ação civil, caso seja de interesse do ofendido.

Seguindo o escopo das reformas do Código de Processo Penal, a alteração trazida pela lei nitidamente objetivou conferir maior efetividade ao processo (não só ao processo penal como também ao civil, quanto a esse ponto) e, ao mesmo tempo, celeridade quanto à

¹ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 598.

³ PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 769.



compensação dos prejuízos ocasionados pela prática criminosa, haja vista que a vítima já poderá executar o valor arbitrado pelo magistrado diretamente no juízo cível (artigos 63 do CPP e 515, inciso VI, do CPC/2015), sem a necessidade de deflagrar uma ação para arbitramento e liquidação da indenização, como ocorria no passado.

Isso porque a condenação no juízo criminal traz como efeito genérico “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”, nos moldes do artigo 91, inciso I, do Código Penal, de modo que a sentença penal contendo a fixação do valor mínimo indenizatório já será um título executivo judicial líquido, apto a ser executado diretamente pela vítima ou seus sucessores, como prevê o artigo 515, inciso VI, do CPC/2015.

Por óbvio, caso a quantia fixada não seja suficiente para a reparação integral dos prejuízos, poderá o ofendido ajuizar ação cível *ex delicto* com o objetivo de apurar e liquidar os danos efetivamente sofridos, conforme autoriza o artigo 63, parágrafo único, do CPP. Assim, a fixação de um valor indenizatório pelo juízo criminal não exclui a possibilidade de o juízo cível vir a arbitrar uma quantia indenizatória superior e/ou complementar – tanto que se fala apenas em um “valor mínimo indenizatório” a ser fixado na esfera penal.

Com efeito, tamanha modificação na sistemática processual penal provocou enorme alvoroço e discórdia na doutrina e jurisprudências pátrias. Se, por um lado, a alteração legislativa encontrou adeptos; por outro, muitos foram os que discordaram da possibilidade de conferir ao magistrado de competência criminal o poder de se imiscuir na seara cível para arbitrar um *quantum* indenizatório – atribuição, até então, desconhecida nos meandros penais.

A priori, a questão suscitou dúvidas quanto à interpretação da literalidade do dispositivo legal, ou seja, em saber se o artigo 387, inciso IV, do CPP impunha ao magistrado um dever ou, tão somente, uma faculdade. Isto é: estaria o juiz obrigatoriamente vinculado a fixar um valor indenizatório ao prolatar uma sentença penal condenatória, ou tal possibilidade estaria reservada ao seu juízo de valor e discricionariedade?

A esse respeito, leciona Aury Lopes Jr.⁴ que “como decorrência dessas modificações, agora, na sentença penal condenatória, o juiz já deverá fixar um valor mínimo a título de indenização pelos prejuízos sofridos pela vítima, que não impede que ela postule, no cível, uma complementação”.

Complementa o autor⁵, alegando que o magistrado estará impedido de arbitrar o valor quando a vítima expressamente pronunciar seu desejo de perquirir a indenização no juízo cível ou se já o tiver feito:

Não se pode esquecer, ainda, que a pretensão indenizatória é de natureza privada e exclusiva da vítima. Logo, como adverte GIACOMOLLI, a vítima tem plena disponibilidade, podendo manifestar interesse em que não seja arbitrado na esfera criminal, pois já ingressou no juízo cível ou nele pretende discutir o *an debeatur* e o *quantum debeatur*. A indenização está na esfera de disponibilidade do interessado (cabendo, portanto, renúncia e transação), motivo por que ao magistrado é vedado arbitrar qualquer valor reparatório se houver manifestação nesse sentido.

Assim, ainda que se considere uma obrigação do juiz criminal a fixação do valor mínimo indenizatório na sentença penal, haverá situações em que o magistrado deverá abdicar-se de fazê-lo, como na hipótese de já ter sido fixada, anteriormente, a verba indenizatória no âmbito cível ou, ainda, quando não houver, nos autos do processo penal, prova suficiente do prejuízo sofrido pela vítima⁶.

Além disso, tem-se que o magistrado poderá deixar de arbitrar o valor mínimo indenizatório em casos de fatos reputados mais complexos, nos quais a análise de eventual prejuízo demandar uma dilação probatória específica, que deve ser realizada no juízo cível – como decidiu o Plenário do STF no julgamento da Ação Penal nº 470/MG (conhecida como o caso do “Mensalão”), ao negar o pedido do Ministério Público para arbitramento da quantia mínima a título de reparação⁷.

⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.118.

⁵ *Ibidem*.

⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer o Direito* - Informativo esquematizado: Informativo 588-STJ. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/11/info-588-stj.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

⁷ *Ibidem*.



Ao revés, entende Paulo Rangel⁸ tratar-se de mera faculdade do magistrado, o qual somente estará limitado pelo pedido contido na acusação:

Não se trata de efeito da sentença penal condenatória (art. 91, CP), mas sim de uma possibilidade dada ao magistrado quando da prolação da sentença: *fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração*. Antes a sentença estabelecia o *an debeatur* (quem deve), agora estabelece também o *quantum debeatur* (o quanto se deve). Nesse sentido, o princípio da correlação entre acusação e sentença é a garantia do acusado de que o juiz não irá extrapolar o limites do que foi pedido. Não haverá surpresa para o réu. Sua defesa cingir-se-á ao *quantum* que foi pedido na petição inicial penal.

Com efeito, a redação do dispositivo legal parece ser clara ao impor ao magistrado, ao menos, o dever de se manifestar, quando da prolação da sentença penal condenatória, sobre o valor mínimo indenizatório - fixando-o ou não, mas justificando-se, em qualquer caso, em observância aos princípios da fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX, da CRFB/88) e do livre convencimento motivado (artigo 371 do CPC/2015).

Como desdobramento da questão exposta acima, vem à tona a principal controvérsia no que concerne à fixação de verba indenizatória na seara penal, qual seja: a possibilidade de o magistrado fixar a quantia *ex officio* ou se, para tanto, faz-se imprescindível o pedido do ofendido ou do Ministério Público; tema que se passará a abordar no capítulo a seguir.

2. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO: NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO OU *EX OFFICIO*?

Os limites de atuação dos poderes do magistrado sempre suscitaram enormes polêmicas em diversas áreas do ramo jurídico, em especial na seara penal, tendo o Código Penal adotado o sistema acusatório, no qual as funções de acusação e julgamento incumbem a órgãos distintos.

⁸RANGEL, op. cit., p. 599.



A disposição normativa contida no artigo 387, inciso IV, do CPP, dando margem à possibilidade de o juiz fixar uma quantia mínima a título de indenização, na sentença penal, reacende o debate a respeito dos poderes do magistrado: poderia o juiz exercer tal poder de ofício ou apenas mediante provocação? A doutrina e a jurisprudência pátrias parecem não convergir quanto a esse ponto.

Os defensores da tese de que o juiz pode arbitrar, *ex officio*, na sentença penal, o chamado valor mínimo indenizatório (a exemplo de Fernando Capez⁹) entendem que isto decorre da expressa redação da lei – a qual emprega o verbo no futuro do presente “fixará”, com claro intuito mandamental –, e não representa qualquer violação ao sistema acusatório.

A esse respeito, Eugênio Pacelli¹⁰ - apesar de entender mais adequado considerar que tal atribuição possui natureza jurídica de um “efeito extrapenal genérico da condenação” - acaba reconhecendo que a Lei nº 11.719/08 não previu a necessidade de um pedido exposto, o que poderia, até mesmo, caracterizá-la como uma nova espécie de pena pública. Nas palavras do autor:

Assim, pode-se mesmo indagar: Para a fixação do valor mínimo indenizatório seria necessário um pedido? Se a resposta for negativa, como parece ser o caso da lei 11.719/08, poder-se-ia, então, qualificar a mencionada verba (o tal valor mínimo) como pena pública, no âmbito do Direito Penal e não do Direito Civil. E quanto a isso não haveria o problema se destinar o valor constante da condenação criminal diretamente à vítima. Basta ver o quanto dispõe atualmente o art. 45, 1º, CP, no sentido de reservar à ela (vítima) a pena de prestação pecuniária, a ser descontada no valor devido pela responsabilidade civil. O problema é que teríamos uma nova modalidade de pena pública, como acréscimo a outra, já existente (a prestação pecuniária).

Não obstante, parece prevalecer o entendimento segundo o qual o juiz somente poderá agir mediante provocação, em observância ao princípio da congruência entre a sentença e a acusação, assim como aos princípios do contraditório e da ampla defesa e, por conseguinte, ao próprio sistema acusatório.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 167.

¹⁰ PACHELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 2ª. tiragem. São Paulo: Atlas, 2010, p. 751.



Paulo Rangel¹¹ entende que a fixação de quantia mínima indenizatória pelo juiz sem que haja um pedido expresso enseja a nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, isto é, quando o julgador decide fora dos limites do que consta no pedido inicial:

Destarte, devemos distinguir as duas situações que podem ocorrer: ou o pedido está na ação (como um dos seus elementos) feito pela parte ofendida (assistente de acusação), e aí o juiz poderá condenar na indenização, ou não há pedido nesse sentido, e o juiz, por consequência, não poderá condenar fora (*extra*) do pedido (*petitum*) inicial (do MP), sob pena de afrontar o contraditório e a ampla defesa e, em especial, o princípio da correlação entre acusação e sentença. (...) Se houver, portanto, sentença condenatória pelo fato crime e condenação a um *quantum* mínimo como dever de indenizar, SEM QUE HAJA PEDIDO, a sentença estará eivada de *error in procedendo* (julgamento *extra petita*) autorizando sua declaração de nulidade, de pleno direito, e consequente cassação em grau de recurso; ou, em não havendo recurso da defesa, mas sim do MP, a concessão de *habeas corpus ex officio* para declarar a nulidade da sentença.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹², ao enfrentar o tema, sedimentou sua jurisprudência no sentido de ser necessário o pedido do Ministério Público ou do ofendido para que haja a fixação do valor mínimo indenizatório pelo juízo penal:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DO QUANTUM MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. NECESSIDADE DE PEDIDO FORMAL DO PARQUET OU DO OFENDIDO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1 - Este Tribunal sufragou o entendimento de que deve haver pedido expresso e formal, feito pelo parquet ou pelo ofendido, para que seja fixado na sentença o valor mínimo de reparação dos danos causados à vítima, a fim de que seja oportunizado ao réu o contraditório e sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. [...]

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça¹³ confirma sua orientação no sentido de exigir o pleito expresso do ofendido, até mesmo para que seja possível a participação do réu, garantindo-se, assim, a observância à ampla defesa e ao contraditório:

¹¹ RANGEL, op. cit., p. 600.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 389.234/DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=389234&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 236070/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Disponível em: <



RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) 2) REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. PARCIAL PROVIMENTO. (...) 2. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a de natureza indenizatória não dispensa a existência de expresse pedido formulado pelo ofendido, dada sua natureza privada e exclusiva da vítima. 3. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito de contraditório e ampla defesa, na medida em que o autor da infração faz jus à manifestação sobre a pretensão indenizatória, que, se procedente, pesará em seu desfavor. [...]

No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁴, entendendo pela necessidade de pedido expresse para que a sentença penal fixe um valor mínimo indenizatório, sob pena de violação aos princípios da correlação e do contraditório:

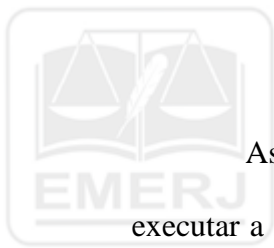
[...] Fixada para a reparação dos danos causados pela infração, nos termos do art. 387, IV, do CPP, a quantia de R\$ 3.670,00, sem que tal pedido fosse formulado pelo MP na denúncia. (...) No entanto, merece prosperar o pleito de exclusão da obrigação de reparar os danos: O art. 387, IV, do CPP deve ser compreendido à luz das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não sendo possível a fixação de valor indenizatório para reparação de dano não submetido a um anterior debate no tocante à sua existência e extensão. Precedentes. Assim, a fixação de valor indenizatório pelo juízo penal, quando desacompanhado de pedido expresse na denúncia, implica em transgressão ao princípio da correlação entre a demanda e a sentença, ensejando também, por consectário lógico, um desrespeito ao princípio constitucional do contraditório. [...]

Cabe ressaltar, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁵ no sentido de que “enquanto não for criada a Defensoria Pública, por lei complementar, nos termos do art. 134, § único, da CF, permanece em vigor o art. 68 do Código Processual Penal”.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1236070&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação n. 0016377-35.2014.8.19.0007. Relatora: Gizelda Leitão Teixeira. Quarta Câmara Criminal. Disponível em: <[http://portal.tj.tjrj.jus.br/search?q=valor+m%C3%ADnimo+indenizat%C3%B3rio+senten%C3%A7a+penal+pedido+artigo+387,+iv&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&filter=0&getfields=*&partialfields=\(ctd:1%7Cctd:2\)&requiredfields=co:1.cco:2&exclude_apps=1&ulang=ptBR&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_q=+&ip=187.67.72.57,192.168.6.155,192.168.6.23&access=p&entqr=3&start=20](http://portal.tj.tjrj.jus.br/search?q=valor+m%C3%ADnimo+indenizat%C3%B3rio+senten%C3%A7a+penal+pedido+artigo+387,+iv&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&filter=0&getfields=*&partialfields=(ctd:1%7Cctd:2)&requiredfields=co:1.cco:2&exclude_apps=1&ulang=ptBR&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_q=+&ip=187.67.72.57,192.168.6.155,192.168.6.23&access=p&entqr=3&start=20)>. Acesso em: 24 ago 2016.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 196.857. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+196857%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+196857%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b64t84d>> . Acesso em: 24 ago. 2016.



Assim, o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil *ex delicto* e executar a sentença condenatória enquanto não houver sido instaurada Defensoria Pública na localidade, tendo sido declarada a inconstitucionalidade progressiva do referido dispositivo legal – isto é, conforme as Defensorias Públicas Estaduais forem sendo estruturadas, o *Parquet* irá perdendo, na mesma medida, a sua legitimidade para tanto.

Da mesma forma, pode-se concluir que o mesmo raciocínio deva ser empregado no que tange à progressiva perda de legitimidade do Ministério Público para elaborar o pedido de arbitramento do valor mínimo indenizatório na sentença penal. Nesse sentido, entende Paulo Rangel¹⁶:

Se não houver pedido da parte (ofendido habilitado como assistente, que é uma intervenção de terceiros no processo penal), não poderá haver condenação em indenização, sob penal de se ofender o contraditório e a ampla defesa. O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e nesta não consta (e nem poderá constar por falta de legitimidade do Ministério Público para postular, em nome do particular lesado, interesses patrimoniais) pedido de indenização.

Após a devida (e necessária) comprovação dos prejuízos sofridos e considerando possível a atribuição de um valor mínimo indenizatório pelo magistrado – seja mediante requerimento do ofendido ou *ex officio* -, surge a indagação a respeito de quais tipos de danos são passíveis de sofrer tal reparação na seara penal: danos morais ou tão somente danos materiais, o que será tratado no capítulo seguinte.

3. TIPOS DE DANOS SUSCETÍVEIS DE REPARAÇÃO NA ESFERA PENAL

Admitindo-se a possibilidade de o magistrado fixar, quando da prolação da sentença penal condenatória, o valor mínimo indenizatório a que alude o artigo 387, inciso IV, do CPP, surge a indagação sobre quais danos poderão ser arbitrados por meio desse instituto.

¹⁶ RANGEL, op. cit., p. 600.

Numa primeira impressão, parece evidente presumir que apenas os danos materiais seriam passíveis de fixação pelo juízo penal, até mesmo diante da dificuldade de aferição do prejuízo moral advindo de um crime e da própria quantificação do valor indenizatório pelo magistrado de competência penal. Não obstante, a doutrina diverge quanto a essa questão, não havendo um entendimento predominante.

Por um lado, autores como Paulo Rangel¹⁷ entendem que ambos os tipos de danos poderão ser fixados, em seu mínimo, pelo juízo penal na sentença condenatória, com a condição de que advenham do crime em questão e sejam aferíveis pelo magistrado no curso do próprio processo criminal, estando ali devidamente demonstrados:

Se houver pedido do ofendido, poderá o juiz condenar tanto pelo dano moral como dano material? Ou somente por um ou outro? Pensamos que a previsão de indenização mínima concedida na sentença penal condenatória poderá ser tanto por danos material e moral, desde que possíveis de ser identificados pelo juiz criminal, no curso do processo e oriundo do mesmo fato crime. E repetimos: desde que haja pedido nesse sentido (pelo dano moral ou material). (...) Nesse caso, o juiz, para condenar no mínimo de dano moral sofrido, terá que ter, no processo, prova dessa agressão à dignidade humana com a consequente dor.

Com efeito, a redação do dispositivo legal não fez qualquer restrição à natureza dos danos passíveis de fixação mínima na sentença penal, referindo-se, genericamente, à “reparação dos danos causados pela infração”, de modo que, ao menos em princípio, seria possível abranger os danos morais, principalmente diante de situações em que esses são verificáveis de plano, por se tratarem de danos *in re ipsa*.

Os danos morais *in re ipsa* são comprováveis pela própria ocorrência do fato em si, não se exigindo uma instrução probatória específica para aferição do prejuízo causado. Assim, a simples verificação do fato danoso – nesse caso, do crime – já é suficiente para se considerar demonstrado o dano moral sofrido. Quanto a tais danos, Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ ensina:

¹⁷ Ibid., p. 601.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 570.



O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade, e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta.

Por outro lado, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer¹⁹ lecionam que apenas os danos materiais podem ter seu valor mínimo fixado pelo magistrado penal, uma vez que os danos morais, por sua natureza, demandariam uma instrução probatória própria:

Parece-nos que a lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria, a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei 11.719/08.

O Superior Tribunal de Justiça²⁰ já decidiu neste sentido, entendendo que para aplicar o artigo 387, inciso IV, do CPP, arbitrando-se o valor mínimo indenizatório na sentença penal, faz-se necessária uma dilação probatória específica, a fim de que seja comprovado e apurado o *quantum* devido, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante, em modificação do seu entendimento, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender ser possível o arbitramento de uma quantia mínima indenizatória de danos morais na própria sentença penal condenatória, visto que o legislador não fez qualquer tipo de restrição no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, devendo ser privilegiada a reparação da vítima pelos prejuízos advindos da prática criminosa.

Nesse sentido, confira-se a ementa do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça²¹, proferido em 09 de agosto de 2016:

¹⁹ PACELLI; FISCHER, op. cit., p. 752.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.483.846/DF. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1483846&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 06 set. 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.585.684/DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Disponível em:



[...] REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o quantum que refere-se ao dano moral. [...]

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²², em julgados atuais, vem rechaçando a possibilidade de fixação do valor mínimo indenizatório quanto aos danos morais, por entender necessário um juízo cognitivo na esfera cível para sua aferição:

ACÓRDÃO. Apelante condenado, em setembro de 2015, por roubo circunstanciado pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal) a 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime semiaberto e a satisfação de 13 dias-multa. (...) Recurso do Ministério Público perseguindo: (4) a reparação do dano. Descabimento. O artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal somente disciplina a indenização do prejuízo patrimonial arcado pela vítima e não do dano moral, cujo arbitramento impõe uma análise mais complexa em processo cognitivo na esfera cível. Ausência de violação à qualquer norma constitucional ou infraconstitucional. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Ainda que se trate, apenas, de um patamar mínimo indenizatório – cuja complementação, se desejada, pode vir a ser pleiteada pela vítima na esfera cível, como autoriza o artigo 63, parágrafo único, do CPP, na chamada ação civil *ex delicto* –, não se pode negar que a possibilidade de um juiz penal fixar uma quantia reparatória a título de danos morais provoca, no mínimo, estranheza.

Há um evidente alargamento da competência penal, até mesmo em consonância com o sistema da solidariedade enunciado por Paulo Rangel²³. Ocorre que o legislador não deixa claro qual foi a sua real intenção ao elaborar o referido dispositivo legal, se pretendia abarcar

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1585684&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação n. 0000033-60.2015.8.19.0001. Relator: José Roberto Lagranha Távora. Quarta Câmara Criminal. Disponível em: <[²³ RANGEL, op. cit., p. 598.](http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=senten%C3%A7a+penal+dano+moral+%22artigo+387%2C+iv%22&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&filter=0&getfields=*&partialfields=%28ctd%3A1%7Cctd%3A2%29&requiredfields=cdo%3A2&exclude_apps=1&ulang=pt-BR&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_q=> +>. Acesso em 06 set. 2016.</p></div><div data-bbox=)



os danos morais ou não. Caberá, assim, aos nossos tribunais conferir-lhe a correta interpretação e extensão, na tarefa de aplicar a legislação ao caso concreto.

CONCLUSÃO

É inegável que a prática de um crime deixa vestígios não apenas na vítima, que sofre diretamente com a conduta criminosa, mas também, muitas vezes, tem repercussão na sociedade como um todo, afetando um bem jurídico de ordem coletiva, ainda que de forma transversa, daí advindo a importância de uma reprimenda que vise não só punir o criminoso, como também amenizar os prejuízos provocados pela sua conduta.

O Código de Processo Penal, com a alteração trazida pela Lei nº 11.719/2008, passou a prever a possibilidade de uma reparação, ao menos mínima, dos prejuízos causados ao ofendido em virtude do crime contra ele praticado. No entanto, o dispositivo legal possui redação por demasiada genérica, não fazendo qualquer menção aos legitimados para pleitear tal arbitramento (ou se este poderá ocorrer de ofício), bem como a quais tipos de danos estariam compreendidos na fixação de um valor indenizatório mínimo pelo juízo penal, o que acabou suscitando muitas controvérsias no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

No que tange à fixação, merece prevalecer o entendimento segundo o qual o juiz poderá fixar o mínimo indenizatório havendo pedido do Ministério Público, do ofendido ou, ainda, *ex officio*, em virtude do caráter mandamental contido no artigo 387, IV, do CPP. Em uma interpretação sistemática, os incisos do artigo 387 preveem comandos legais para atuação do magistrado ao prolatar a sentença, de modo que seria contraditório concluir que apenas o inciso IV trata-se de uma exceção, somente cabível mediante provocação, quando o legislador não fez qualquer tipo de ressalva a esse respeito.

De qualquer forma, é evidente que o magistrado deverá sempre se manifestar quanto a esse ponto e, verificando não possuir elementos suficientes nos autos para arbitrar uma



quantia indenizatória mínima, justificar o motivo pelo qual deixa de fazê-lo, fundamentadamente, em observância ao artigo 93, inciso IX, da CRFB.

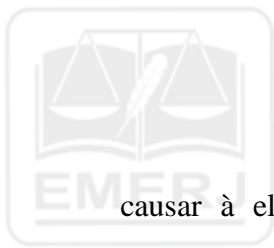
Já no que concerne às consequências da prática delitiva, estas podem ser de ordem material e/ou moral, a depender do delito, das circunstâncias em que este fora praticado e do bem jurídico violado, o que acaba tornando mais difícil a aplicação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Nos crimes contra o patrimônio, chamados de delitos patrimoniais – quais sejam aqueles previstos no Título II do Código Penal, tais como furto, roubo, extorsão, apropriação indébita, dano, estelionato, receptação –, o prejuízo de ordem material é bem mais facilmente aferível no caso concreto, principalmente por meio dos laudos periciais de avaliação dos bens objeto do crime.

Já nos crimes contra a pessoa (Título I do Código Penal), muitas vezes não haverá uma lesão de ordem material/patrimonial, mas tão somente moral, de ordem psicológica, de modo que a percepção do dano causado ao ofendido torna-se muito mais sensível e subjetiva, podendo abrir caminho para uma discricionariedade indesejada e perigosa, principalmente tratando-se de um juízo penal.

Assim, num primeiro momento, a aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP mostra-se muito mais segura e irrefutável nos crimes de ordem patrimonial, em que o juiz criminal poderá arbitrar o valor mínimo indenizatório tendo como base os laudos de avaliação direta ou, se o bem não for apreendido, quando seu valor puder ser aferido por meio de avaliação pericial indireta.

Não obstante, na prática, muitas vezes um delito classificado como patrimonial também irá repercutir na esfera pessoal e psicológica da vítima. Basta pensar, por exemplo, no delito de roubo: a vítima não sofrerá dano apenas quanto ao objeto subtraído pelo agente, mas também pelo abalo moral que a violência e/ou ameaça empreendida pelo criminoso possam



causar à ela. Nesses casos, principalmente, a atividade do juiz em fixar uma quantia indenizatória (ainda que mínima) mostra-se muito mais delicada.

Assim, parece inevitável concluir pela aplicação do artigo 387, inciso IV, do CPP apenas no que tange aos delitos de cunho patrimonial, contrariamente à posição mais recente do Superior Tribunal de Justiça. Eventual reparação complementar, de cunho moral ou até mesmo material – caso o ofendido entenda que a fixação no juízo penal mostrou-se irrisória – deverá ser pleiteada no juízo cível, por meio da chamada ação civil *ex delicto*, conforme prevê o artigo 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 389.234/DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=389234&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1236070/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1236070&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.483.846/DF. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1483846&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 06 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.585.684/DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1585684&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>> . Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 196.857. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+196857%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+196857%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b64t84d>> . Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação nº 0016377-35.2014.8.19.0007. Relatora: Gizelda Leitão Teixeira. Quarta Câmara Criminal. Disponível em: <[http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=valor+m%C3%ADnimo+indenizat%C3%B3rio+senten%C3%A7a+penal+pedido+artigo+387,+iv&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&filter=0&getfields=* &partialfields=\(ctd:1%7Cctd:2\)&requiredfields=co:1.cco:2&exclude_apps=1&ulang=ptBR&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_q=+&ip=187.67.72.57,192.168.6.155,192.168.6.23&access=p&entqr=3&start=20](http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=valor+m%C3%ADnimo+indenizat%C3%B3rio+senten%C3%A7a+penal+pedido+artigo+387,+iv&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&filter=0&getfields=* &partialfields=(ctd:1%7Cctd:2)&requiredfields=co:1.cco:2&exclude_apps=1&ulang=ptBR&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as_q=+&ip=187.67.72.57,192.168.6.155,192.168.6.23&access=p&entqr=3&start=20)>. Acesso em: 24 ago 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação nº 0000033-60.2015.8.19.0001. Relator: José Roberto Lagranha Távora. Quarta Câmara Criminal. Disponível em: <[CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.](http://portaltj.tjrj.jus.br/search?q=senten%C3%A7a+penal+dano+moral+%22artigo+387%2C+iv%22&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&filter=0&getfields=* &partialfields=%28ctd%3A1%7Cctd%3A2%29&requiredfields=cco%3A2&exclude_apps=1&ulang=pt-BR&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_q=+> . Acesso em 06 set. 2016.></p></div><div data-bbox=)

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dizer o Direito - Informativo esquematizado: Informativo 588-STJ*. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/11/info-588-stj.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 2a. tiragem. São Paulo: Atlas, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.



MECANISMOS DE EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS INTERNAÇÕES HOSPITALARES

Thiago Barboza Rollenberg de Almeida

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: o Processo Civil pátrio tem como característica um rito processual com rigor procedimental acentuado. Contudo, tamanha formalidade se mostra como um obstáculo para a adequada prestação jurisdicional, em especial nas ações de obrigação de fazer em que se buscam vagas em unidades de terapia intensiva. Muito embora a lei estabeleça mecanismos para reforçar a coerção da decisão judicial, como astreintes, por vezes tais mecanismos não são suficientes, pois em inúmeros casos, os jurisdicionados vêm a óbito, mesmo diante de decisão judicial favorável, o que sinaliza a necessidade de melhorias.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Efetividade das decisões judiciais.

Sumário - Introdução. 1. A natureza peculiar de urgência da proteção à saúde. 2. A tutela antecipada, medida excepcional. 3. A eficácia dos mecanismos previstos em lei - multa diária, aumento da multa diária e prisão do responsável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a eficácia das decisões judiciais atinentes às internações hospitalares, abordando a relação entre a necessária celeridade típica das internações e excepcionalidade da tutela antecipada, que muito embora se coloque como instrumento processual célere criado pelo legislador, por vezes encontra obstáculos que retiram a eficácia da decisão judicial.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a vida como o bem mais importante a ser tutelado. Notadamente, tal bem está intrinsecamente relacionado com a saúde, cabendo ao Estado garantir a efetiva tutela do bem jurídico maior.

Há aumento das demandas judiciais de natureza hospitalar, onde o jurisdicionado, com iminente risco de morte busca tutela jurisdicional, já que não encontra estrutura hospitalar capaz de atender suas necessidades.

Nesse contexto, atento a demandas que exigem celeridade, como no caso de proteção a vida e a saúde, o legislador criou mecanismos para que o magistrado possa prestar a adequada prestação jurisdicional, sendo eles a liminar e a tutela antecipada.

De uma análise acerca dos supracitados mecanismos, verifica-se que na maioria dos casos, as decisões judiciais proferidas alcançam sua efetividade a tempo de garantir a vida. No entanto, em alguns casos, como nas hipóteses de ausência de leitos hospitalares, existem casos em que a decisão jurisdicional encontra resistência, já que os responsáveis não cumprem a tempo, acarretando óbito dos jurisdicionados.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando à natureza peculiar da proteção a saúde e vida, que tem como característica a extrema urgência.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o processo civil pátrio estabelece algumas espécies de procedimentos, uns com características de intensa instrumentalidade, para causas mais complexas, onde se mitiga a celeridade em favor da segurança na busca da verdade em outros, o legislador deu maior ênfase a celeridade, restando mitigada a instrumentalidade processual, e por fim, para as causas de menor complexidade, prestigiou-se a celeridade. Mas em todos os procedimentos, verifica-se que a tutela antecipada é medida excepcional.

O terceiro capítulo destina-se a analisar a eficácia dos instrumentos que o magistrado detém para compelir, em sede de antecipação de tutela, o imediato cumprimento da decisão proferida, quais sejam a multa diária, aumento do valor da multa diária anteriormente estabelecida e decretação de prisão do responsável.

Dessa forma o rigor processual deve ser mitigado, com vistas a garantir a eficácia da decisão judicial nas demandas de urgências de saúde, sendo necessárias melhorias do aparelhamento de coerção das decisões judiciais, aperfeiçoando os instrumentos que o legislador criou, já que algumas vezes, mesmo havendo decisão judicial favorável, existem



casos que o Jurisdicionado vem a óbito, demonstrando fragilidade da eficácia das decisões judiciais.

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.A NATUREZA PECULIAR DE URGÊNCIA DA PROTEÇÃO À SAÚDE

A vida é o bem jurídico de maior relevância. Em virtude de tamanha importância o legislador constituinte estabeleceu proteção expressa no texto constitucional, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no artigo 5º *caput* da CRFB/88¹, que estabelece a inviolabilidade do direito à vida.

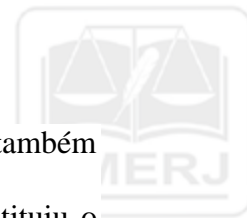
O direito à saúde está previsto no rol dos direitos sociais, no artigo 6º, Capítulo II do Título II da atual CRFB/88². Os direitos sociais são direitos prestacionais destinados aos socialmente menos favorecidos, ou hipossuficientes, e se efetivam por meio de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado e tem como finalidade proporcionar condições de vida digna e garantir que certas situações agregadas ao patrimônio humano sejam preservadas, como é o caso do direito à saúde.

Para a efetiva tutela da vida, se faz necessária que tal proteção alcance a saúde, pois são intrinsecamente relacionadas. Por essa razão, estabelece o artigo 196 *caput* da CRFB/88³ que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.



Além da expressa proteção emanada da Constituição Federal, há também normatização infraconstitucional, com destaque para a Lei 8.080 de 1990⁴, que instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Em que pese o legislador constituinte tenha criado normas com o fito de garantir tutela da vida e saúde, resta claro que apenas normas, situadas no mundo abstrato, não seriam suficientes para alcançar o fim que se destina, por essa razão, o legislador infraconstitucional com o fito de possibilitar a efetividade da proteção, buscou instrumentalizar e criar mecanismos capazes de concretizar tal fim.

Por determinação Constitucional compete ao Estado garantir a efetiva proteção à saúde. Muito embora, em tese, exista a necessária estrutura para a efetiva garantia da saúde, o Estado não consegue concretizar plenamente a efetiva prestação à saúde.

Como resultado, há considerável aumento de demandas dessa natureza no Poder Judiciário, na medida em que a realidade financeira da população Brasileira não permite o acesso à saúde através da rede privada. Geralmente são ações de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela para transferência para hospital com a especialidade necessária na rede municipal, e em casos extremos, em virtude de ausência de leito, que o poder público seja compelido a custear o tratamento na rede privada.

A tutela jurisdicional atinente à saúde exige tratamento diferenciado, em respeito as suas características peculiares, com destaque para o caráter de urgência. Daí a prestação jurisdicional não pode se afastar da máxima celeridade, pois se trata de uma espécie de ação judicial onde o jurisdicionado não pode aguardar até o trânsito em julgado, para então receber a proteção judicial, pois, em alguns casos, corre risco de morte. Nesse contexto, toda a

⁴ BRASIL. Lei 8.080 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.



instrumentalidade típica do processo civil pátrio se mostra como um fator desfavorável a esse Jurisdicionado.

Na busca da celeridade, o magistrado utiliza-se de instrumentos legais criados pelo legislador, justamente para esse tipo de situação, qual seja a antecipação dos efeitos da tutela, previsto no artigo 273 caput, incisos I e II e § 1º ao 7º do CPC/1973⁵, que permite que o julgador antecipe os efeitos da tutela, se presentes a fumaça do bom direito, perigo da demora e reversibilidade da medida, se necessário for.

Alinhado aos mecanismos criados pelo legislador constituinte, fora criada, pelo legislador infraconstitucional, um processo capaz de propiciar ao Poder Judiciário o atendimento aos jurisdicionados e garantia da efetividade das decisões judiciais de caráter urgentes, além dos plantões judiciários, que comportam estruturas necessárias para prestação jurisdicional fora do horário de funcionamento do Poder Judiciário, além de atendimento aos finais de semana e feriados. No plantão Judiciário existe um magistrado, um membro do MP e da Defensoria Pública, além de uma serventia com oficiais de justiça e espaço físico adequado para o atendimento dos jurisdicionados.

Muito embora exista estrutura no Poder Judiciário, voltada a atender as demandas atinentes à saúde, com instrumentos capazes de agilizar a prestação Jurisdicional, verifica-se em alguns casos, que apesar de já haver decisão judicial favorável, a efetividade que se propõe não é alcançada, seja por ausência de celeridade, ou por resistência da autoridade que deveria cumpri-la.

O cerne da questão reside no fato de que é crescente número de óbitos de jurisdicionados, mesmo diante de decisões judiciais favoráveis, refletindo uma necessidade de aprimoramento dos mecanismos existentes, tendo em vista que a prestação jurisdicional atinente à saúde não tem sido tratada de acordo com sua natureza peculiar de extrema

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out 2016.

urgência, ou seja, ainda que o magistrado faça uso de todos os mecanismos previstos em lei, como a aplicação de astreintes, que aumento do valor de astreintes, e em último caso a responsabilização pessoal, por vezes a eficácia da prestação jurisdicional não é alcançada.

Nesse contexto, forçoso é a discussão acerca do tema em questão, com vistas a promover o aprimoramento dos instrumentos previstos em lei, tendo em vista que a estrutura ainda se mostra falha. Ademais, trata-se do bem jurídico mais importante, qual seja o direito à vida. Nesse viés o debate acadêmico é de grande relevo na análise da questão.

De fato existe uma verdadeira avalanche de ações que os entes públicos têm sido obrigados a custear o financiamento de tratamentos de saúde, aquisição de aparelhos e medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, refletindo no âmbito financeiro do respectivo ente.

Certamente, tais fatos são verdadeiros indicativos de que a natureza de urgência, peculiar da proteção à saúde e vida, não está recebendo o tratamento adequado, razão pela qual se faz necessária atenção e aprimoramento dos mecanismos legais, sendo forçoso o enfrentamento da questão, em respeito ao bem jurídico de maior relevo, que é a vida.

O desafio é enfrentar essa realidade com um olhar finalístico de toda a sistemática procedimental, pois o resultado final do processo, que é a proteção ao bem jurídico, por vezes não se concretiza, face a uma resistência daquele para o qual a determinação judicial foi direcionada.

2. TUTELA ANTECIPADA. MEDIDA EXCEPCIONAL

Com o fito de alcançar a correta aplicação do direito ao caso concreto, o processo se submete a regras processuais criadas com o intuito de dar efetividade à tutela jurisdicional,



concretizando a garantia constitucional de acesso a justiça. O intuito principal é alcançar a verdade dos fatos, para a justa aplicação da lei.

No Processo Civil brasileiro, o trâmite processual compreende uma sequência lógica de atos processuais específicos e lógicos necessários para fornecer ao estado juiz, elementos probatórios capazes de se aproximar ao máximo a verdade dos fatos, possibilitando a correta aplicação da lei ao caso concreto.

Em regra, somente após o término do processo o Estado Juiz, através do Poder Judiciário, estará apto a promover a correta prestação jurisdicional, na medida em que precedeu a um processo, composto por uma sequência de atos processuais, que após a produção de provas suficientes pelas partes, possibilitam uma decisão adequada, na forma da lei.

Assim, muito embora a Constituição Federal de 1988 assegure ao jurisdicionado razoável duração do processo, a realidade se mostra diferente, tendo em vista que os processos chegam a demorar décadas para uma solução.

Em regra a prestação jurisdicional encontra como desafio a supramencionada morosidade do Poder Judiciário, resultante da necessidade de ampla produção probatória e prazos processuais, em atenção aos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório.

O legislador, quando da criação das leis processuais que regem o processo civil e demais leis especiais, além de prever uma proteção ao jurisdicionado de um modo geral, criou mecanismos processuais capazes de tutelar o direito daquele jurisdicionado que se encontra em risco de vida e que não pode aguardar o regular prosseguimento do trâmite processual.

Com vistas a tutelar as situações de urgência, o legislador criou a antecipação dos efeitos da tutela, bem como a possibilidade de liminar, a depender da ação manejada. Nesse



contexto, tais institutos se mostram de grande importância, tendo em vista que a demora na prestação jurisdicional, pode acarretar o óbito do necessitado.

A tutela antecipada é medida excepcional, em que o magistrado profere decisão, que já passa a gerar efeitos em concreto, antes do término do regular trâmite processual e trânsito e julgado.

Segundo Marinoni⁶, acerca do tratamento diferenciado da técnica antecipatória:

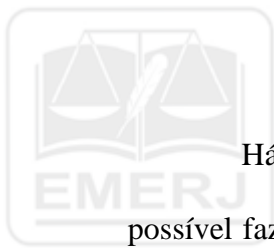
a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo [...].

Em regra, o supramencionado mecanismo processual é manejado para as ações que envolvem risco de vida, aquelas que têm como pedido internações, disponibilização de vagas em UTI's, ou seja, aquelas que buscam proteção à vida, que é o maior bem jurídico tutelado no ordenamento jurídico pátrio.

Normalmente se utiliza o mecanismo processual supracitado em ações que versam sobre negativa de planos de saúde na autorização de cirurgias e atendimentos emergenciais, para clientes. Existem ainda ações ajuizadas em face dos entes públicos, em especial do Estado e Município, com vistas a garantia de vagas em hospitais públicos para atendimentos emergenciais, vagas em UTI's.

Nesse contexto, tais ações ganham novos contornos e adaptações, como nos casos em que os jurisdicionados pleiteiam junto ao Poder Judiciário, que os hospitais públicos sejam compelidos a disponibilizarem vagas para internação, de maneira imediata, sob pena de multa diária.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.



Há ainda casos em que se busca a internação junto à rede pública, e, não sendo possível fazê-la de imediato, que o Estado ou Município, ou ambos, custeiem conjuntamente o tratamento necessário junto à rede privada.

Em regra o magistrado faz uso da multa diária, com vistas a garantir a efetividade da decisão Judicial, até porque, havendo descumprimento e aplicação da multa, tais valores serão retirados dos cofres públicos, ou seja, em última *ratio*, o próprio cidadão que vai acabar suportando tal ônus, pois é ele que paga os impostos para a manutenção do Estado.

Como regra geral, o magistrado atento a máxima urgência, oriunda do risco de vida, faz uso de todos os mecanismos criados pelo legislador, como aplicação de multa diária em caso de descumprimento, majoração do valor da multa, determinação de imediato cumprimento sob pena de prisão dos responsáveis, aplicação de multa a ser custeada pessoalmente pelo responsável pelo setor, ou ainda, que seja imediatamente cumprida, sob pena de incorrer no tipo penal previsto no art. 330 do C.P⁷, qual seja, descumprimento de ordem judicial.

Nesse contexto, a *mens legis* do legislador foi dotar o aplicador da lei de mecanismos céleres, capazes de atender demandas dessa natureza, com o objetivo principal a preservação da vida, que naquele momento se encontra em risco.

Dessa forma, preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 273 caput do CPC/73⁸, quais sejam, *fumus boni juris*, *periculum in mora* e reversibilidade da medida adotada o magistrado está autorizado a antecipar os efeitos da tutela.

Portanto, conclui-se que a antecipação dos efeitos da tutela, é medida excepcional que se mostra essencial para o ordenamento jurídico pátrio, em especial para ações que versem sobre a proteção à vida, já que não há como exigir que o jurisdicionado aguarde o

⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁸ BRASIL. Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.



término do regular trâmite processual, que é demasiadamente lento, para a proteção ao bem de maior relevância qual seja, a vida humana.

3. A EFICÁCIA DOS MECANISMOS PREVISTOS EM LEI - MULTA DIÁRIA, AUMENTO DA MULTA DIÁRIA, PENHORA E PRISÃO DO RESPONSÁVEL

O legislador pátrio ao pensar no processo como meio hábil a concretizar a prestação jurisdicional, necessitou de uma análise sob vários prismas. Inicialmente, teve que pensar em mecanismos capazes de maximizar as chances de alcançar a verdade dos fatos, de modo que fosse possível a justa aplicação da lei.

A correta aplicação da lei ao caso concreto se contrasta com a necessidade da celeridade, que é uma determinação constitucional.

Foi necessária uma atenção acerca da natureza peculiar das ações e ritos procedimentais, de modo a alcançar as possíveis demandas enfrentadas pelo estado juiz, independentemente da peculiaridade do caso.

Portanto, se viu obrigado a equacionar diversos fatores e elementos, com vistas a criar um processo seguro, rápido e eficiente.

No tocante à concretização da prestação jurisdicional adequada, monopólio estatal, foi necessário ainda a criação de mecanismos capazes de antecipar efeitos da tutela, tendo em vista as inúmeras demandas em que o jurisdicionado busca uma imediata atuação do Poder Judiciário, com vistas a proteção à sua vida, bem maior tutelado, pois de um jurisdicionado que encontra-se em risco de vida, não se pode exigir que aguarde o regular término do rito procedimental e trânsito em julgado para ter seu direito tutelado.



Na ação de obrigação de fazer, previsto no art. 461 do CPC/73⁹, em que se objetive proteção imediata à saúde, envolvendo risco de vida, o magistrado, após verificar a presença dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, uma vez convencido de que o jurisdicionado não tem condições de aguardar o regular prosseguimento do processo, determinará a providência a ser adotado pela parte adversa.

Considerável parte das ações envolve negativa de cobertura de plano de saúde. Muito embora o jurisdicionado seja cliente, é comum encontrar resistência dos planos de saúde, em especial nos casos mais delicados, como cirurgias cardíacas. Busca-se então, através do processo que o Poder Judiciário determine que o plano de saúde forneça determinado produto, como no caso de *stents*, peça necessária para garantir a circulação sanguínea do coração, ou que proceda com a cirurgia necessária para o caso.

Em regra, quando a parte adversa é um plano de saúde, verifica-se o acatamento da decisão judicial, que ordinariamente já estabelece um valor de multa diária, garantido assim fornecimento célere do medicamento ou serviço necessário.

Para os casos em que existe resistência e a decisão não é cumprida, após a ciência do magistrado, a depender do caso concreto, há possibilidade de agravamento do aumento do valor de multa diária. Contudo, apenas agravar o valor da multa pode não ser suficiente para garantir a eficácia da decisão judicial, pois se busca salvar a vida do jurisdicionado em situação de risco. Para esses casos, deve o magistrado a fazer uso de todos os meios criados pelo legislador com vistas a garantir o cumprimento da decisão judicial.

Amaral¹⁰, afirma que “Com efeito, o caráter coercitivo das astreintes é incontroverso, estando presente em todos os conceitos oferecidos pela doutrina, desde o surgimento da medida [...].

⁹ BRASIL. Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 61.



Havendo insistência em não fornecer determinado produto ou serviço, ou seja, a multa diária estabelecida e posteriormente majorada se mostrar insuficiente para garantir a efetividade da decisão judicial, em último caso, poderá o responsável ser responsabilizado pessoalmente na esfera criminal, pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP¹¹.

Na rede pública, se verifica uma situação ainda mais delicada face a falência da saúde pública. Diariamente se noticiam casos em que os cidadãos que não tem condições financeiras de custear plano de saúde ficam reféns de vagas na rede pública.

Conforme se extrai do art.196 da CRFB/88¹², a saúde é direito de todos e dever do Estado. Sob esse fundamento, é comum o ajuizamento de ações de obrigação de fazer, geralmente em face do município e/ou Estado, para que a ação tramite na Justiça Estadual.

Em alguns casos, busca-se junto ao Poder Judiciário que o Estado, *lato senso*, seja compelido a disponibilizar uma vaga para internação, em outros casos almeja-se o fornecimento de determinado produto, prótese, ou até mesmo medicamento.

Para os casos de urgência, o magistrado em sede de antecipação dos efeitos da tutela, determina que o Estado forneça uma vaga em UTI, sob pena de pagamento de multa diária. No entanto, diante da crise na saúde, da faltam vagas, médicos e estrutura adequada, por vezes a decisão judicial não garante sua efetividade.

Não sendo cumprida a decisão judicial, compete ao magistrado aumentar o valor da multa diária anteriormente arbitrada, com vistas a garantir que sua decisão seja acatada. Contudo, há casos que ainda assim não se mostra suficiente, pois o que se busca é a preservação da vida de um cidadão, e não dinheiro.

Ademais, verifica-se que o custeio de multa diária, em última *ratio*, será custeada pelo próprio cidadão, inclusive o próprio autor da ação que busca uma vaga na rede pública.

¹¹ BRASIL. Decreto-lei n.º 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.



É possível que para os casos em que o Estado crie resistência para cumprir a decisão judicial, a depender do caso, a penhora das contas públicas.

No entanto, como dito, penhorar valores não será suficiente para garantir o fim do processo, qual seja garantir a sobrevivência do cidadão que se encontra em risco de vida.

Para os casos em que o Estado simplesmente alega inexistência de vagas em UTI, diante da máxima urgência, face ao risco de vida, que o magistrado determina que o paciente seja transferido para um hospital adequado na rede privada, estabelecendo que as despesas sejam integralmente suportadas pelo Estado.

Trata-se de um caminho peculiar encontrado por alguns magistrados, empenhados em salvar vidas daquele jurisdicionado necessitado.

Existem casos peculiares em que diante da insistência no descumprimento de determinação judicial, o magistrado determina que sua ordem seja cumprida, sob pena de multa diária a ser suportada pelo próprio responsável.

Para os casos mais extremos, com vistas a garantir o tratamento necessário e também visando evitar a impunidade, o magistrado poderá decretar a prisão do responsável, face a desobediência a ordem legal, conforme previsão do art. 330 do C.P.¹³.

Masson¹⁴, afirma que “é ordem legal emanada do funcionário público, ou seja, a determinação dirigida a alguém para fazer ou deixar de fazer algo, e não um mero pedido ou solicitação [...]”.

Nesse contexto, verifica-se que o legislador teve a plausível cautela de prever mecanismos legais coercitivos, dotando o magistrado de instrumentos que possibilitem maximizar a eficácia da ordem emanada.

¹³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

¹⁴ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. Parte especial. 5.ed. São Paulo: Gen, 2015, p. 744.

CONCLUSÃO

O processo enquanto veículo necessário para concretização da prestação jurisdicional deve atingir o fim que a se propõe, qual seja: aplicação da lei ao caso concreto, com a celeridade exigível em virtude da natureza peculiar da proteção à saúde e à vida.

O rito processual é composto por uma sequência lógica de atos dos magistrados, serventuários e das partes adversas, visando ao fornecimento de elementos necessários à convicção do julgador possibilitando a adequada prestação jurisdicional.

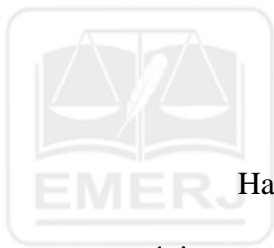
Ordinariamente, a prestação jurisdicional é lenta. Atento a isso o legislador criou o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, previsto no art. 273 inciso I do CPC/73, em que os efeitos da tutela jurisdicional são antecipados, mitigando o rigor procedimental.

Com o fito de assegurar a efetividade das decisões judiciais, o legislador criou mecanismos coercitivos, possibilitando que o magistrado tenha ferramentas capazes de garantir o cumprimento de suas decisões, como a astreintes.

Em regra, tratando-se de uma concessão de antecipação dos efeitos da tutela nas internações hospitalares, o magistrado, faz uso da astreintes, que é a multa diária manejada como meio coercitivo para garantir a efetividade da decisão judicial.

O valor da multa diária é estabelecido pelo próprio magistrado, que atento às peculiaridades e gravidade da situação da saúde do jurisdicionado estabelecerá seu valor inicial.

Muito embora na maioria dos casos a multa diária se mostre suficiente para garantir a efetividade da decisão, existem casos de resistência ou inércia daquele que deveria cumprir a determinação judicial fora dirigida, justificando o aumento do valor estabelecido.



Havendo insistência no descumprimento da decisão judicial, para os casos de máxima urgência, onde o jurisdicionado corre risco de vida, é possível a decretação de prisão pelo crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

De uma análise da sistemática criada pelo legislador, observando os mecanismos previstos em lei, verifica-se que existem casos em que mesmo existindo decisão judicial favorável, a proteção jurisdicional não é concretizada, acarretando o óbito do jurisdicionado.

Assim, verifica-se a necessidade do aprimoramento dos mecanismos e criação de novos meios coercitivos, prestigiando a celeridade e mitigando o rigor procedimental, tendo em vista a natureza peculiar da proteção à saúde e vida.

Portanto, conclui-se pela necessidade de aprimoramento dos mecanismos de coerção da decisão judicial, face os inúmeros casos de óbitos de jurisdicionados que buscavam vagas em Unidades de tratamento intensivo, mesmo diante de decisão liminar favorável.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

BRASIL. Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____.Decreto-lei n.º 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____.Lei 8.080 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. Parte especial. 5. ed. São Paulo: Gen, 2015.



A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL AOS CASOS DE SUICÍDIO OCORRENTES NOS DOIS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA E A NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA.

Vanessa Azevedo Bento

Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: analisa-se a discussão sobre a cobertura securitária do suicídio nos dois primeiros anos de contrato de seguro de vida. Para melhor compreensão do assunto, primeiramente o trabalho abordará os elementos do contrato de seguro de vida e analisará o impacto do pagamento de indenização não coberta pelo risco. Depois, será abordada a controvérsia sobre o tema, que se deve à mudança de tratamento do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002. Neste momento serão apresentados o critério subjetivo da premeditação e o critério objetivo temporal que o substituiu com a entrada em vigor do novo diploma legal. Será demonstrado que a jurisprudência durante anos continuou aplicando o entendimento com base na disposição do código revogado, mas que atualmente já se observa uma tendência pela aplicação do dispositivo legal vigente e, conseqüentemente, a pela negativa de pagamento da indenização por morte por suicídio do segurado no prazo de carência legal.

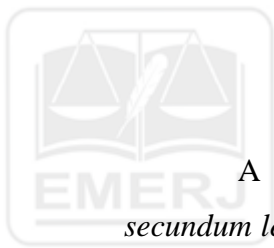
Palavras-chave: Direito Civil. Contratos. Seguro de vida. Suicídio.

Sumário: Introdução. 1. Os elementos do contrato de seguro de vida e o impacto do pagamento de indenização não coberta pelo risco. 2. A alteração legislativa sobre o tema do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 e a manutenção da jurisprudência das Cortes Superiores baseada na figura da premeditação. 3. A nova tendência jurisprudencial pela aplicação da norma vigente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende demonstrar a necessidade de aplicação do artigo 798 do Código Civil aos casos de suicídio ocorrentes nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida e a conseqüente negativa de cobertura securitária.

O Código Civil de 1916, em seu *caput* e parágrafo único, previam a cobertura securitária do suicídio no contrato de seguro de vida, excepcionando tão somente a hipótese de comprovação de premeditação pela seguradora. A premeditação ocorre quando há a contratação de um seguro com o fim de favorecer o beneficiário que receberá indenização pela morte do segurado.



A jurisprudência pátria, com base em tal disposição, aplicava entendimento *secundum legem* e, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado 105 de sua Súmula enquanto o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 61 de sua Súmula.

Ocorre que o Código Civil de 2002 veio a alterar tal panorama, incluindo no seu artigo 798 um critério objetivo, por meio do qual foi estabelecido um marco temporal inicial para a cobertura do suicídio: após os dois primeiros anos de vigência do contrato.

Não obstante tal alteração substancial no tratamento legal da matéria, as Cortes Superiores mantiveram o seu entendimento pela cobertura securitária do suicídio, independentemente do tempo de vigência do contrato de seguro, exceto na hipótese de comprovação da premeditação, na qual não haveria cobertura.

No entanto, recentemente, verifica-se uma tendência de mudança jurisprudencial no sentido de, finalmente, se aplicar a disposição do artigo 798 do Código Civil de 2002 e o seu critério objetivo temporal.

A discussão quanto ao tema se faz importante porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias divergem sobre a existência de cobertura securitária para o suicídio na vigência dos dois primeiros anos do contrato de seguro de vida.

A indefinição quanto à aplicação da lei, em especial do artigo 798 do Código Civil, gera impactos sociais e econômicos, envolvendo tanto aspectos técnico-financeiros das relações securitárias, como sociais do ato suicida.

Para melhor compreensão do tema, objetiva-se analisar a evolução legislativa e jurisprudencial sobre o tema para concluir pela necessidade de aplicação objetiva do artigo 798 do Código Civil - que prevê o não pagamento de indenização securitária por suicídio nos primeiros dois anos de contrato - diante das especificidades técnicas, jurídicas, econômicas e sociais envolvidas na relação oriunda do contrato de seguro de vida. Pretende-se também discutir as eventuais consequências da não aplicação da carência legal, seja sob a ótica social, seja sob a ótica econômica, face aos efeitos que o pagamento dentro deste prazo pode causar nas pessoas e nas sociedades seguradoras.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho discutindo até que ponto a imposição de pagamento da indenização pela seguradora por um risco sem previsão legal pode trazer impactos negativos à própria natureza do contrato de seguro de vida, diante dos seus fundamentos, peculiaridades e características. Assim, buscam-se examinar a natureza, os fundamentos, peculiaridades e características do contrato de seguro com vistas a compreender os limites do risco e da cobertura assumida pela seguradora com impacto no suicídio do segurado.



No segundo capítulo será abordada a possibilidade ou não de aplicação da figura da premeditação como critério para a cobertura do suicídio sob a égide do Código Civil de 2002. Para tanto, será analisada a alteração legislativa do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 e demonstrado que, apesar da mudança substancial no trato da matéria, com a inclusão de critério objetivo temporal para a cobertura do suicídio no seguro de vida, a jurisprudência das Cortes Superiores se manteve baseada na questão da premeditação.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será defendido qual seria o entendimento mais adequado a ser aplicado pelos Tribunais quanto ao tema do suicídio nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, defendendo-se a necessidade de mudança jurisprudencial quanto ao tema para garantir a observância da norma em vigor e do equilíbrio e da natureza do contrato de seguro.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa, tendo como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

1. OS ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA E O IMPACTO DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NÃO COBERTA PELO RISCO

Os ilustres juristas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹ conceituam o contrato de seguro como o “negócio jurídico por meio do qual mediante o pagamento de um prêmio, o segurado, visando a tutelar interesse legítimo, assegura o direito de ser indenizado pelo segurador em caso de consumação de riscos predeterminados”.

Já o conceito legal do contrato de seguro se encontra no artigo 757 do Código Civil, que preceitua que “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”.

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. V. 4: tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 455.



Como se pode observar, tanto do conceito legal quanto do conceito doutrinário, o risco é o elemento principal do contrato de seguro, uma vez que o seu objetivo é justamente transferir o risco de uma pessoa, o segurado, para outra, a seguradora.

Logo, o risco é pressuposto do contrato de seguro e está relacionado ao segurado, afetando sua pessoa ou seus bens², de modo que na hipótese de danos a um desses bens jurídicos – o que se chama sinistro na linguagem técnica - fica o segurador obrigado a indenizar na forma pactuada no contrato, levando-se em consideração o bem tutelado e o prêmio pago, que é a contraprestação paga pelo segurado.

O contrato de seguro pode ser dividido em duas espécies: seguro de dano e seguro de pessoas. Por sua vez, o seguro de pessoas possui como subespécies o seguro de acidentes pessoais e o seguro de vida.

Como o próprio nome revela, “o seguro de vida é a espécie de seguro na qual o objeto segurado é a vida da pessoa e o capital segurado é destinado a um terceiro, denominado beneficiário, o qual é a pessoa física ou jurídica livremente indicada pelo segurado para receber os valores, na hipótese de ocorrência do sinistro”³.

Neste caso, o risco, principal elemento do contrato de seguro, está na morte do segurado. O valor do prêmio, quantia paga pelo segurado à seguradora para transferir a ela o risco previsto no contrato, é fixado com base em cálculos atuariais, que se fundam na probabilidade da ocorrência do sinistro.

De acordo com Gagliano e Pamplona⁴, “nessa modalidade contratual especial, as partes são chamadas de estipulante – aquele que estabelece a obrigação – e promitente ou devedor – aquele que se compromete a realizá-la. Já o terceiro ou beneficiário é o destinatário final da obrigação pactuada”.

²ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 114.

³FUNENSEG. DIRETORIA DE ENSINO E PRODUTOS. *Seguro de pessoas*. Assessoria técnica de Marcos Antonio Simões Peres. 5. ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2010, p. 13.

⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. V. 4: tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 531.



Em síntese, pelo contrato de seguro de vida, o segurado transfere o risco de sua morte à seguradora, que, em caso de sinistro, deverá pagar a indenização em favor de um terceiro, o beneficiário.

O suicídio além de ser um fenômeno social e psicológico, também é um fenômeno jurídico, uma vez que o ato do suicida acarreta o fim de sua própria vida, fazendo surgir os efeitos de sua morte, sendo, portanto, importante o seu estudo sob a ótica jurídica.

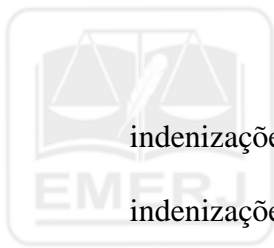
Sendo o suicídio uma das causas possíveis de morte, a sua ocorrência está, a princípio, coberta pelo seguro de vida propriamente dito, gerando o pagamento do capital segurado ao beneficiário indicado.

Contudo, diante da sua peculiaridade, por ser um ato causado pela própria vítima, o suicídio sempre recebeu atenção especial do legislador, ao contrário de outras causas de morte que também podem ser objeto de cobertura pelos contratos de seguro de vida.

O tratamento jurídico do suicídio como evento ensejador de cobertura securitária será tratado nos capítulos seguintes, mas se deve esclarecer desde logo que o pagamento de indenização pela seguradora ao segurado por qualquer risco não coberto gera impactos negativos ao contrato de seguro de vida.

Na contratação do seguro de vida, para analisar o risco envolvido em cada contrato, a seguradora se utiliza de cálculos atuariais que levam em consideração todas as questões que envolvem a mortalidade, como idade, saúde, risco de acidente, entre outros fatores. O pagamento de indenização por um risco não coberto e não considerado no cálculo atuarial aumenta consideravelmente a sinistralidade sem que haja previsão por parte da seguradora, o que inviabiliza a sua atividade econômica por gerar desequilíbrio contratual.

Ademais, tal situação afeta também o mutualismo, alicerce do contrato de seguro. A ideia de mutualismo decorre do fato de que a seguradora é apenas uma intermediária cuja atuação se restringe ao recolhimento dos prêmios pagos pelos segurados e ao pagamento das



indenizações pelos sinistros ocorridos com esse dinheiro. Assim sendo, quem paga as indenizações devidas são os próprios segurados. Diante da necessidade de arcar com indenizações não consideradas para fixar o valor do prêmio a ser pago por cada segurado, todo o sistema é afetado já que a seguradora passará a não ter o montante suficiente para pagar todas as indenizações e ter o seu lucro.

Portanto, o pagamento de indenização por risco não coberto no contrato é extremamente prejudicial à sistemática de qualquer contrato de seguro, mormente à do seguro de vida, além de ir contra a sua própria natureza e fundamentos.

2. A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O TEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 PARA O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES BASEADA NA FIGURA DA PREMEDITAÇÃO

O revogado Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/16)⁵, em seu artigo 1.440, ao tratar da cobertura do seguro de vida, dispunha que:

Art. 1.440. A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes.

Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo.

Percebe-se que no supramencionado dispositivo o legislador previu a possibilidade de segurar a vida contra a “morte involuntária”, de modo que, em uma interpretação a *contrario sensu*, estabeleceu também a vedação da cobertura securitária do suicídio premeditado, pois este traduz uma morte voluntária.

Assim sendo, sob a égide do Código Civil de 1996 somente o suicídio não premeditado era risco que comportava cobertura contratual, excluindo-se o suicídio premeditado, no qual o segurado busca voluntariamente o evento sinistro. Essa regra valia

⁵ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

para qualquer momento de vigência do contrato, haja vista que o legislador não estabeleceu critério temporal para a aplicação do disposto no citado artigo 1.440.

Ensina Delgado⁶ que a ausência de cobertura do suicídio premeditado se deve ao fato de que nele o segurado se dirige voluntariamente à ocorrência do sinistro, deixando de existir a ideia de risco, já que o segurado se dirige diretamente para a consumação do sinistro.

Ressalte-se que o ônus da prova da premeditação cabia à seguradora. Sem tal comprovação não era possível negar a cobertura do suicídio. Ocorre que tal comprovação constituía um ônus excessivo, já que as seguradoras tinham extrema dificuldade em comprovar a premeditação do segurado, o que gerava comumente a derrota em caso de litígio.

Em relação à jurisprudência, as Cortes Superiores fixaram seu entendimento no mesmo sentido da disposição legal sobre o tema. Assim, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado 105⁷ da sua Súmula, segundo o qual “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.”. Já o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Enunciado 61⁸ da sua Súmula, entendia que “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.”.

No entanto, o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02)⁹ alterou significativamente o trato da questão da cobertura do suicídio nos contratos de seguro de vida, passando a dispor, no seu artigo 798, que:

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

⁶ DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 786.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 105. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 61. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=511>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁹ BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.



Como se verifica da leitura do dispositivo, o legislador, no novo diploma legal, estabeleceu um critério objetivo para a cobertura do suicídio nos contratos de seguro de vida. Após dois anos de vigência do contrato ou da sua recondução depois de suspenso passa a haver a cobertura do suicídio. Por outro lado, antes disso o beneficiário não possui direito ao recebimento da indenização por morte do segurado oriunda de suicídio.

Portanto, o legislador de 2002 deixou para trás os critérios subjetivos utilizados em 1916 (premeditação e voluntariedade). Em vez disso, fez uso de um critério objetivo temporal para a cobertura do suicídio, passando a ser indiferente a premeditação ou não do suicídio.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹⁰:

a lei agora, como se observa, estabelece um limite temporal, como condição para pagamento do capital segurado. A rigor é irrelevante tenha sido, ou não, o suicídio premeditado, pois a única restrição trazida pelo novo diploma é ter o suicídio ocorrido nos “primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou de sua recondução depois de suspenso”.

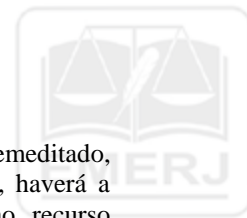
Apesar da substancial mudança legislativa sobre a cobertura do suicídio, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não se vislumbrou uma alteração na jurisprudência das Cortes Superiores a fim de se adequarem à nova disposição legal. Assim, STF e STJ continuaram a decidir com base no entendimento fixado sob a égide do Código Civil de 1916 e nos enunciados de súmula outrora editados, que levavam em consideração o critério da premeditação do suicídio, independentemente do momento de vigência do contrato de seguro de vida.

A título de ilustração, por todos, colaciona-se a seguir ementa de decisão do STJ¹¹ prolatada bem depois do ano de 2002, mais especificamente no ano de 2011, nesse sentido:

CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE BOA FÉ DO SEGURADO. PROVA DA PREMEDITAÇÃO. NECESSIDADE. - As regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual. -

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 3: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 528.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.203.943/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19228032&num_registro=201001319720&data=20111214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 ago. 2016.



Ultrapassado o prazo de 02 anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá a necessidade de prova, pela seguradora, da premeditação. - Agravo no recurso especial não provido.

Assim sendo, verifica-se que apesar de a legislação vigente ter alterado o critério para a cobertura do suicídio no contrato de seguro de vida em relação à legislação revogada, passando a se valer de um critério objetivo, os Tribunais Superiores não acompanharam tal mudança e continuaram a decidir da mesma forma mesmo depois de anos.

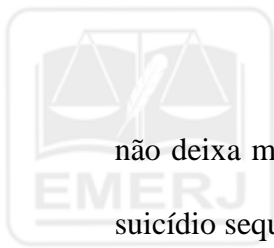
3. A NOVA TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL PELA APLICAÇÃO DA NORMA VIGENTE

Conforme constatado, o Código Civil de 2002 estabeleceu um critério objetivo para a cobertura do suicídio no contrato de seguro de vida. Nesse sentido, José Augusto Delgado¹² afirma que “o Código Civil de 2002 tem por objetivo, com a redação que impôs ao art. 798 e seu parágrafo único, acabar com as diversidades de entendimento sobre o assunto, facilitando a instalação de estabilidade sobre como o suicídio, no contrato de seguro, deva ser examinado”.

Apesar disso, tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, surgiram interpretações que relativizam a literalidade do dispositivo para aplicar um entendimento mais amplo do que a redação positivada. Tais interpretações, em última análise, acabam por significar uma não aplicação da norma, uma vez que o critério temporal, elemento central do dispositivo, é ignorado.

O objetivo da nova regra do Código Civil foi trazer segurança jurídica ao tratamento da matéria, já que a disposição do diploma revogado, por ser subjetiva, dava azo a controvérsias, enquanto o uso do critério temporal, objetivo, no artigo 798 do novo diploma,

¹² DELGADO, op. cit., p. 815.



não deixa margem para a relativização da sua interpretação. O requisito da premeditação do suicídio sequer é mencionado, de modo que não há que se falar na sua aplicação, excluindo-se o pagamento do capital segurado no caso de suicídio ocorrido dentro do prazo legal de dois anos.

Sobre essa questão, José Augusto Delgado¹³ sustenta que:

a pretensão do legislador com as regras do artigo 798 e seu parágrafo único é afastar qualquer dúvida, para efeito de seguro, em caso de suicídio.

De qualquer modo, não obstante a expressão categórica do caput do artigo 798, é de toda conveniência clausular que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicidar, quer de modo premeditado, quer sem premeditação nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua renovação depois de suspenso.

Se ocorrer o sinistro, no prazo de dois anos, o segurador está desobrigado de pagar o capital ajustado, devendo, contudo, devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada.

Seguindo tal linha de raciocínio, defende-se também que houve a revogação tácita dos enunciados 105 e 61, respectivamente, da Súmula do STF e do STJ, já que ambos seguem a regra do Código Civil de 1916, baseada no critério subjetivo da premeditação, a qual foi expressamente revogada pelo Código Civil de 2002.

A despeito da resistência em aplicar a nova disposição legal em sua literalidade, enfim se observa uma tendência dos Tribunais Superiores de superação da jurisprudência até então dominante. A decisão precursora nesse sentido foi tomada no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.005/GO, em 08 de abril de 2015. Nele, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por sete votos a um, entendeu o artigo 798 do Código Civil de 2002 possui um critério objetivo temporal, que não dá margem a interpretações subjetivas quanto à premeditação ou à boa-fé do segurado.

Portanto, de acordo com o entendimento fixado na decisão mencionada, a seguradora não teria a obrigação pagar a indenização por suicídio cometido dentro do prazo de carência de dois anos iniciais de vigência do contrato de seguro de vida.

¹³ DELGADO, op. cit., p. 801.



A decisão do REsp nº 1.334.005/GO, cuja ementa¹⁴ colaciona-se a seguir, foi a pioneira nesse sentido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, tal Corte já proferiu outras decisões adotando o mesmo entendimento, como as do AgRg nos EDcl nos EREsp nº 1.076.942/PR e do AgRg no AREsp nº 735.618/ES.

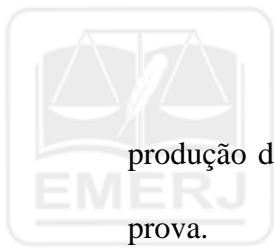
RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único). 2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. 3. Recurso especial provido.

A virada jurisprudencial sobre o tema se faz necessária, pois a não aplicação da norma em vigor gera impactos negativos no contrato de seguro de vida.

O primeiro deles é o desequilíbrio do contrato. O suicídio, por ser um ato voluntário do segurado que gera diretamente a ocorrência do sinistro coberto, tem o potencial de aumentar consideravelmente a sinistralidade. Assim sendo, o segurado interfere diretamente na álea do contrato, pois agrava intencionalmente o risco, desequilibrando a relação contratual entre as partes.

Além disso, a comprovação da premeditação constitui uma prova diabólica - aquela que é de impossível ou muito difícil produção. Um suicídio premeditado, na maioria das vezes, não deixa provas e, caso elas existam as seguradoras não teriam acesso a elas, por se encontrarem, muito provavelmente, em poder das pessoas interessadas na cobertura securitária. Da mesma forma que é praticamente impossível a comprovação da premeditação por parte da seguradora, também seria a comprovação da não premeditação por parte do beneficiário. Portanto, o dispositivo vigente deve ser aplicado para evitar a necessidade de

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.334.005/GO. Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46797761&num_registro=201201446227&data=20150623&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2016.



produção de prova diabólica por ambas as partes, por eliminar a discussão sobre o ônus da prova.

Há, ainda, a questão da fraude contra as seguradoras, que é minimizada pela aplicação do artigo 798 do Código Civil¹⁵. A exclusão da cobertura do suicídio pelo prazo de dois anos se torna um empecilho ao segurado que contrata o seguro de vida com a intenção de se suicidar. O critério temporal estabelecido impede o recebimento do capital segurado a curto prazo, fazendo com que as fraudes não sejam tão atrativas.

Ademais, a não aplicação do dispositivo em vigor gera insegurança jurídica e viola o princípio da legalidade. Isso porque em vez de aplicar o critério objetivo temporal nele previsto, estar-se-ia aplicando o critério subjetivo da premeditação, que era previsto tão somente no Código Civil revogado, o que constitui uma interpretação *contra legem*.

Por fim, ressalte-se que diante do princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário não pode substituir os demais poderes da República para agir como legislador positivo, o que estaria fazendo caso deixasse de aplicar a disposição literal de um artigo constante de lei federal em vigor (Código Civil de 2002¹⁶) para aplicar um entendimento com base em lei revogada (Código Civil de 1916¹⁷).

Por todo o exposto, o entendimento mais adequado a ser aplicado pelos Tribunais nos casos de suicídio ocorrido nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida é aquele que exclui a sua cobertura.

CONCLUSÃO

Conforme abordado ao longo do presente trabalho, o principal objetivo do estudo foi demonstrar a controvérsia existente acerca do pagamento do capital segurado nos casos de suicídio ocorridos nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida.

¹⁵ Vide nota 9.

¹⁶ Vide nota 9.

¹⁷ Vide nota 5.



Primeiramente, foi esclarecido que a ausência de aplicação da norma acarreta impactos negativos para o direito, principalmente no que diz respeito ao desequilíbrio do contrato de seguro em prejuízo das companhias seguradoras, que ficam vulneráveis diante da imprevisibilidade do suicídio. Ainda que o contrato de seguro seja aleatório, em sua essência, não se pode deixar que o risco seja inimaginável, pois isto afetaria diretamente os cálculos atuarias dos seguros de vida e abalaria a atividade securitária, a qual é de bastante relevância no que tange aos aspectos sociais e econômicos.

Verificou-se que o Código Civil de 1916 trazia uma solução para o tema baseada em um critério subjetivo, tendo como requisito para excluir a cobertura a premeditação do segurado.

Para acabar com a insegurança jurídica que a disposição do diploma revogado gerava, o Código Civil de 2002, em seu artigo 798, fez uso de um critério temporal, que dá maior objetividade para se resolver o conflito. Foi estabelecido, então, que durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida não haveria cobertura nos casos de suicídio do segurado.

No entanto, apesar da mudança drástica de tratamento da matéria em sede legislativa, durante muitos anos a jurisprudência não mudou o seu entendimento para passar a aplicar a referida norma, continuando a sustentar que a prova da premeditação do suicídio pelo segurado seria fundamental para a excludente de pagamento. Contudo, tal interpretação passa a ser *contra legem*, em razão da inobservância da nova norma do Código Civil de 2002.

Atualmente, mais especificamente a partir de abril de 2015, observa-se uma tendência de superação da jurisprudência dos Tribunais Superiores com fundamento no critério da premeditação. A partir de então, o Superior Tribunal de Justiça passou a proferir decisões no sentido da aplicação literal do artigo 798 do Código Civil de 2002, aplicando o critério objetivo temporal nele previsto, o que é o mais adequado em virtude de todos os argumentos desenvolvidos no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Código Civil de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.



_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 61. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=511>>. Acesso em 20 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.203.943/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19228032&num_registro=201001319720&data=20111214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 105. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso 20 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.334.005/GO. Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46797761&num_registro=201201446227&data=20150623&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2016.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Luiz Felipe. *Suicídio nos contratos de seguro: A interpretação do art. 798 CC/2002 segundo o STJ e os princípios de hermenêutica*. Disponível em: <http://www.cavalcantimedeiros.adv.br/pdf/suic%C3%ADdio_nos_contratos_de_seguro_-_luiz_felipe_diniz_-_maio_2011.pdf>. Acesso em 22 ago. 2016.

FUNENSEG. DIRETORIA DE ENSINO E PRODUTOS. *Seguro de pessoas*. Assessoria técnica de Marcos Antonio Simões Peres. 5. ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. V. 4: tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 3: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARENSEI, Voltaire; PEIXOTO, César. *O Suicídio Sob O Prisma Do Contrato De Seguro E Da Dissonância Dos Tribunais Com O Código Civil*. Disponível em: <<http://www.oficinadotexto.com.br/ansp/boletim011/pag003.html>>. Acesso em 22 ago. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 3. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.



DA VIABILIDADE DA INSERÇÃO DOS ELEMENTOS ACIDENTAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO – TERMO, CONDIÇÃO E ENCARGO- NOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA QUE VISEM À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Vera Regina Dias dos Santos e Silva

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Assessora Jurídica do Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: verifica-se que os órgãos legitimados ao ajuizamento de ação civil pública em defesa do meio ambiente cada vez mais envidam esforços para tutelar esse direito por meio da celebração de termos de ajustamento de conduta, em razão dos suntuosos custos, da morosidade e dos fatores imponderáveis inerentes ao trâmite de uma demanda no judiciário, o que por diversas vezes torna a celebração do ajuste o meio mais eficaz da resolução do litígio. Ademais, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil que estimula a resolução consensual dos conflitos e prevê a celebração do negócio jurídico processual, a tendência é que aumente consideravelmente a tutela do meio ambiente por meio desses ajustes. Nesse viés, no presente trabalho objetiva-se discutir a viabilidade da sujeição desses termos aos elementos acidentais do negócio jurídico, sem que isso implique em ofensa a natureza jurídica do ajuste, os limites para a sujeição, bem como as eventuais vantagens e desvantagens em tal conduta.

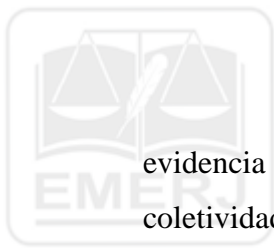
Palavras-chave: Direito Ambiental. Tutela Coletiva. Termo de Ajustamento de Conduta. Natureza jurídica. Elementos acidentais do negócio jurídico. Termo. Condição. Encargo. Meio Ambiente.

Sumário - Introdução. 1. A natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta. 2. Da viabilidade de inserção de institutos atinentes ao direito privado nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente. 3. Da condição, do termo e do encargo e os limites de sua inserção nos Termos de Ajustamento de Conduta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este breve artigo tenciona analisar a viabilidade de sujeição do Termo de Ajustamento de Conduta ao termo, condição e encargo, suspendendo a sua eficácia ou até mesmo suprimindo, quando esse vise à tutela do meio ambiente.

O tema apresenta relevância jurídica, na medida em que perpassa pela controvérsia existente acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta e da viabilidade da inserção de elementos acidentais do negócio jurídico nesse, notadamente, quando o fim colimado é a tutela ao meio ambiente, direito indisponível da sociedade. De igual forma,



evidencia relevância social em razão de casos emblemáticos que afetam diretamente à coletividade terem sido balizados no bojo desses ajustes, o que tende a crescer com o Novo Código de Processo Civil, em razão do estímulo a resolução consensual do conflito.

Assim, no presente trabalho objetiva-se discutir os limites para a sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente ao termo, condição e encargo, quando esses tutelem o meio ambiente, haja vista que a inserção desses elementos pode suspender ou até mesmo suprimir a eficácia de medidas essenciais do ajuste, o que poderia acarretar em violação ao direito da coletividade.

Dessa forma, pontifique-se que a exposição da controvérsia que paira na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta consiste em um pressuposto para a análise da possibilidade da sujeição desse ajuste aos elementos acidentais, de modo que se inicia o primeiro capítulo apresentado a referida controvérsia, bem como o posicionamento que predomina no Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, no segundo capítulo, enfrenta-se a compatibilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nos termos de ajustamento de conduta, dada a sua natureza. Esse capítulo tem por objetivo comprovar a viabilidade da sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta aos elementos acidentais, sem que isso importe em ofensa à natureza jurídica desse.

O terceiro capítulo destina-se a apreciar até que ponto a inserção de elementos acidentais do negócio jurídico que suspendem a eficácia do ajuste não violariam o direito indisponível da coletividade. Nesse capítulo tenciona-se comprovar a possibilidade de inserção dos elementos acidentais nos Termos de Ajustamento de Conduta, desde que respeitados determinados limites e demonstrar as eventuais vantagens na inserção desse tipo de cláusula nos Termos de Ajustamento de Conduta.

A pesquisa realizada utiliza a metodologia dos tipos bibliográfica e pesquisa de campo, parcialmente exploratória e qualitativa, pois visa entender e interpretar a controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, bem como analisar a viabilidade de sujeição desse ajuste ao termo, condição e encargo.

Por fim, cumpre esclarecer que a metodologia do tipo de pesquisa de campo desenvolver-se-á no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, órgão público com legitimidade para celebrar Termos de Ajustamento de Conduta e se mostra de suma importância para avaliar a real possibilidade prática de sujeição do ajuste aos elementos acidentais do negócio jurídico.

1. DA NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O Termo de Ajustamento de Conduta foi introduzido no § 6º, do art. 5º, da Lei n. 7.347/85, por meio da promulgação do art. 113, da Lei n. 8.079/90, que o qualificou como título executivo extrajudicial. A inserção desse parágrafo na Lei n. 7.347/85 viabilizou que a tutela do direito transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja efetivada por meio de um ajuste entre o órgão legitimado e o iminente ou efetivo causador do dano.

Verifica-se que o legislador atento à possibilidade de em determinadas situações concretas, notadamente, diante de danos iminentes ou consumados e do real interesse do poluidor de adequar-se as exigências legais, ponderou que seria mais vantajoso permitir o ajuste entre o órgão legitimado e esse, do que em prol de uma alegada indisponibilidade dos direitos transindividuais vedar o acordo e, por consequência, impulsionar a submissão do impasse ao Poder Judiciário, em que vigoram fatores imponderáveis e suntuosos custos.

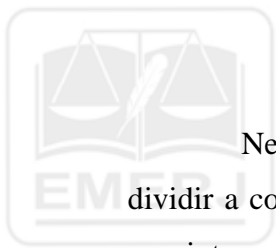
Ademais, impende registrar que da análise empírica de inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público é possível extrair que, por diversas vezes, o poluidor objetiva ajustar-se e para tanto colabora com a investigação e propõe medidas concretas para a cessação da atividade poluidora, de modo que não admitir o acordo nessa hipótese representaria verdadeira ofensa ao direito transindividual.

Nesse sentido, Milaré¹ afirma que “em casos que tais, a recusa ao acordo não se justifica, porque nas ações coletivas o interesse reside menos em vencer a causa do que em obter, do modo menos oneroso, ou menos impactante, a melhor tutela para o conflito judicializado”

Feito esse breve introito acerca da inserção do Termo de Ajustamento de Conduta no ordenamento jurídico pátrio, insta destacar que essa inovação legislativa pôs fim a controvérsia até então existente acerca da possibilidade dos órgãos públicos firmarem ajuste cujo objeto contemple o direito transindividual ao meio ambiente, dada a predominância à época do entendimento da indisponibilidade material absoluta desse direito.

Todavia, embora a introdução legislativa tenha pacificado a possibilidade do ajuste, a doutrina não chegou a um consenso quanto à natureza jurídica desse, o que é fundamental para verificar o regime jurídico que será conferido ao Termo de Ajustamento de Conduta.

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8.ed.rev.atual.refor.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1400.



Nessa esteira argumentativa, do teor das posições doutrinárias existentes é possível dividir a controvérsia acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta nas seguintes posições: transação, negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito.

Adepto do entendimento de que o Termo de Ajustamento de Conduta ostenta natureza jurídica de transação, Milaré² afirma que “[...] trata-se de mecanismo de solução de conflitos, com natureza jurídica de transação, já que preordenado à adoção de medidas acauteladoras do direito ameaçado ou violado, destinadas a prevenir litígio ou a pôr-lhe fim [...]”

Ocorre que parcela da doutrina critica essa posição, sobre o principal argumento de que é vedado no Termo de Ajustamento de Conduta a redução ou limitação do conteúdo de direito material, de modo que a natureza seria de negócio jurídico ou de ato jurídico.

Ana Luiza Nery³ defendendo que a natureza seria de negócio jurídico leciona que

[...] o compromisso de ajustamento é, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas na forma *sui generis* deste instituto de direito privado. A vontade do compromissário não pode ser compreendida, apenas, como um mero comprometer-se a ajustar sua conduta às exigências legais. Por outro lado, evidencia-se a vontade do tomador do compromisso na celebração do negócio, e, também, na estipulação das obrigações bem como das condições de seu cumprimento. O compromisso de ajustamento é, portanto, negócio jurídico bilateral.

Frise-se que Nery, ao defender que se cuida de negócio jurídico, acaba por expor que tão somente o compromissário teria obrigações, o que leva ao entendimento, salvo melhor juízo, de que para ela o termo de ajustamento de conduta seria em verdade um ato jurídico, na medida em que consistiria no direito potestativo exercido pelo órgão legitimado contra o compromissário.

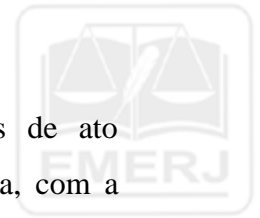
Noutro giro, na trilha do entendimento de que o termo de ajustamento de conduta seria um ato jurídico cita-se Mazilli⁴ e Carvalho Filho⁵. Este afirma que se cuida de ato jurídico, na medida em que o compromissário firmaria o ajuste reconhecendo de forma implícita que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, razão pela qual seria ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva e bilateral quanto à formação, haja vista que nele intervém o poder público.

² Ibid., p.1402.

³ NERY Jr. Apud MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*.8.ed.rev.atual.refor.SãoPaulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.402.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 27.ed.rev.ampl e atual.São Paulo: Saraiva, 2014, p. 456.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A Ação Civil Pública comentários por artigos: Lei n. 7.347, de 24/7/85*. 4.ed.rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004., p. 78.



Já aquele defende que não é possível reconhecer a natureza apenas de ato administrativo unilateral, em virtude da existência de toda uma negociação prévia, com a definição de medidas que deverão ser adotadas pelo causador do dano, razão pela qual pontifica que “[...] é o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete [...]”

Por fim, pontifique-se que o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta é a de transação, conforme se depreende dos acórdãos exarados nos autos dos Recursos Especiais n. 802060/RS⁶ e 596.764/MG⁷, dos quais impende trazer à baila os seguintes trechos:

[...] 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico.

[...] 2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o *Parquet* também não é obrigado a aceitar a proposta formulada pelo particular. Precedente.

3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontade entre as partes. [...]

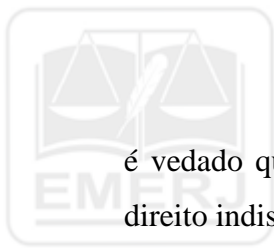
Dessa forma, ante o exposto, verifica-se que a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta é um tema que atormenta a doutrina pátria e de suma relevância prática, haja vista que a depender do tratamento jurídico conferido ao instituto se entenderá pela viabilidade ou não da aplicação da principiologia do direito privado, notadamente, dos elementos acidentais do negócio jurídico que podem suspender ou extinguir o adimplemento de determinadas obrigações pactuadas.

Assim, para fins deste trabalho, adota-se a corrente doutrinária que sustenta ser o termo de ajustamento um negócio jurídico bilateral, equiparado a transação, todavia, não no sentido comumente utilizado, mas sim uma transação híbrida, pois por meio desse instrumento as partes buscam a melhor solução para a efetiva tutela do meio ambiente e, por conseguinte, evitam a judicialização ou até mesmo põe fim a demanda judicial.

Diz-se que a natureza da transação é híbrida, pois embora as partes entabulem um acordo, formado pela manifestação bilateral de vontades, notadamente, pela consensualidade,

⁶ BRASIL. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 802060/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=802060&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19/abr/2016.

⁷ BRASIL. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 596.764/MG. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=596764&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19/abr/2016.



é vedado que transijam acerca do direito material tutelado, haja vista que esse se cuida de direito indisponível.

Na linha desse entendimento esposado, vale frisar que os doutrinadores que sustentam que o Termo de Ajustamento de Conduta seria uma transação, como a Ana Luiza Nery, Luís Sirvinskas e Édis Milaré, são uníssonos em afirmar, conforme leciona Geisa Rodrigues⁸ que seria um tipo de ajuste com características especial, em razão de contemplar direitos indisponíveis, de modo que “as concessões mútuas, típicas da transação do direito privado, apenas poderiam atingir esfera accidental do exercício de tais direitos, mas jamais versar sobre o direito material em si mesmo considerado”⁹

Dessa forma, não se pode olvidar que embora no presente trabalho se adote a corrente doutrinária que sustenta que a natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta é a de transação, o instituto ostenta peculiaridades que o diferenciam da transação inserta no art. 840 do CCB/2002¹⁰, as quais são de fundamental análise para o enfrentamento da viabilidade da inserção dos elementos accidentais no ajuste.

Nesse viés, insta consignar que a principal distinção entre a transação tal como preconiza o art. 840 do CCB/2002¹¹ e a transação *sui generis* do Termo de Ajustamento de Conduta reside no fato das concessões no ajuste não serem recíprocas, na medida em que conforme sustenta Nery¹² as concessões feitas pela administração são de pequena monta, o que não suprime dela a possibilidade de viabilizar a efetiva funcionalidade do ajuste, permitindo a negociação com o particular em posição de igualdade, ainda que em proporções diferenciadas.

Posta essa premissa, passa-se a analisar a viabilidade da sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta aos elementos accidentais do negócio jurídico.

2. DA INSERÇÃO DOS ELEMENTOS ACIDENTAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO NOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

⁸ RODRIGUES apud NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édis. A Ação Civil Pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

⁹ Ibid., p.101.

¹⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 jul 2016

¹¹ Vide nota 10.

¹² Ibid., p.109.



Exposta a controvérsia existente na doutrina quanto à natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta e evidenciada a adoção no presente trabalho do entendimento de que esse consiste em uma transação *sui generis*, torna-se possível analisar o regime jurídico que regerá esse ajuste e por consequência, verificar a viabilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nesse.

No que tange ao regime jurídico a ser observado quando da formalização do Termo de Ajustamento de Conduta, haja vista que conforme afirma Nery¹³ não se pode negar a existência: *i*) da vontade tanto do compromissário em ajustar sua conduta às exigências legais, como do órgão público tomador do ajuste que almeja restabelecer ou evitar o dano a direito transindividual; *ii*) de uma adequada negociação de cláusulas e do modo do adimplemento das obrigações; insta reconhecer a viabilidade de se aplicar o regime jurídico do direito privado.

Todavia, não se pode olvidar que o regime de direito privado será aplicado de forma restrita e mitigada, na medida em que o direito material tutelado por meio do ajuste, ora em análise, cuida-se do direito ao meio ambiente e, portanto, de titularidade da coletividade e de manifesto interesse público indisponível, razão pela qual o regime jurídico do direito público não apenas regerá o ajuste, como será o seu principal vetor.

Dessa forma, verifica-se que embora o Termo de Ajustamento de Conduta deva ser regido pelo regime do direito público se aplica também a principiologia do direito privado. Corroborando esse entendimento Nery ao dissertar acerca do regime jurídico que deve reger o esse ajuste afirma que: “deve respeitar a principiologia do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico, característica que distingue o ajustamento de conduta da transação, instituto de direito privado inserido no art. 840 do CC.”¹⁴

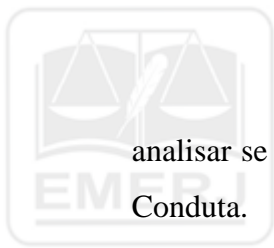
Assim, antes de admitir a aplicabilidade de algum instituto do direito privado nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente é imperioso verificar se a incidência desse implicará em ofensa, redução, supressão ou renúncia do direito material indisponível, hipótese em que deverá ser afastada a incidência desse.

Nessa linha argumentativa, infere-se que os elementos acidentais do negócio jurídico: termo, condição e encargo, estão inseridos no capítulo III, do Título I, do Código Civil¹⁵, que disciplina o negócio jurídico eminentemente privado, de modo que cumpre

¹³ Ibid., p. 99.

¹⁴ Ibid., p. 111.

¹⁵ BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 jul 2016



analisar se seria possível estender a aplicação desses elementos ao Termo de Ajustamento de Conduta.

Com efeito, os elementos acidentais dos negócios jurídicos incidem no plano da eficácia do negócio, de modo que em sendo esse existente e válido, as partes podem condicionar a produção dos respectivos efeitos de determinada cláusula ou até mesmo de todo o ajuste a algum evento futuro certo ou incerto.

Nesse sentido, insta trazer à baila os ensinamentos da doutrinadora Ana Luzia Nery que afirma que:

A eficácia do compromisso de ajustamento de conduta inicia-se no momento em que o negócio é celebrado entre as partes, mas se o negócio estiver sujeito ao advento de condição ou de termo, seus efeitos se encontrariam limitados e, portanto, não se irradiariam totalmente no mundo jurídico.¹⁶

Dessa forma, tendo em vista que no Termo de Ajustamento de Conduta as partes pactuam as cláusulas, bem como o modo, a técnica e a forma de execução das obrigações, nada obsta que sejam inseridos nesse ajuste os elementos acidentais do negócio jurídico, desde que essa inserção não acarrete a supressão, redução ou renúncia ao interesse público indisponível.

Noutro giro, não se pode olvidar que a celebração de negócios jurídicos e a inserção nesse dos elementos acidentais não está adstrita ao campo estritamente civil, na medida em que aqueles se inserem na teoria geral do direito, não por outra razão que existem os negócios jurídicos administrativos e mais recentemente, com a promulgação da Lei n. 13.105/2015, os negócios processuais, o que reforça a viabilidade de aplicação dos elementos acidentais, enquanto instituto integrante de uma teoria geral do direito aos Termos de Ajustamento de Conduta.

Nesse sentido, conforme se depreende dos artigos 104 ao 184 do Código Civil¹⁷ o negócio jurídico consiste em uma manifestação de vontade humana que embora esteja de acordo com o ordenamento jurídico, produz efeitos consoante o acordado entre as partes.

Dessa definição de negócio jurídico à luz da teoria geral do direito, é possível reconhecer os Termos de Ajustamento de Conduta como negócios jurídicos, pois consistem em manifestações de vontade das partes que consignam os seus efeitos em prol do meio ambiente, direito material indisponível.

¹⁶ NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

¹⁷ Vide nota 15.



Vale frisar que com o advento da Lei n. 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, é possível que as partes, segundo afirma Câmara: “(...) dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõem de suas posições processuais”¹⁸, quando a causa abarcar direito que admite autocomposição.

Conforme já exposto, nos Termos de Ajustamento de Conduta que visam à proteção ao meio ambiente, embora o direito material seja indisponível é plenamente possível e até recomendável, a composição da forma, modo e tempo do adimplemento das obrigações, razão pela qual a tendência com a promulgação do Novo Código de Processo Civil é o aumento da solução dos conflitos por meio da autocomposição, sendo certo que eventuais negócios processuais que venham a ser celebrados por meio dos ajustes, podem ter a eficácia condicionada aos elementos acidentais.

Oportuno ressaltar, ainda, que o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da edição da Resolução n. 118/2014¹⁹, instituiu uma Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o escopo de assegurar a máxima efetividade dos direitos, o que estimulará que esse legitimado firme negócios processuais e insira nesse os elementos acidentais, para prever o máximo de situações de prováveis ocorrência no curso do cumprimento do acordo e assim resguardar de forma efetiva e integral o meio ambiente.

Isso porque, pontifique-se que o órgão tomador do ajuste ao firmar o Termo de Ajustamento de Conduta não tem como precisar a evolução futura dos fatos que embasam esse, razão pela qual em determinadas situações é até aconselhável que as partes subordinem a eficácia negocial de determinada conduta ao desenrolar dos fatos.

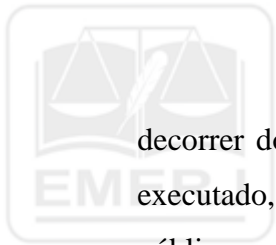
Corroborando esse entendimento Menezes Cordeiro ao ressaltar a importância da inserção do elemento acidental condição nos ajustes destaca que esse “permite que as partes, que desconhecem a evolução futura dos fatos que assentam, [possam] subordinar a própria eficácia negocial ao desenrolar dos fatos”²⁰

Além disso, o compromissário após ter firmado um Termo de Ajustamento de Conduta que, por certo, denota *a priori* que está adequando o exercício de sua atividade à legislação, dificilmente almejará firmar aditivos ao ajuste que ampliem as suas obrigações, de modo que se o órgão tomador se antecipa e insere no termo situações que poderão ocorrer no

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

¹⁹ BRASIL. Resolução n. 118 do CNMP, de 01 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 novem. 2016.

²⁰ CORDEIRO Apud NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 224.



decorrer do adimplemento e, por consequência, consigna obrigações a serem adotadas pelo executado, estará usando o instituto do direito privado para conferir efetividade ao interesse público.

Dessa forma, verifica-se a existência de vantagens em subordinar determinadas cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta aos elementos acidentais, de modo que cumpre pormenorizar as consequências da inserção de cada elemento desse no ajuste.

Com relação ao elemento acidental condição, a sua inserção no ajuste afetaria a eficácia de determinada cláusula obrigacional impedindo que ela produzisse efeitos até que ocorresse algum evento futuro e incerto, hipótese em que se denominaria condição suspensiva, ou ainda, em razão do advento do evento futuro e incerto, a cláusula deixaria de produzir efeitos, razão pela qual se denominaria de condição resolutiva.

Não obstante, também é viável inserir no Termo de Ajustamento de Conduta o elemento acidental termo, conforme ressalta a doutrinadora Ana Luiz Nery²¹, uma vez que é admissível que as partes fixem uma data certa para que determinada obrigação pactuada comece a produzir efeitos ou para que deixe de produzir os efeitos.

Pontifique-se que os elementos condição e termo devem ser utilizados com parcimônia pelas partes e como uma forma de efetivar o próprio princípio da precaução do direito ambiental, de modo a prever situações de possível ocorrência na execução do ajuste e de antecipar medidas que deverão ser adotadas pelo compromissário, o que evitará um novo desgaste em negociações e assegurará a proteção integral ao meio ambiente.

Noutro giro, com relação ao elemento acidental encargo, que consiste em um tipo de obrigação que é imposta ao compromissário de modo secundário, em virtude apenas do negócio está sendo firmado, verifica-se que não pode ser inserido nos Termos de Ajustamento de Conduta, na medida em que somente se aplicam aos contratos gratuitos, em que existe uma mera liberalidade de uma das partes, o que nada se assemelha à natureza do ajuste.

Ante o exposto, verifica-se que os elementos acidentais do negócio jurídico condição e termo, embora sejam institutos aplicáveis ao regime privado, podem ser inseridos nos Termos de Ajustamento de Conduta e na prática representam vantagens e efetivam o princípio da precaução do direito ambiental. Todavia, deve ser aplicado com parcimônia de modo a não adiar o adimplemento de uma obrigação essencial ao meio ambiente e para que obrigações essenciais não sejam submetidas a condições que podem nunca vir a ocorrer, o que poderia acarretar em ofensa ao direito coletivo tutelado, conforme se passa analisar.

²¹ Ibid., p.225.

3. DA CONDIÇÃO E DO TERMO: LIMITES E VANTAGENS DE SUA INSERÇÃO NOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A adoção do entendimento de que o Termo de Ajustamento de Conduta possui a natureza jurídica de transação híbrida permite a aplicação da principiologia do direito privado na negociação das obrigações, mas desde que seja para efetivar e resguardar o direito material tutelado, sendo vedado que sirva de instrumento para condicionar medidas essenciais no ajuste ao implemento de condições de incerta ocorrência.

A título exemplificativo insta ressaltar que nas tratativas da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e a Secretaria de Estado do Ambiente (SEA) que tinha por objeto a revitalização e a recuperação do Complexo Lagunar da Baixada de Jacarepaguá foram inseridas diversas obrigações, sob a premissa de que as medidas que visem tão somente uma melhora na circulação hídrica (dragagem), conquanto necessárias, não alcançariam o objetivo de recuperação do Complexo Lagunar.²²

Isso porque o Grupo de Apoio Técnico Especializado em Meio Ambiente (GATE Ambiental) e o próprio Relatório Ambiental Simplificado realizado evidenciaram que para uma recuperação ambiental do Sistema Lagunar seria imperiosa a adoção de medidas que interrompessem o aporte de matéria orgânica (esgoto) nas lagoas, recuperassem a faixa marginal de proteção de toda bacia hidrográfica, a fim de evitar o carreamento de sedimentos para as lagoas, bem como um regular e permanente programa de monitoramento das medidas adotadas relativas à própria dragagem e a consequente troca hídrica, com indicadores específicos que demonstrassem a efetividade das ações implementadas.²³

Atento a essa realidade fática, a minuta de termo de ajustamento de conduta que foi inicialmente elaborada, estabelecia dentre outras obrigações à elaboração de um plano de gestão, contemplando ações integradas de saneamento, ordenamento urbano, fiscalização, monitoramento e educação ambiental.

Ocorre que o compromissário no curso das negociações inseriu uma cláusula, intitulada “Responsabilidade Fiscal”, que estipulava que todas as obrigações previstas no ajuste que

²² AUTOS DO INQUÉRITO CIVIL MA 1934, MPRJ 2002.00003668, 2002, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em trâmite no Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente, vol IV, p. 868.

²³ Ibid, p. 435-490.



implicassem em despesas não previstas no orçamento fiscal do exercício financeiro, teriam sua exigibilidade:

[...] condicionada à inclusão, por requerimento dos seus respectivos dirigentes e aprovação pela ALERJ na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e na lei orçamentária anual (LOA), quando as despesas assumidas fiquem adstritas a um único exercício financeiro e, nos demais casos, incluídas no plano plurianual (PPA) e disponibilizados os recursos na execução orçamentária.

Do teor do trecho acima transcrito, depreende-se que a SEA almejou condicionar medidas que seriam essenciais a efetiva recuperação e revitalização das lagoas ao elemento acidental condição, fato futuro e incerto, que poderia nunca vir a ocorrer, razão pela qual o Promotor de Justiça Dr. Sandro Fernandes Machado, à época integrante do Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente- GAEMA rejeitou a referida contraproposta com o seguinte fundamento:

[...] resta inviável firmar um TAC nos termos propostos pela SEA, notadamente, em razão da submissão de todas as ações integradas de saneamento, ordenamento urbano, fiscalização e monitoramento a evento futuro e incerto, isto é, a condição suspensiva, o que impede que o ajuste produza os seus efeitos quanto a tais obrigações até que se implemente a condição, o que, frise-se, pode vir a nunca ocorrer.²⁴

Do teor desse caso exposto, verifica-se que a SEA utilizou o elemento acidental condição em seu favor e não como um meio de instrumentalizar a proteção integral ao meio ambiente, direito material que se visava tutelar por meio do ajuste, motivo pelo qual a contraproposta teve que ser rejeitada em sua integralidade.

Assim, da aplicação prática verifica-se que o limite para a inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico no Termo de Ajustamento de Conduta é a própria efetivação do direito material tutelado, de modo que sempre que a utilização implicar em supressão ou redução desse direito deve ser rejeitado de plano a utilização, uma vez que o direito tutelado é indisponível.

Ademais, não se pode olvidar que o regime jurídico de direito público é o principal vetor do ajuste, de modo que a principiologia de direito privado somente será aplicada quando não importar em manifesta incompatibilidade com o regime de regência.

Assim sendo, a utilização dos elementos acidentais limitam-se a própria efetivação do direito material, de sorte que poderá ser utilizado de forma plena sempre que for para assegurar a proteção integral ao meio ambiente, não existindo qualquer ressalva nesse ponto.

²⁴ Ibid, p. 1.100.



Noutro giro, no que tange as eventuais vantagens da inserção dos elementos acidentais no ajuste, vale ressaltar que para enfrentar tal ponto a análise empírica se mostra de suma importância, razão pela qual foi entrevistado o Ilmo Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, José Alexandre Maximino Motta, integrante do GAEMA, o qual destacou que a utilização do elemento acidental é de suma importância na prática, uma vez que ao firmar o ajuste não é possível de antemão prever o desenrolar de todas as obrigações pactuadas.

Nessa esteira argumentativa, ele conclui destacando que na prática os elementos acidentais podem ser utilizados no ajuste, mas desde que em prol de uma tutela efetiva do meio ambiente, notadamente, de modo a contemplar as mais variadas situações que possam vir a ocorrer, em razão da impossibilidade posterior de se compelir o compromissário a adimplir obrigação que não esteja contemplada no ajuste, bem como a firmar um aditivo ou um novo acordo.

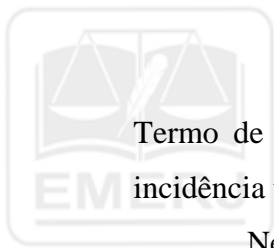
Dessa forma, verifica-se que embora exista uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, o que a depender da corrente doutrinária que se adote possibilitará a inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico, verifica-se que na prática esses elementos vem sendo inseridos nos termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, notadamente, em casos de grande relevância social como um meio de tentar ao máximo conferir efetividade a proteção integral do meio ambiente.

CONCLUSÃO

A análise da viabilidade de inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao Meio Ambiente, assume extrema relevância jurídica em virtude da natureza jurídica controvertida desse ajuste, bem como da natureza indisponível do bem tutelado.

Dessa forma, iniciou-se este artigo com uma breve exposição das principais correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do ajuste, bem como se indicou como pressuposto a adoção do entendimento de que a natureza jurídica seria a de transação híbrida, para que doutrinariamente fosse possível analisar a viabilidade de inserção dos elementos acidentais no ajuste.

Isso porque a depender da natureza jurídica adotada, o regime jurídico aplicável seria distinto. Desta forma, tendo em vista a adoção da corrente doutrinária que sustenta que o



Termo de Ajustamento de conduta seria uma transação híbrida foi possível reconhecer a incidência tanto da principiologia de direito privado, como a de direito público.

Nessa esteira argumentativa, ressaltou-se que o regime de direito público seria o que regeria o ajuste, sendo o seu principal vetor, de modo que o regime de direito privado somente seria aplicável quando não implicasse em violação, redução ou supressão do direito indisponível tutelado.

Isso porque o artigo abarca os Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente, logo, direito indisponível da sociedade, sendo exatamente nesse direito que residiria à limitação da utilização dos elementos acidentais, uma vez que esses poderiam ser inseridos sempre que fossem para efetivar o princípio da proteção integral ao meio ambiente e da precaução, mas jamais para condicionar a eficácia de obrigações essenciais a fatos futuros e incertos que nunca poderiam vir a ocorrer.

Dessa forma, objetivou-se discutir os limites para a sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta ao termo, condição e encargo, quando esses tutelam o meio ambiente, haja vista que as inserções desses elementos poderiam suspender ou até mesmo suprimir a eficácia de medidas essenciais do ajuste, o que acabaria por violar o direito da coletividade.

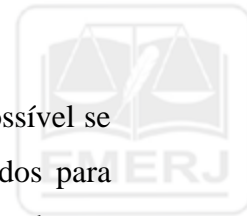
Nessa esteira argumentativa, foi exposto que os elementos acidentais do negócio jurídico se inserem no Código Civil e se aplicam eminentemente aos negócios jurídicos privados, embora a sua aplicação não esteja restrita ao campo do direito civil, haja vista que é tratado na teoria geral do direito, como um ajuste formado pela vontade das partes, de modo que seria aplicável também aos Termos de Ajustamento de Conduta.

Em seguida, frisou-se a existência de uma tendência crescente de formalização de Termos de Ajustamento de Conduta, como forma de autocomposição, em razão da promulgação do Novo Código de Processo Civil, que possibilita a realização de negócios processuais.

Outrossim, ressaltou-se que os elementos acidentais quando presentes incidiriam no plano da eficácia do ajuste, de modo que esse *a priori* teria que ser válido e regular para que se passe a análise dos elementos acidentais.

Com efeito, em seguida foi pormenorizada as consequências da inserção dos elementos acidentais condição e termo, bem como exposta a inviabilidade de fixação de encargo, em razão do ajuste em comento não ser um negócio gratuito.

Em seguida, foi trazido à baila uma análise empírica do tema, por meio da análise do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a SEA e o Ministério Público do Estado do



Rio de Janeiro para a revitalização e recuperação do Complexo Lagunar, onde foi possível se depreender que na prática os elementos acidentais do negócio jurídico são utilizados para balizar os ajustes, todavia devem ser rejeitados sempre que implicarem em uma redução, supressão ou extinção do direito indisponível.

Por fim, constatou-se que doutrinariamente seria viável a inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente e que na prática essa inserção vem sendo efetuada pelos órgãos legitimados ao firmar o ajuste, como meio de efetivar a proteção integral ao meio ambiente e o princípio da precaução.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 575.474. DF. Relator Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediato/?componente=ATC&sequencial=42922823&num_registro=201402249358&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 23.03.2016.

_____. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 802060/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=802060&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 596.764/MG. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=596764&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/leis/L7347orig.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

_____. Resolução n. 118 do CNMP, de 01 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A Ação Civil Pública comentários por artigos: Lei n. 7.347, de 24/7/85*. 4.ed.rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2012.

FARIAS, Humberto Dalla Bernardina Faria de. O Compromisso de Ajustamento de Conduta no Direito Brasileiro e no Projeto da Lei da Ação Civil Pública. *Direito Processual*, Rio de Janeiro, volume IV, 2009, pg. 25-53, mar., 2016.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Espírito Santo: LTR, 2011.

INQUÉRITO CIVIL MA 1934, MPRJ 2002.00003668, 2002, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em trâmite no Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente.

MANCUSSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 100/120.

Questionários estruturados respondidos pelos Promotores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Drs. José Alexandre Maximínio Mota, Marcus Leal e Sandro Fernandes Machado.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público e o Município do Rio de Janeiro, para a execução do projeto de revitalização da zona portuária do Estado do Rio de Janeiro.

Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público e a Secretaria de Estado do Ambiente para a implementação do projeto de recuperação do Complexo Lagunar das Lagos de Jacarepaguá.

O PEDIDO DE VISTA NO STF ALÉM DO PRAZO REGIMENTAL: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO?

Victor da Mata Guimarães Correa

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

Resumo: os pedidos de vista requeridos pelos ministros do STF muitas vezes excedem o prazo previsto no regimento interno. Este está inserido dentro da função legislativa da justiça constitucional, em que um dos atributos é a autonomia. A essência do trabalho é abordar se o pedido de vista que não respeita o prazo regimental viola o princípio da duração razoável do processo, verificar o que seria a duração razoável do processo, bem como confrontar tal princípio com autonomia da justiça constitucional.

Palavras-chave: Constitucional. Pedido de vista. Justiça constitucional. Duração razoável do processo.

Sumário: Introdução. 1. O princípio da duração razoável do processo como elemento de uma justiça efetiva. 2. O pedido de vista e a autonomia da justiça constitucional em legislar normas processuais internas. 3. Confronto entre o pedido de vista e a duração razoável do processo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute se os pedidos de vista por tempo prolongado, realizados em julgamentos no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros, acarretam uma violação ao princípio da duração razoável do processo.

Com efeito, o trabalho enfoca no pedido de vista no STF, de modo a analisar se os processos que estão sob a análise dos Ministros, por tempo superior ao previsto no Regimento Interno, configuram uma violação ao princípio da duração razoável do processo, bem assim ao direito dos jurisdicionados de ter uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Com a Emenda Constitucional 45/2004 foi introduzido no corpo do texto constitucional o inciso LXXVIII, que expressamente estabeleceu o direito à duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, seja no âmbito administrativo ou judicial. Dessa forma objetiva-se discutir o princípio da duração razoável do processo juntamente com

pedido de vista na jurisdição constitucional, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar se nos casos em que os Ministros não cumprem com o prazo do pedido de vista, previsto no Regimento interno, configurar-se-iam ou não uma violação a este princípio constitucional.

Para melhor compreensão do tema, busca-se responder se a duração razoável do processo incentiva uma prevalência da celeridade em prol do devido processo legal. Da mesma forma, trabalha-se a autonomia da justiça constitucional ao elaborar suas normas internas e os seus limites. Por fim, resta analisar se o pedido de vista prolongado viola a constituição, ou se, diante da complexidade e dos impactos sociais do caso, bem como da autonomia da justiça constitucional, pode ser considerada justa a demora da análise.

Em busca dessas respostas, inicia-se o primeiro capítulo apresentando a duração razoável do processo, a fim de analisar a celeridade como seu elemento e a necessidade de observar o devido processo legal, sob a pena de não alcançar o processo justo e a função jurisdicional de promover a justiça.

Segue-se com uma análise do pedido de vista, dentro da autonomia do Supremo Tribunal Federal para legislar sobre matérias processuais, atinentes a justiça constitucional, verificando seus limites, legitimidade e submissão à Constituição.

O terceiro capítulo busca contrapor o pedido de vista com o princípio da duração razoável do processo, de modo que se faz necessário analisar os critérios utilizados para considerar se o processo respeita uma duração razoável, se existe um prazo máximo, se diante da complexidade e dos impactos sociais do caso, bem como da autonomia da justiça constitucional, poder-se-ia considerar como justa a o pedido de vista prolongado.

A pesquisa irá utilizar a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO ELEMENTO DE UMA JUSTIÇA EFETIVA

A duração razoável do processo foi estipulada pela primeira vez na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi integrada em nosso ordenamento jurídico com o Decreto n. 678/1992¹. Posteriormente, com a Emenda Constitucional 45/2004, o princípio consagrou-se como garantia² constitucional expressa de nossa Carta Magna, conforme a previsão no art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Na modernidade, a velocidade é uma característica marcante: milhares de informações são recebidas em instantes pelos meios de comunicação, há um anseio social pela rapidez, de modo que se tornou um dever ser mais depressa³. Dessa forma, pode-se dizer que a sociedade passa por um culto à aceleração, que nas palavras de Oliveira⁴ consiste em:

A aceleração consiste, antes de mais nada, em uma operação temporal: a intensificação de ritmos culturais, individuais e mesmo orgânicos, encarnada na crescente interpolação de interfaces sucessivas de integração (geratrizes de novas relações e conexões) entre a interioridade e a exterioridade dos agentes sociais - indivíduos, comunidades, massas. Ultrapassando os limites que antes demarcavam o natural e o artificial, o objetivo e o subjetivo, a generalização da mediação técnica acarreta transformações profundas nos modos de estruturação das atividades produtivas contemporâneas.

Igualmente, verifica-se a preocupação com a celeridade da prestação jurisdicional por parte do CNJ, que estabelece metas nacionais do poder judiciário para combater a morosidade da justiça, porquanto uma resposta estatal tardia para dirimir a lide, em verdade é uma injustiça, o

¹ BRASIL. Decreto n. 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 18 out. 2016.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

³ GOMES, Décio Alonso. *(Des) Aceleração Processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 41.

⁴ OLIVEIRA apud GOMES, Décio Alonso. *(Des) Aceleração Processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

que acarreta danos às partes, denominados danos marginais⁵, entendidos como os prejuízos causados pela deficiência e demora processual.

Nesse diapasão, Moraes⁶ aponta a necessidade de acelerar o processo por meio de técnicas extraprocessuais, extrajudiciais e judiciais, de modo que as técnicas extraprocessuais englobariam uma reorganização judiciária, desde o perfil do operador do direito até investimentos tecnológicos e materiais no poder judiciário. Por sua vez, as técnicas extrajudiciais seria a promoção de outros meios alternativos para composição de litígio, enquanto as técnicas judiciais, a seu turno, envolveriam a desformalização do processo, sumarização procedimental, tutela jurisdicional coletiva, abreviação do procedimento recursal, entre outras mudanças judiciais que visam uma resposta jurisdicional mais rápida.

O legislador vem seguindo essa tendência da busca pela aceleração, com a implementação de normas e reformas com intuito de uma tutela jurisdicional mais célere, como se vislumbra, por exemplo, nos juizados especiais, instituídos pela Lei n. 9.099/95, e nos art. 1.048, I, do Código de Processo Civil⁷, que define prioridade de tramitação em todas as instâncias nos procedimentos, cuja parte seja idosa ou portadora de deficiência ou doença grave.

Igualmente, no código de processo civil, vigente desde o ano de 2016, a duração razoável do processo, além de princípio constitucional, torna-se, expressamente, norma fundamental do processo civil, prevista no art. 4º do referido *códex*, que dispõe: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Com efeito, constata-se que o novo diploma processual traz inovações interessantes para promover sua norma fundamental, como por exemplo, no que se refere às técnicas judiciais, a

⁵ CABRAL apud EMILIANO, Eurípedes de Oliveira. *O princípio da razoável duração do processo e o dano marginal*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-e-o-dano-marginal,48665.html>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 21:01.

⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 484.

⁷ BRASIL. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

determinação, em seu art. 12, da ordem cronológica, preferencialmente, de conclusão para que os juízes e tribunais profiram suas sentenças e acórdãos, o que demonstra um acerto do legislador, porquanto estabelece uma padronização mínima ao funcionamento da administração dos processos em todo Brasil e impede o prolongamento indevido dos casos complexos. Apresenta, ainda, a tutela de evidência no art. 311, que, segundo Theodoro Júnior,⁸ será concedida em caráter provisório, quando restar comprovado suficientemente o direito material da parte, diante da presença da liquidez e certeza deste, partindo-se do princípio que a duração do processo não deve causar maior prejuízo a quem já demonstrou ter melhor direito na lide.

Não obstante, para concretizar a efetividade da prestação jurisdicional, Theodoro Júnior,⁹ constata a necessidade de se respeitar o processo justo, no qual é assegurado o acesso à justiça, o respeito aos princípios constitucionais e garantias fundamentais, dentre elas, a duração razoável do processo, a fim de proporcionar uma tutela jurisdicional tempestiva e justa. Na verdade, como indicado por Mendes¹⁰, a duração indefinida ou ilimitada do processo afeta a tutela efetiva, bem como compromete a proteção da dignidade humana, eis que transforma o ser humano em objeto dos processos estatais.

Logo, tal qual o processo por tempo indefinido não promove o processo justo, priorizar a celeridade em prejuízo às demais garantias constitucionais também não alcança a justiça e a tutela jurisdicional efetiva. Portanto, alguma demora irá existir, o que Tucci¹¹ denominou de

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 675.

⁹ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (série EDB)*. [ebook]. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

¹¹ TUCCI apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

“tempo do processo”, eis que, para concretizar os seus ritos, o processo exige um tempo mínimo, como bem leciona Aury Lopes Jr¹².

O processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado na sua própria concepção, enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade. O tempo é elemento constitutivo e inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo.

Assim, a duração razoável pressupõe o respeito ao devido processo legal, de forma a assegurar o processo justo, em respeito ao contraditório, à ampla defesa e às demais garantias fundamentais, com intuito de construir um sistema processual sem dilações indevidas.

2. O PEDIDO DE VISTA E A AUTONOMIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM LEGISLAR NORMAS PROCESSUAIS INTERNAS

O pedido de vista tem previsão legal no nosso ordenamento jurídico no atual Código de Processo Civil em seu art. 940, §1º e §2º¹³, inserido no capítulo sobre a ordem dos processos no Tribunal. Este dispositivo estabelece o prazo máximo de 10 dias, após o qual o recurso deve ser reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte. A aludida Lei Federal prevê também que o juiz pode pedir prorrogação do prazo de vista por mais dez dias, no qual findo, tal como ocorrerá caso a prorrogação não for solicitada pelo juiz, o presidente do órgão deve requisitar os autos para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente.

No Supremo Tribunal Federal, há disposição própria do pedido de vista prevista no regimento interno deste Tribunal Constitucional em seu art. 134¹⁴, no qual dispõe que, se algum

¹² LOPES JR apud GOMES, Décio Alonso. *(Des) Aceleração Processual*: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9.

¹³ Vide nota 7.

¹⁴ BRASIL. STF. Regimento interno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

Ministro pedir vista dos autos, deverá devolvê-los para julgamento até a segunda sessão ordinária subsequente. Por sua vez, as resoluções nº 278¹⁵ de 2003, com as modificações das resoluções nº 313 de 2005 e nº 322¹⁶ de 2006, todas do Supremo Tribunal Federal, regulamentam o art. 134 do referido regimento interno, estabelecendo a prorrogação automática do prazo de 10 dias de vista, caso o Ministro não devolva os autos, excetuados os casos de réu preso.

É cediço que compete privativamente à União legislar sobre matéria processual, nos termos do art. 22, I, da CRFB/88¹⁷. Assim, são fontes formais do direito processual¹⁸ a Constituição, os tratados internacionais, as leis complementares, as leis federais ordinárias, as leis de organização judiciária e os regimentos internos dos tribunais.

Dito isso, Moraes¹⁹ define como Direito judicial o fenômeno de criação do processo constitucional pelas fontes formais, e o subdivide em Direito judicial heterônomo e Direito judicial autônomo, de modo que enquanto o Direito judicial heterônomo se origina das normas constitucionais, supralegais ou legais alheias à vontade da justiça constitucional, o Direito judicial autônomo é originado por uma fonte formal que demonstra a vontade da própria justiça constitucional.

Ressalta-se que a justiça constitucional é uma definição distinta de jurisdição constitucional, que é definida por Barroso²⁰ como:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das

¹⁵ BRASIL. STF. Resolução 278/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO278.PDF>>. Acesso em 18 out. 2016.

¹⁶ BRASIL. STF. Resolução 322/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO322.PDF>>. Acesso em 18 out. 2016.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

¹⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 28.

¹⁹ MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39/40.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365.

leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Em contrapartida, Moraes²¹ aponta o enfoque da justiça constitucional às atividades exercidas nos Tribunais Constitucionais, em especial nas suas funções estruturais e em seus elementos, sendo estes divididos em elementos materiais e formais.

O regimento interno da Corte Constitucional estaria inserido dentro da função legislativa da justiça constitucional, como leciona Tavares²², relacionando, ainda, as funções interpretativa, estruturante, arbitral e governativa.

Contudo, a função legislativa da justiça constitucional não se limita ao regimento interno. Tavares²³ demonstra que outras atuações da função legislativa aparecem (i) quando a Constituição, em hipótese rara, prevê competência legislativa em sentido estrito para o Tribunal Constitucional; (ii) no controle preventivo de constitucionalidade; (iii) no controle das omissões inconstitucionais; (iv) e quando o Tribunal profere decisões aditivas, redutoras e substitutivas da legislação.

Por outro lado, Moraes²⁴ divide em três espécies de (auto)legislação. Além do regimento interno, colaciona o gênero “decisões atípicas do Tribunal Constitucional”, que, em julgamentos de inconstitucionalidades omissivas ou comissivas, utiliza-se de técnicas de decisão capazes de resultar em um comando normativo criador de Direito, alcançando outras consequências que não apenas jurídicas, e, por fim, a autocriação processual da justiça constitucional. Esta seria, nas palavras de Arroyo²⁵, “um instrumento para o desenvolvimento dos princípios e regras

²¹ MORAES, op. cit., 2012, p. 56.

²² TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 jun. 2016 às 16:14.

²³ *Ibid.*, p. 38/39.

²⁴ MORAES, op. cit., 2012, p. 66.

²⁵ ARROYO apud MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

constitucionais que configuram o direito processual constitucional”, complementando e desenvolvendo a regulação processual constitucional.

No tocante ao regimento interno, destaca-se que a sua elaboração tem como fundamento a Constituição, em seu art. 96²⁶, inciso I, e os Tribunais devem observar as normas de processo e das garantias processuais das partes, podendo dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos. Este dispositivo exterioriza uma das garantias da independência e autonomia do Judiciário, que tem o poder de autogoverno da magistratura e auto-organização²⁷.

No entanto, a autonomia da justiça constitucional não se restringe à autonomia organizativa, extraída do aludido dispositivo, sendo-lhe um verdadeiro atributo²⁸ com fins de flexibilizar o funcionamento das entidades, políticas ou administrativas, e dos órgãos públicos independentes, se subdividindo em autonomia organizativa, autonomia competencial e autonomia processual.

Enquanto a autonomia competencial, segundo Moraes²⁹, “é relativa à produção de normas jurídicas de delimitação da esfera de competência das organizações de justiça constitucional, inclusive as proposições sobre as causas de competência originária e os recursos, ordinários ou excepcionais, afetos ao órgão”, a autonomia organizativa refere-se à “produção de normas jurídicas de estruturação interna e de regime de pessoal dos organismos de justiça constitucional”.

Reitera-se que o Supremo Tribunal Federal, ao utilizar sua autonomia organizativa para elaborar o regimento interno, deve respeitar a limitação formal, consubstanciada pelas normas de

²⁶ Vide nota 17.

²⁷ GRECO, op. cit., 39.

²⁸ MORAES, op. cit., 2012, p. 79.

²⁹ Ibid.

processo e das garantias processuais das partes, ou seja, pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, conforme se extrai do art. 96, I, 'a', da CRFB/88³⁰.

Ressalta-se, entretanto, que existem normas processuais previstas no regimento interno. Elas se enquadram em duas situações: a primeira refere-se à delegação³¹ da Constituição e das leis ordinárias ao regimento interno para disciplinar matéria processual, como, por exemplo, art. 930 do Código de Processo Civil³², o qual prevê que a distribuição dos processos, bem como o art. 533 do revogado código de processo civil de 1973³³, que estabelecia o julgamento dos embargos infringentes conforme disposição do regimento interno. A segunda, diz respeito à recepção do regimento interno, que é de 1980, pela Constituição Federal de 1988, sendo-lhe deferida força³⁴ de lei, considerando válidas as disposições processuais contidas no regimento interno à época da promulgação da CRFB/88.

Dessa forma, apesar das limitações formais e da competência privativa da União em legislar sobre matéria processual, embora sejam, em regra, vedadas novas inserções de matéria processual pelo regimento interno após a promulgação da CRFB/88, admite-se novas previsões de normas processuais caso a Lei ordinária ou Constituição, assim, delegarem.

3. O PEDIDO DE VISTA ALÉM DO PRAZO REGIMENTAL E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O pedido de vista realizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal deve observar o prazo estabelecido no regimento interno desta Corte Constitucional. Contudo, não rara às vezes,

³⁰ Vide nota 17.

³¹ GRECO, op. cit., p. 39.

³² Vide nota 7.

³³ BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

³⁴ MORAES, op. cit., 2012, p. 81.

os processos não são devolvidos para julgamento na sessão estipulada. O “III relatório o supremo em números: o Supremo e o tempo”³⁵, produzido pela FGV Direito Rio, demonstra que o respeito ao prazo estabelecido para o pedido de vista é exceção.

Aponta este relatório, em sua página 93, que entre 1988 e 2010 foram formulados 2.987 pedidos de vistas nos processos de ação de controle concentrado, nos quais até 31 de dezembro de 2013, 124 não haviam sido devolvidos. A média de duração do pedido de vista destes processos não devolvidos era de 1.095 dias, e a média de duração do pedido de vista dos processos devolvidos até 31 de dezembro (2.863 restantes) era de 346 dias.

Portanto, observa-se que cada pedido de vista leva aproximadamente um ano, o que é um período excessivamente prolongado se comparado com o prazo de 20 dias do regimento interno.

Dessa forma, seria correto afirmar que esses pedidos de vista prolongados configuram-se em uma violação à norma constitucional e legal? Estaria o Supremo Tribunal Federal não cumprindo, ele próprio, a sua função de defender as normas constitucionais, ao não respeitar a duração razoável do processo quando não observa o prazo para a devolução do pedido de vista previsto no regimento interno?

Em primeiro lugar, há de se questionar se há um tempo limite para a duração razoável do processo. Não há consenso no que se refere à existência de um tempo limite para a duração razoável do processo. Gomes³⁶ critica a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que já se manifestou pela impossibilidade de definição de um conceito para prazo razoável, desobrigando os Estados a fixar um prazo máximo, pois para a aludida Comissão deve-se averiguar a

³⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO RIO. *III Relatório o Supremo em números: o Supremo e o Tempo*. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20n%c3%b3meros%20-%20o%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em 01/10/2016 às 14:33.

³⁶ GOMES, op. cit., p. 88.

razoabilidade em cada caso concreto. Theodoro Júnior.³⁷ ratifica o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de não ser possível determinar um prazo máximo, uma vez que a razoabilidade do prazo e a celeridade são duas garantias diversas, estabelecidas pelo art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988.

No entanto, mesmo considerando ser necessária a análise de cada caso concreto para apurar se a duração razoável do processo está sendo violada ou não, o referido estudo empírico produzido pela FGV Direito Rio é um indicativo da violação, embora seja uma análise genérica da demora da prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, outro ingrediente deve ser inserido nesta discussão: a justiça constitucional e sua autonomia processual. Como exposto no segundo capítulo, a justiça constitucional tem como atributo a autonomia, que pode ser segmentada em autonomia organizativa, competencial e processual.

Além da autonomia organizativa e competencial, abordadas no segundo capítulo, define-se³⁸ autonomia processual da justiça constitucional como:

[...]forma de Direito Judicial do Direito Processual Constitucional, isto é, atributo da justiça constitucional que lhe confere maior grau de liberdade na configuração do processo constitucional, pela atividade de natureza constitucional de criação judicial de princípios e regras processuais, ao lado das normas materiais que se afigurarem incidíveis ou imanentes a elas, para suprir deficiência ou inexistência ou mesmo contrariar orientações da lei processual constitucional em algumas hipóteses, de modo que o tribunal constitucional se converte em legislador constitucional primeiro, intérprete depois, da sua própria normatização processual.

Moraes³⁹ leciona que as manifestações da autonomia processual são suscetíveis de abordagem por três tendências, conforme jurisprudência e regimento interno do Supremo

³⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 77.

³⁸ MORAES, op. cit., 2012, p. 84.

³⁹ Ibid., p. 127.

Tribunal federal: “filtragem processual”, “pluralização do debate constitucional” e “redimensionamento da eficácia das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal”.

Enfocar-se-á, este artigo, apenas na primeira tendência referente ao acesso à justiça constitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem utilizado alguns mecanismos⁴⁰ de filtragem processual, como o prequestionamento de matéria constitucional, a repercussão geral, o objeto do controle concentrado-principal, a legitimidade especial e a definição de pauta de julgamento. Com efeito, verifica-se que são barreiras impostas pelo Supremo Tribunal Federal a fim de controlar o volume de processos para julgamento, assegurando certa estabilidade normativa. Tais mecanismos decorrem da “natureza instrumental do processo constitucional”⁴¹, que tem incumbência de concretizar a Constituição, de modo que princípios específicos do Direito Processual são relativizados⁴², como os princípios da indeclinabilidade, do contraditório, da congruência, da demanda, da disponibilidade e da gratuidade.

Portanto, a Corte Constitucional tem discricionariedade para definir se a matéria constitucional, suscitada pela parte, apresenta substrato constitucional a fim de que seja conhecida e julgada pela Corte.

No tocante à definição de pauta para julgamento, Dimoulis⁴³ argumenta se tratar de mecanismo de filtragem constitucional, pois o Tribunal Constitucional escolhe o momento que cada processo será julgado, acelerando ou retardando o acesso a justiça.

Assim, sendo a filtragem constitucional um mecanismo decorrente da autonomia processual da justiça constitucional, percebe-se que o Tribunal Constitucional pode relativizar

⁴⁰ Ibid., p. 129.

⁴¹ HÄBERLE apud MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

⁴² MORAES, op. cit., 2012, p. 31.

⁴³ DIMOULIS apud MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 145.

orientações da lei processual constitucional. Contudo, a autonomia processual encontra limites formais e materiais. Enquanto as limitações formais⁴⁴ são oriundas do ordenamento jurídico, regras legais, constitucionais e de tratados e convenções internacionais, as limitações materiais⁴⁵ decorrem dos princípios da separação dos poderes, da subsidiariedade, da vedação do arbítrio, da segurança jurídica e da proporcionalidade.

Na definição de pauta para julgamento, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 21, X⁴⁶, prevê que cabe ao relator pedir dia para julgamento do feito, sem, contudo, prever qualquer prazo vinculativo, capaz de constranger o relator a colocar o processo para julgamento no prazo regimental, sendo a definição de pauta estabelecida a critério pessoal do relator, o que, nas palavras de Dimoulis⁴⁷, configura um mecanismo de seletividade política.

O pedido de vista, a seu turno, conforme exposto no capítulo anterior, está previsto no art. 134⁴⁸ do regimento interno do STF, regulamentados pela resolução nº 278/2003⁴⁹, alterada pelas resoluções 313/2005 e 322/2006⁵⁰, todas do STF. A redação original da resolução 278/2003, com as devidas alterações, estabelece que, findo o prazo regimental para o pedido de vista, a Presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao ministro o vencimento do referido prazo.

Portanto, por questões pessoais, seja para um melhor estudo da matéria, ou por acreditar que o objeto em discussão não deve ser julgado naquele instante, o Ministro tem o direito de pedir vista do processo, retardando o julgamento. Entretanto, como não existe, na prática,

⁴⁴ MORAES, op. cit., 2012, p. 106.

⁴⁵ Ibid., p. 110.

⁴⁶ Vide nota 14.

⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *O poder de quem define a pauta do STF*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/39484-o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf.shtml>>. Acesso em 24/08/2016 às 08:42.

⁴⁸ Vide nota 14.

⁴⁹ Vide nota 15.

⁵⁰ Vide nota 16.



respeito ao prazo regimental, nem há meios para constranger aqueles Ministros para devolver os autos, infere-se que se trata, igualmente, de um mecanismo de filtragem constitucional tal qual o é a definição da pauta de julgamento.

Assim, não é possível apontar de plano que o pedido de vista além do prazo regimental viola a duração razoável ao processo, pois além de ter que analisar cada caso concreto, há de sopesar também o aspecto de autocriação do processo constitucional, decorrente da autonomia da justiça constitucional.

CONCLUSÃO

A duração razoável do processo foi estipulada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, atualmente, está consagrada como garantia constitucional, conforme a previsão no art. 5º, inciso LXXVIII.

Não obstante, verifica-se a impossibilidade de definir um prazo limite para definir o que seria um processo justo, porquanto se deve analisar em cada caso concreto se a demora processual foi necessária ou não, eis que para concretizar a efetividade da prestação jurisdicional, deve-se respeitar o processo justo, a fim de proporcionar uma tutela jurisdicional tempestiva e justa, bem como construir um sistema processual sem dilações indevidas.

No entanto, não se pode concluir que o desrespeito ao prazo regimental sobre pedido de vista no STF, automaticamente, constitui uma violação ao princípio da duração razoável do processo. Isso porque, além da sobrecarga excessiva de processos no Supremo Tribunal Federal, algumas demandas complexas exigem maior tempo para análise, demonstrando-se razoável um pedido de vista mais prolongado. Ademais, a autonomia da justiça constitucional permite a relativização de determinados princípios processuais a fim de concretizar a Constituição.

O “III relatório o supremo em números: o Supremo e o tempo”, produzido pela FGV Direito Rio, aponta que não existe, na prática, um respeito ao prazo regimental, demorando em média 01(um) ano cada pedido de vista dos processos que foram devolvidos.

Verifica-se que não há, no regimento interno, meios para constranger aqueles Ministros a devolver os autos, embora haja previsão, não utilizada pelo STF, da requisição dos autos pelo presidente no código de processo civil, em seu art. 940, parágrafos 1º e 2º.

Inferre-se, portanto, que tal qual a definição de pauta para julgamento, o pedido de vista, na prática, configura-se como um mecanismo de filtragem constitucional, pois o Ministro influencia diretamente no momento que cada processo será julgado, acelerando ou retardando o acesso à justiça.

A filtragem constitucional é uma tendência da autonomia processual, que, por sua vez, é um atributo da justiça constitucional, conferindo maior liberdade na configuração do processo constitucional, pela criação judicial de princípios e regras, a fim de suprir a deficiência do ordenamento jurídico, importando, inclusive, em relativização das formalidades do processo.

Portanto, há de se analisar a duração razoável do processo em cada caso concreto e, no tocante ao pedido de vista, sopesar o aspecto de autocriação do processo constitucional decorrente da autonomia da justiça constitucional. Por conseguinte, não é possível apontar a ocorrência de violação à duração razoável do processo por conta de pedidos de vista além do prazo regimental, visto que a autonomia da justiça constitucional relativiza tais regras processuais a fim de concretizar a Constituição.

Sem prejuízo, nos processos em que os limites materiais da autonomia processual não forem respeitados, haverá uma demora indevida, podendo acarretar uma injustiça e danos marginais às partes, oriundos, em parte, da violação à duração razoável do processo.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto n. 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 18 out. 2016.

_____. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. STF. Regimento interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao/RegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. STF. Resolução 278/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO278.PDF>>. Acesso em 18 out. 2016.

_____. STF. Resolução 322/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO322.PDF>>. Acesso em 18 out. 2016.

CABRAL apud EMILIANO, Eurípedes de Oliveira. *O princípio da razoável duração do processo e o dano marginal*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-e-o-dano-marginal,48665.html>>. Acesso em: 13 out. 2015, às 21:01.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *O poder de quem define a pauta do STF*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/39484-o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf.shtml>>. Acesso em 24/08/2016 às 08:42.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO RIO. *III Relatório o Supremo em números: o Supremo e o Tempo*. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%b3meros%20%20O%20Supremo%20e%20%20Tempo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em 01/10/2016 às 14:33.

GOMES, Décio Alonso. *(Des) Aceleração Processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (série EDB)*. [ebook]. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

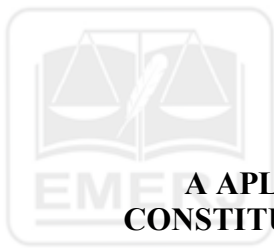


MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 jun. 2016 às 16:14.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



A APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS PUNITIVOS À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Victor Elias Alencar Kecher

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

Resumo: Instituto jurídico amplamente consagrado pela doutrina e jurisprudência brasileira, o dano moral punitivo baseia-se na ideia de que a responsabilidade civil extrapatrimonial tem uma dupla função: compensatória e punitiva. O presente trabalho acadêmico não tem por escopo analisar a recepção do referido instituto por nosso ordenamento jurídico, senão a compatibilidade da forma de aplicação dos mesmos pelos tribunais pátrios com a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

Palavra Chave: Direito Processual Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral Punitivo.

Sumário: Introdução. 1. Dano Moral Punitivo. 2. A Forma de Aplicação dos Danos Morais Punitivos. 3. Garantia da Fundamentação das Decisões Judiciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem por escopo analisar a adequação de aplicação dos danos morais punitivos pelos tribunais à garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais. Questiona-se se, ao cumular as funções reparatória e punitiva da responsabilidade civil no arbitramento da condenação em danos morais, sem uma indicação clara de qual percentual do valor condenatório é atinente a cada um dos mencionados objetivos, não se estaria infringindo o disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Dessa forma, realizar-se-á uma análise dos institutos jurídicos envolvidos no presente objeto de análise, quais sejam, o dano moral punitivo e a garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais, tendo como suporte a apreciação da doutrina a respeito das citadas figuras jurídicas. Além disso, examinar-se-á o modo como a jurisprudência brasileira aplica o dano moral punitivo nas situações concretas levadas à sua apreciação.

Conforme já exposto, a Constituição Federal prevê a garantia da fundamentação das decisões judiciais, determinando que os atos decisórios oriundos do poder judiciário devem ser fundamentados, sob pena de serem reputados nulos. Nessa ordem de ideias, indaga-se se a atual forma de aplicação dos danos morais punitivos observa o referido dever constitucional.

Cumprir ser esclarecido que, ao longo da presente obra acadêmica, não se está a questionar a recepção ou não da função punitiva dos danos morais por parte do ordenamento

jurídico, senão se o modo de sua aplicação é condizente com a garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais.

Trata-se de tema grande relevância, na medida em que os danos morais punitivos, ainda que se registre a existência de importantes vozes doutrinárias que não aceitam a sua existência, são largamente aplicados pela jurisprudência nacional, notadamente em um contexto de massificação de demandas judiciais, no qual se busca, por meio do referido instituto jurídico, inibir contumazes praticantes de condutas antijurídicas, de forma a puni-los com a elevação do valor das condenações.

No primeiro capítulo, analisar-se-á o instituto dos danos morais punitivos, fazendo-se uma apreciação da construção doutrinária que sustenta a sua existência no ordenamento jurídico, sem deixar, no entanto, de apontar a posição daqueles que o criticam.

Por sua vez, ao longo do segundo capítulo, dissecar-se-á a garantia da fundamentação das decisões, de modo a expor sua importância como instrumento democrático, bem como determinar o alcance dessa garantia.

O terceiro capítulo terá por escopo realizar uma apreciação crítica acerca da aplicação dos danos morais punitivos pelos tribunais pátrios no atinente ao seu dever constitucional de adequadamente fundamentar seus provimentos decisórios.

Esclarece-se que a presente obra acadêmica usará como metodologia pesquisas bibliográficas, qualitativas e exploratórias.

1.DANO MORAL PUNITIVO

Instituto jurídico inspirado no *punitive damages*¹ dos ordenamentos jurídicos da *common law*, os danos morais punitivos se baseiam na noção de que responsabilidade civil, além de uma função reparar resultados danosos oriundos de condutas lesivas, também pode exercer um papel punitivo, com vistas a impedir a prática de comportamentos lesivos. Trata-se da ideia de que, ao arbitrar os valores das condenações em danos morais, o julgador deve ter em conta não somente a extensão do dano sofrido, como também acrescentar um valor suplementar, com o desiderato de punir o praticante da ofensa.

¹ LAW.COM *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. "*Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas". In *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 356. "*Punitive damages*, em sua atual formatação nos Estados Unidos, são indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente ("grotescamente") negligentes."



Sintetizando o raciocínio ora exposto, apresenta-se a elucidativa lição de André Gustavo Corrêa de Andrade.

Prepondera na doutrina e na jurisprudência brasileira o entendimento de que a indenização pelo dano moral não cumpriria apenas um papel de compensação pelo dano ou satisfação concedida à vítima. A doutrina, em sua maioria, acentua a existência de uma dupla função da indenização do dano moral: do lado da vítima, atuaria como compensação pelo dano sofrido; voltado os olhos para o ofensor, funcionaria como uma pena pelo dano causado.²

Dessa forma, para a correta incidência de sua função penalizadora, as quantias estabelecidas na condenação em danos morais devem levar em conta as circunstâncias pessoais do autor - sua capacidade econômica e contumácia com a qual incide no comportamento lesivo -, bem como o seu grau de culpa *lato senso*, se foi leve, grave ou o agente atuou com dolo. Saliencia-se ser imprescindível a existência do elemento culpa na atuação do autor do dano para que se apliquem os danos morais coletivos, na medida em que não há qualquer eficácia preventiva na punição de um resultado danoso cuja ocorrência não se podia evitar.

Por sua vez, cumpre destacar que o direito privado brasileiro, oriundo da tradição romano-germânica, tem suas raízes fincadas no sistema da *civil law*, modelo no qual a incidência da responsabilidade civil se limita à função de reparar os danos causados. Não por acaso, esse foi o entendimento perfilhado pela doutrina civilista tradicional, o que torna fácil a compreensão de sua posição refratária à adoção dos danos morais punitivos no ordenamento jurídico brasileiro.

Certamente um dos mais ilustres adeptos da corrente tradicional, Pontes de Miranda definia a questão nos seguintes termos.

A teoria da responsabilidade pela reparação de danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança [...] em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar [...] Ora, o pagamento indenizatório a título punitivo seria claramente uma afronta ao princípio do enriquecimento ilícito[...] A

² ANDRADE, Gustavo Corrêa de. "O papel da responsabilidade civil na sociedade contemporânea. Reparação, prevenção e punição.". In: MARTINS, Guilherme. *Temas de Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.p.28.

reparação é sem propósito exemplificativo, disciplinar: o que se tem por fito é emenda, correção objetiva.³

No entanto, ao se observar o atual cenário jurídico brasileiro, percebe-se sem dificuldades que a maior parte da doutrina e jurisprudência se deslocaram em sentido oposto àquele defendido pelo doutrinador. Em realidade, o que se nota é a massiva adoção dos danos morais punitivos, de maneira a representar uma profunda ruptura paradigmática no ordenamento jurídico privado nacional, haja vista configurar o reconhecimento de que a responsabilidade civil também seria dotada de uma função repressiva. Trata-se a superação do entendimento mais afeito às tradições romanistas do direito civil, prevalecendo aquele que permite a inserção de figuras jurídicas oriundas do direito anglo-saxão.

De acordo com essa nova corrente doutrinária, ao longo das últimas décadas, o direito privado brasileiro sofreu profundas mudanças, merecendo destaque a promulgação da nova constituição republicana de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor. Nessa ordem de ideias, afigura-se necessária uma releitura de vários dos institutos que compõe o arcabouço privado brasileiro, dentre esses, a responsabilidade civil.

No âmbito constitucional, faz-se menção à dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III da carta magna⁴, cuja proteção, ante o inegável peso axiológico desse princípio, não pode prescindir de qualquer ferramenta jurídica.

Em semelhante sentido, aponta-se o princípio da prevenção a ocorrência de danos ao consumidor, estatuído no art. 6º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor⁵. Cuida-se de dispositivo que, de forma expressa, autoriza o manejo de mecanismos preventivos de condutas lesivas ao consumidor.

Dessa forma, afigura-se plenamente condizente com atual ordenamento jurídico a aplicação dos danos morais punitivos, já que o caráter repressivo neles contido tem por precípua finalidade coibir a prática de novos atos lesivos.

Nesse sentido, colacionam-se novamente os comentários de André Gustavo Corrêa de Andrade.

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como razão legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da

³ PONTES DE MIRANDA *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. "Caráter punitivo, além do compensatório?". In *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura civil -constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.262

⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2016.

⁵ _____, Lei 8.078/90 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.html\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.html). Acesso em 18 abr. 2016.



mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.⁶

Desse modo, embora ainda existam respeitáveis vozes doutrinárias a negar a validade da função repressiva responsabilidade civil, observa-se que os danos morais punitivos foram plenamente recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio, na medida em que, se corretamente aplicados, podem configurar um importante instrumento preventivo de lesões a bens jurídicos. Trata-se, em grande parte, de um consectário do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, o qual impõe que a interpretação dos dispositivos legais que compõem o sistema seja no sentido de dar a maior concretude possível aos valores constitucionais.

2.A FORMA DE APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS PUNITIVOS

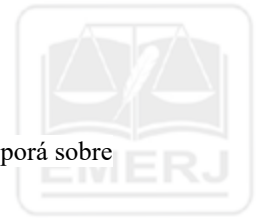
Promulgada em 05 de outubro de 1988, a atual Constituição brasileira, também conhecida pela alcunha de constituição cidadã, configura o marco final da ruptura ocorrida no sistema político brasileiro, ratificando o fim do regime militar e criando os contornos jurídicos básicos da nascente república democrática. Ao contrário da Constituição de 1967, a qual, sob forte influência da doutrina de segurança nacional, caracterizava-se pelos seus fortes contornos autoritários⁷ exercidos por meio de atos institucionais, o atual texto magno, rompendo com a estrutura então vigente restabelece, em nosso país, o Estado Democrático de Direito não apenas sob o viés formal, mas principalmente o substancial.

Trata-se de um modelo jurídico informado por valores como a integração social, política e econômica, que tem como desiderato a efetiva proteção do cidadão em face da ingerência indevida do ente estatal, resguardando seus direitos de natureza individual, social e política.

Dentre as inúmeras inovações aportadas pelo referido texto magno, pode-se apontar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, a qual foi positivada em seu art. 93, inciso IX nos seguintes termos.

⁶ ANDRADE, op. cit.,p.34.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 120



Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação⁸

A referida garantia tem por finalidade permitir que os atos jurisdicionais sejam expostos a um sistema de fiscalização, de modo a configurar um dever do julgador a clara explicitação das razões que o levaram a proferir tal decisão, bem como enfrentar todas as questões apresentadas pelas partes, sob pena de serem declaradas nulas. Trata-se, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, de um instrumento imprescindível da garantia da proteção judicial efetiva.

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX). E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio de razões apropriadas.⁹

Nesses moldes, é fácil a percepção de que a adequada fundamentação de uma decisão configura um instrumento essencial para o exercício de seu controle, devendo, conseqüentemente, o julgador empreender seus máximos esforços para torná-la o mais compreensível possível.

Ainda no atinente à sua finalidade, consagrada doutrina¹⁰ sustenta que a garantia da motivação das decisões teria uma dupla função, qual seja, uma endoprocessual e outra exoprocessual.

A função endoprocessual seria voltada para as partes atuantes no processo, de modo a lhes possibilitar um apropriado juízo de valor acerca da sentença, bem como fornecer-lhes os elementos necessários para a interposição de algum ato impugnativo.

Por sua vez, a função exoprocessual, extraprocessual, seria o controle da decisão realizado pela coletividade, sendo essa um consectário da democracia, tendo em vista que o

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 set. 2016.

⁹ MENDES; BRANCO op. cit., p.460.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Juspodium, 2015, p. 345.

do poder estatal, o qual emana do povo.

Nesses moldes, tendo em vista que a adequada fundamentação de uma decisão configura um instrumento essencial para o exercício de seu controle, seja pelas partes diretamente interessadas, seja pela coletividade, o julgador deve conseqüentemente empreender seus máximos esforços para torná-la o mais compreensível possível. Nesse sentido, é a lição de Fredie Didier Jr.

Para que seja viável a controlabilidade da decisão, é necessário que a motivação seja compreensível, pública e acessível. E, para que seja passível de controle não só interno (pelas partes e tribunais), como também externo e difuso (da opinião pública), não deve ser estritamente elaborada em uma linguagem técnico-jurídica, só conhecida e alcançada pelo profissional do direito. Deve ser passível de entendimento e compreensão geral, permitindo um controle difuso e social dos seus termos por um auditório universal.¹¹

Por fim, é cabível trazer à baila também umas das mais significativas inovações aportadas pelo novo Código de Processo Civil, diploma que, em seu art. 489, §1º, traz um rol de hipóteses em que a decisão não se considerará fundamentada.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Registra-se que, embora não seja o escopo da presente obra acadêmica analisar o mencionado dispositivo, não há qualquer dúvida de que a sua criação tem por finalidade resguardar a garantia constitucional da fundamentação das decisões, a qual vinha tendo sua observância mitigada por inúmeros magistrados, notadamente em face do excessivo número de processos.

¹¹ DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA op. cit.,p.460

3.A APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS PUNITIVOS PELOS TRIBUNAIS

Conforme exposto anteriormente no presente trabalho acadêmico, o dano moral punitivo se baseia na ideia de que, nas situações em que se registrar culpa grave ou dolo, as condenações judiciais a esse título detêm uma dupla finalidade uma de natureza compensatória - um conforto para a vítima - e outra de escopo punitivo - instituindo uma penalidade exemplar. Nessa toada, cumpre analisar a maneira pela qual tal modalidade de condenação vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios.

De maneira preliminar, é cabível registrar as grandes dificuldades relativas à determinação do valor da punição. Uma de suas causas, embora não a única, é decorrente da não existência de um marco legal claro acerca de seus critérios de aplicação, o qual consubstanciaria um importante instrumento de previsibilidade das decisões judiciais, de modo que sua ausência cria um ambiente de grande insegurança jurídica.

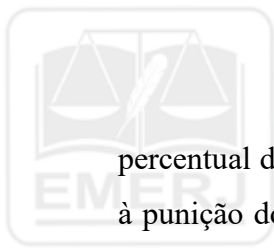
Cumpre apontar que, em sede doutrinária, sustenta-se a necessidade de o julgador atuar de forma proporcional, tendo em conta as peculiaridades do caso que se lhe apresenta, com vistas a impor uma punição, contudo sem ocasionar o enriquecimento sem causa do pleiteante. Apesar do valor dessa lição, é fácil a percepção de que essa não soluciona o problema da falta de uma baliza objetiva apta a prover uma maior previsibilidade às condenações.

A título exemplificativo, traz-se à baila o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho do arbitramento do dano moral punitivo.

Em conclusão, após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom-senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido (...) o que está a indicar que o juiz não pode se afastar dos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, hoje tidos como princípios consuetudinários.¹²

Em adição à mencionada dificuldade, aponta-se também o fato de, ao se estipular as condenações por danos morais, não haver uma indicação clara, por parte do julgador, do

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas S.A, 2010.p.100



percentual do valor destinado à reparação, compensação, do mal praticado, e daquele que visa à punição do perpetrador da conduta. Ao contrário, o que se observa é que a fundamentação dessas decisões se limita ao uso de termos genéricos como "proporcionalidade", "razoabilidade" e "função pedagógica" no que se refere à determinação do valor.

Nesse sentido, colacionam-se duas ilustrativas decisões do egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em tais circunstâncias, deve-se considerar, no caso concreto, ainda, o fato da empresa ré não ter demonstrado interesse de resolver a pendenga na via administrativa, com a entrega do produto correto, no menor tempo possível, somente o fazendo após o ajuizamento da demanda; até porque, diante do erro grotesco cometido, em que o cliente ao adquirir um computador recebe uma inusitada panela de pressão, resta claro, o vexame experimentado, devendo-se, na quantificação do dano, ser sopesado todas essas questões, em observância, sobretudo, ao caráter punitivopedagógico do instituto, de modo a desestimular condutas semelhantes, sem se afastar, contudo, dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.¹³

Sem um critério legal pré-determinado para arbitramento da indenização por dano moral, mas diante do que indica a doutrina e a jurisprudência, deve o julgador observar a capacidade econômica das partes, o objetivo compensatório e um componente punitivo, diante das circunstâncias do caso concreto. Assim, considerando as circunstâncias do caso concreto, tem-se que o quantum fixado a título de danos morais de R\$ 2.500,00 para autora restou adequado à hipótese e, ainda atendeu ao seu caráter compensatório e preventivopedagógico, sem esbarrar, no enriquecimento sem causa.¹⁴

Nesses moldes, observa-se que, atualmente, os tribunais pátrios não realizam uma indicação pormenorizada dos critérios usados no arbitramento dos valores das condenações, levando ao questionamento de se tal conduta observa o prescrito no art. 93, IX da carta republicana¹⁵.

CONCLUSÃO

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0014249-98.2011.8.19.0087. Relator: Des. Wilson do Nascimento. *Consulta Privada Jurisprudência*, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000412E14033A3E9AFC55048539228CD88CBC5053D032D42>. Acesso em: 30 set. 2016

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0004806-56.2015.8.19.0064. Relator: JDS. Luiz Roberto Ayoub. *Consulta Privada Jurisprudência*, 26 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C53F357B00123E20185DD0B518A580C8C5053B5E4231>. Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁵ " Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:[...]

(...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação "



O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de suas raízes romano-germânicas, acabou por introduzir a figura jurídica dos *punitive damages*, não havendo mais grandes discussões doutrinárias ou jurisprudenciais acerca de sua incidência. Nesses moldes, o desafio apresentado aos tribunais pátrios é compatibilizar a ideia de uma responsabilidade civil de viés punitivo com a garantia constitucional da devida fundamentação das decisões judiciais.

Nesse novo contexto, ganha grande relevância as técnicas usadas na exposição das razões que levaram a estipular os valores impostos em suas condenações, passando-se a exigir explicação pormenorizada da fração do valor atinente ao viés reparatório e aquele estipulado a título punitivo.

Em verdade, o que não se pode mais tolerar é o manejo, por parte do julgador, de fórmulas genéricas, as quais não expõem o raciocínio lógico desenvolvido, servindo apenas para mascarar o vicioso fenômeno do decisionismo judicial.

É cabível registrar que não se está a defender a ausência de qualquer grau de subjetividade na prolação das decisões, até por que se reconhece que tal elemento, subjetividade, é inerente ao exercício da função jurisdicional.

No entanto, não se pode aceitar, à luz de um ordenamento jurídico que se quer democrático, decisões notoriamente desprovidas de um embasamento claro, acessível aos jurisdicionados e a sociedade como um todo.

Nessa ordem de ideias, afigura-se imprescindível uma explanação exaustiva não apenas dos motivos que levaram a condenação, como também dos valores arbitrados, devendo se exigir exposição, de forma clara, do *quantum* reparatório e do *quantum* punitivo.

Salienta-se que tal indicação é fundamental para que as partes possam dialogar com a decisão, instrumentalizando-as para um eventual pleito de sua impugnação. Trata-se do estabelecimento de um padrão lógico apto a criar um maior grau de racionalidade às decisões judiciais, notadamente no âmbito das condenações a título de dano moral punitivo.

Em encerramento ao presente trabalho acadêmico, cumpre destacar que o atual cenário jurídico ainda não se mostra muito receptível à ideia de uma fundamentação pormenorizada no que tange aos *punitive damages*. Contudo, já se notam importantes esforços que tem por escopo mudar esse quadro, destacando-se o novo Código de Processo Civil em seu art. 489. Trata-se de um importante marco legislativo que, ao ser corretamente trabalhado pela doutrina e jurisprudência, certamente estabelecerão a necessária observância da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Corrêa de. O papel da responsabilidade civil na sociedade contemporânea. Reparação, prevenção e punição. In: MARTINS, Guilherme. *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, Lei 8.078/90 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 18 abr. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0014249-98.2011.8.19.0087. Relator: Des. Wilson do Nascimento. *Consulta Privada Jurisprudência*, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000412E14033A3E9AFC55048539228CD88CBC5053D032D42>. Acesso em: 30 set. 2016

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0004806-56.2015.8.19.0064. Relator: JDS. Luiz Roberto Ayoub. *Consulta Privada Jurisprudência*, 26 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C53F357B00123E20185DD0B518A580C8C5053B5E4231>. Acesso em: 30 set. 2016

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 9. ed. São Paulo: ed. Atlas S.A, 2010.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. V. 2. Salvador: 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Marica Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à pessoa humana: estudos de direito civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado: conforme a constituição da república*. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ADMISSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Victor Hugo Isabel Pereira da Silva

Graduado pela UniFOA – Centro Universitário de Volta Redonda. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - o princípio da presunção de inocência é consagrado pela máxima de que “ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado”. Neste contexto, discute-se a admissibilidade execução antecipada da pena após acórdão penal confirmatória proferido pelo Tribunal em segunda instância. Analisar-se-á de forma crítica as manifestações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal a partir da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as possíveis incompatibilidades.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Execução Provisória da Pena. Acórdão Penal Condenatório. Trânsito em Julgado. Recurso de Apelação. Efeito Suspensivo.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio da Presunção de Inocência. 2. Posição Superada Do Supremo Tribunal Federal (HC 84.078/MG). 3. Posição Atual Do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP) Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o princípio constitucional da presunção de inocência e discute a mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Execução Antecipada da Pena. Procura-se trazer os argumentos que levaram a essa mudança de entendimento, bem como demonstrar que tal decisão foi eminentemente política.

Para tanto, será abordado, no primeiro capítulo, a origem histórica do princípio da presunção de inocência, o conceito e o conteúdo da presunção de inocência, bem como o princípio enquanto norma.

No segundo capítulo, será levantada a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até 2009. Posteriormente, será analisado o julgamento do recurso de *Habeas Corpus* nº 84.078/MG pelo STF, julgamento esse responsável por pacificar controvérsia existente na própria Corte Constitucional, que entendeu que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada a título cautelar.

Por fim, no terceiro capítulo, será tratada a posição atual do Supremo Tribunal Federal, esse que recentemente foi chamado a reexaminar o tema e adotou posição diametralmente oposta da que havia anteriormente pacificado, posição essa que vem sendo questionada quanto à sua constitucionalidade, tendo em vista haver dispositivo constitucional expresso vedando o assunto.

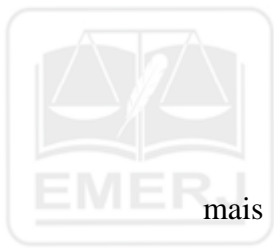
O trabalho enfoca a divergência jurisprudencial sobre o tema, visto que a própria composição dos votos quando do julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal não se deu de modo unânime; pelo contrário, se deu em julgamento apertado por seis votos a quatro.

Trata-se de tema que se mostra relevante porque o princípio constitucional da presunção de inocência é um corolário da dignidade da pessoa humana. E mais, esse tema está intimamente ligado com a segurança jurídica e a sensação de impunidade, pois a sociedade preza por justiça.

Objetiva-se demonstrar que a decisão pela admissibilidade da execução antecipada da pena proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso *Habeas Corpus* nº 162.292 foi uma decisão eminentemente política.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica e comparada, de natureza exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação e escassa doutrina.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA



O Direito Penal e o Direito Processual Penal tratam de um dos bens jurídicos mais caros aos seres humanos, a liberdade. Por essa razão é que todo o processo deve ser pautado no princípio em que se passa a análise.

Em relação à Evolução histórica da presunção de inocência:

Os primeiros relatos sobre a presunção de inocência, chamada por alguns de estado de inocência, a que se tem notícia reporta ao direito romano, mais precisamente aos Escritos do Imperador Trajano entre 111 e 113 D.C.

No *digesto do Corpus iuris civilis* elaborado por ordem de Justiniano e publicado em 533 D.C., também estão presente referências iniciais acerca da presunção de inocência ao apontarem que é preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar a um inocente¹.

Embora haja menções nas “Suma Teológica” de Tomás de Aquino², tem-se por certo que a presunção de inocência tem marco histórico no art. 39 da *Magna Carta Libertatum* de 1215, ao dispor que “Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos seus bens, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, salvo pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.”³

Na Baixa Idade Média, com o estabelecimento da inquisição pelo Papa Gregório IX, a presunção de inocência até prova em contrário também fora ofuscado, até porque na estrutura de processo penal inquisitorial, afirma Nereu José Giacomolli, partia-se da culpabilidade do acusado e não de sua inocência.⁴

Pode-se, então, concluir que, em que pese menções à presunção de inocência tanto no direito romano quanto idade média, impossível era afirmar sua existência, primeiro porque era a presunção de culpa que animava os institutos processuais penais,

¹ DELMATO JUNIOR, Roberto. Desconsideração Prévia de Culpabilidade e Presunção de Inocência. *Boletim IBCCRIM*, ano 6, nº 70, Setembro/1998.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016

³ “Nullusliber homo capiatur, velimprisonetur, autdisseisiat, aututlagetur, autexuletur, autaliquo modo destruat, nec super eumibimus, nec supereummittemus, nisi per legale iudicium pariumsuorumvel per legem terre”.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p 90.



e segundo porque o aparato punitivo estatal à época guardava relação com o direito penal do inimigo.⁵

Somente com o início da Idade Moderna e com as críticas apresentadas pelo iluminismo é que a presunção voltou a ser reafirmada em sua essência, tendo em vista que o ser humano passa a ser visto como única fonte legítima do poder do Estado.

A primeira aparição da presunção de inocência em texto legal ocorreu no art. 8 da Constituição da Virgínia em 1776, constando logo depois nos arts. 7 e 9 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.⁶

De fato, a consagração legal da presunção da inocência acarreta nova perspectiva sobre o processo penal, no sentido de que esse deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade.

Superadas as discussões dogmáticas das escolas penais italianas e passada a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), todas as nações compreenderam a necessidade de criação de bases ético-sociais para a convivência pacífica de todos os povos e de todos os seres humanos. Nesse anseio foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU, onde foi declarada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH.

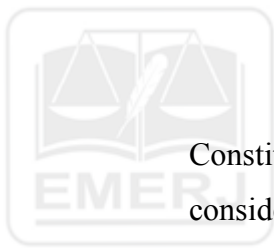
Esse diploma que visava a uma maior observância à dignidade da pessoa humana, deu à presunção de inocência reconhecimento global como uma garantia do devido processo, ao prever em seu art. 11.1. Posteriormente, a presunção de inocência passou a ser tutelada em outros inúmeros documentos de proteção aos direitos humanos, tais como, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental de 1950 (art. 6.2)⁷, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 14.2); Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8, I e II); Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1990 (art. 6, II) e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (art. 48).

Esses diplomas internacionais de tutela aos direitos humanos serviram de inspiração para os legisladores constitucionais de inúmeros países, caso em que o estado de inocência passou a ser inseridos nas Cartas Constitucionais, a exemplo da

⁵ DE MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 576.

⁷ GIACOMOLLI, op. cit., p. 90.



Constituição Italiana de 1947 que previa no art. 27.2 que “o acusado não será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória”.

No Brasil, as Constituições anteriores à atual, não previam expressamente a presunção de inocência, em que pese existência de título específico aos Direitos e às Garantias Individuais. Certo é que o rol dos direitos e garantias previstas era meramente exemplificativo, fato que não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados.

Após o regime militar instituído, sentiu-se a necessidade de romper com o ideológico fascista e os paradigmas autoritários anteriores, notadamente com a perspectiva de que o Estado e sua defesa eram mais importantes que o respeito ao cidadão.

Consustanciado no movimento de civil denominado “Diretas Já” que buscavam a redemocratização do país, foi instalada Assembleia Nacional Constituinte para elaboração de uma nova Carta Política que revalorizasse o cidadão frente ao Estado.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 15 de outubro de 1988, fora incorporado expressamente no ordenamento jurídico vigente o estado de inocência no art. 5º, LVII, no título dos direitos e das garantias fundamentais, dispondo que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

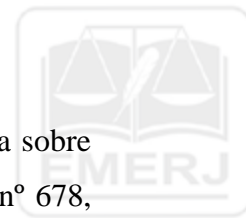
Quanto ao conceito e o conteúdo da presunção de inocência:

Não se encontra na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de maneira exata, a expressão “presunção de inocência”, o que não significa dizer que tal não seja um direito fundamental, visto que essa se encontra inscrita como direito e garantia fundamental do cidadão no sistema constitucional brasileiro, conforme leciona Maurício Zanoide de Moraes⁸, caso em que é necessário utilizar-se de uma interpretação sistemática e doutrinária-comparativa para extrair do referido disposto presunção de inocência”⁹

Ressalta-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado.

⁸ DE MORAES, op. cit., p. 212.

⁹ Ibid, p. 213.



Em 1992, o Brasil depositou a carta de adesão à Declaração Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e promulgou o Decreto-Lei nº 678, incorporando tal legislação internacional ao nosso ordenamento, essa que previa em seu art. 8.2. que “Toda pessoa acusada de praticar delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Veja que é possível identificar no ordenamento vigente duas normas que *a priori* abordariam a mesma presunção, mas que, diante da diversidade terminológica, partem de premissas, em tese, contraposta.

O que se tem hoje é a predominância do entendimento de que “presunção de inocência”, fórmula positiva), e “presunção de não culpabilidade”, fórmula negativa, são terminologias equivalentes. Afirma Nereu José Giacomolli:

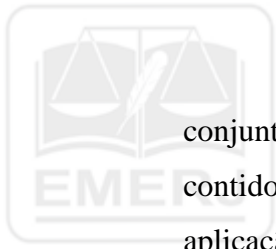
Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados. Diferenciá-las é afastar o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência.¹⁰

Comparando, ainda, o disposto na Constituição Federal de 1988 com o disposto na Declaração Americana sobre Direitos Humanos, Pacto São José da Costa Rica, percebe-se que aquela estende a referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que essa o faz tão somente até a comprovação legal da culpa, o que poderia dar margem a uma suposta não aplicação da presunção antes do trânsito em julgado se já comprovada a culpa.

Todavia, o que se entende é que o teor do art. 8.2 da Declaração Americana sobre Direitos Humanos¹¹, Pacto São José da Costa Rica, deve ser interpretado em

¹⁰ GIACOMOLLI, op. cit., p. 93/94.

¹¹ Art. 8.2 da Declaração Americana sobre Direitos Humanos: 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, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d.. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento pela lei; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Comissão Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 11 jul 2017.



conjunto com o art. 29, b do mesmo diploma¹², de modo a se afirmar que os direitos contidos nesse diploma não devem ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação da norma mais ampla, qual seja, a Constituição Federal de 1988, caso em que o disposto nessa deve prevalecer, pois mais favorável.

Das disposições sobre a referida presunção no ordenamento jurídico, pode-se constatar que há um conteúdo endoprocessual e um conteúdo extraprocessual. Do conteúdo endoprocessual pode-se extrair duas regras fundamentais, quais sejam, regra probatória, também denominada de regra de juízo, e a regra de tratamento.

O conteúdo endoprocessual da presunção de inocência enquanto regra probatória significa que incumbe a acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do imputado, ou como diz Nereu José Giacomolli “de afastar o estado de inocência em todas as dimensões processuais, autoria, existência de delito, suficiência de provas a dar suporte a um juízo condenatório, bem como as exigências de determinadas espécies de pena e sua dimensão, e não à defesa. Isso de fato, não retira a possibilidade de a defesa provar no processo”.¹³

Com relação ao conteúdo endoprocessual da presunção de inocência enquanto regra de tratamento, o estado de inocência se destina ao magistrado e ao órgão acusador, mas direcionado ao imputado, isso porque, como afirma Nereu José Giacomolli, o imputado “não pode ser tratado como se já fosse culpado e nem como um objeto do processo, mas sim como um ser humano e sujeito processual”.¹⁴ Essa regra se estende a todos os suspeitos, acusados e condenados.

Já o conteúdo extraprocessual que se extrai do estado de inocência é no sentido de proteção externa à imagem, dignidade e privacidade do suspeito, acusado ou condenado, cuja publicidade abusiva, segundo Aury Lopes Jr., incrementa a estigmatização pelo procedimento, pelo fato de estar sendo investigado, preso, processado ou condenado.¹⁵

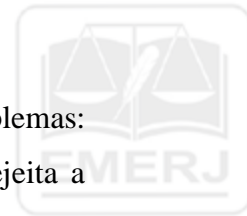
Embora se mostre como um princípio de rico conteúdo, perceptível é a pouca efetividade desse princípio constitucional em nossa realidade nacional, a ponto de ser

12 Artigo 29 da Declaração Americana sobre Direitos Humanos. Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados. *Ibid.*

¹³ GIACOMOLLI, op. cit., p. 95.

¹⁴ *Ibid.*, p. 95.

¹⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal em conformidade constitucional*. V.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 47/48. Nessa mesma linha, GIACOMOLLI, op. cit., p. 95.



chamado por René Ariel Dotti¹⁶ de mito. Chega-se a essa conclusão por dois problemas: a existência de um Código de Processo Penal com influências fascistas que rejeita a presunção de inocência e a inércia legislativa na elaboração de um novo Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição.¹⁷

Nessa esteira, como o referido princípio deve ser verificado em cada instante da persecução penal, é o Poder Judiciário, muitas das vezes, quem acaba por dar a devida relevância a esse preceito fundamental.

O que se pode observar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é que, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, esse já vinha se manifestando acerca da presunção de inocência, que embora não fosse uma norma expressa, era decorrente de outros direitos e garantias do regime e dos princípios do sistema constitucional.¹⁸

Com a consagração da Carta Política de 1988, e diante da previsão expressa do princípio da presunção de inocência, a Suprema Corte, na mesma linha que já vinham se manifestando, só que agora de maneira mais convicta, passa a repelir qualquer comportamento estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal ou civil por mera suspeita.

Ressalta-se decisão proferida pela Suprema Corte, na qual deixou firmada “diretriz da mais alta significação na exegese do princípio constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado antes que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível”¹⁹:

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

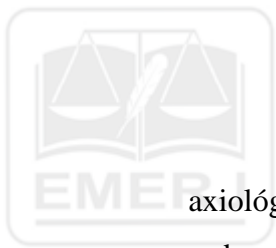
Em relação ao princípio enquanto norma:

¹⁶ DOTTI, René Ariel. O mito da presunção de inocência. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 136, mar., 2004, p.9, apud DE MORAES, op. cit., p. 337.

¹⁷ DE MORAES, op. cit., p. 337.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.



Pode-se constatar que a presunção de inocência, seja pelo conteúdo normativo-axiológico, seja pela estrutura normativa, seja pela forma de aplicação, se apresenta no ordenamento como uma norma-princípio. Isso se dá porque quanto ao conteúdo normativo axiológico, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo, como afirma Maurício Zanoide de Moraes, uma decisão político-ideológica.²⁰

No que diz respeito à sua estrutura normativa, a presunção de inocência também se caracteriza como princípio por prescreve, segundo Moraes, “fins e estados ideais a serem alcançados”, um “dever ser”, e que caberá ao intérprete decidir e cumprir.²¹

Já, quanto à forma de aplicação, a presunção de inocência também se identifica como uma norma-princípio porque o seu texto normativo impõe limites à restrição da liberdade do imputado se inexistente sentença penal condenatória definitiva, visando à tutela do direito de ir e vir.

É bem verdade que a presunção de inocência é um direito garantido a seu titular e, enquanto norma-princípio, essa representa uma norma a ser cumprida dentro da maior eficácia possível, o que não significa dizer que ela não tenha que ser respeitada e promovida pelos agentes (públicos e privados), mas sim que isso deva acontecer na maior medida possível.²²

2 – POSIÇÃO SUPERADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 84.078/MG)

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, apesar de não haver uma posição efetivamente consolidada.

Perceber-se tal prevalência, primeiro do HC 68.726²³ – Rel. Min. Néri da Silveira realizado em 28/6/1991 em que a Suprema Corte assentou que a presunção de

²⁰ DE MORAES, op. cit., p. 273.

²¹ Ibid.

²² Ibid, p. 274.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68.726. Relator: Ministro Néri da Silveira. Apud. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68.841. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em:

inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.

Segundo do HC 74.983²⁴, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997, em que o Pleno do STF reiterou e asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”.

E, terceiro, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP²⁵ (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP²⁶ – Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999 –, mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Todavia, conforme afirmado, até 2009, o Supremo Tribunal Federal não tinha uma posição consolidada sobre a execução provisória ou antecipada das penas; pelo contrário, o que mais se via eram ementas de acórdãos totalmente opostos, verificando uma verdadeira discrepância.

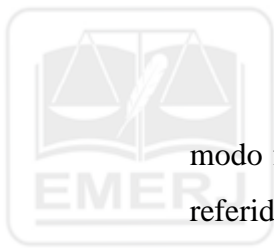
Em fevereiro de 2009, o STF, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Em outras palavras, rechaçou-se a possibilidade de execução provisória ou antecipada de pena, seja privativa de liberdade seja restritiva de direitos, visto que orientação em sentido diverso transgrediria, de

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751629/habeas-corpus-hc-68841-sp>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 74.983. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700029/habeas-corpus-hc-74983-rs>>. Acesso em: 11 jul. 2017

25 Redação revogada do art. 594 do Código de Processo penal. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art594>. Acesso em: 11 jul. 2017.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.366. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703469/habeas-corpus-hc-72366-sp>>. Acesso em: 11 jul. 2017.



modo frontal, a presunção constitucional de inocência. Nessa linha, segue a ementa do referido julgado²⁷:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art.637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. [...]

Em máximo respeito às ideias de um direito e processo penal democrático e garantista, entendeu-se que o mero fato de os recursos extraordinários e especial não gozarem de efeito suspensivo não implica dizer que a execução da pena pode ser antecipada; não existe a menor possibilidade de executar a pena antes de condenação judicial definitiva, essa que só se configura após o trânsito em julgado.

Com isso, o STF conformou a validade da interpretação do art. 637 do Código de Processo Penal²⁸ com o princípio constitucional da presunção de inocência, consagrando, assim, que esse princípio impõe uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

²⁸ Art. 637 do Código de Processo penal: O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.



Nesse momento, então, ficou vencida a tese de que seria possível o cumprimento de pena privativa de liberdade antes da sentença penal condenatória transitado em julgado, ou seja, de que seria possível a execução antecipada da pena ante a regra constante do art. 27, §2º da Lei n º 8.038/90²⁹ que afirma que os recursos extraordinário e especial serão recebidos só no efeito devolutivo; e com base na afirmação de que tal medida não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência, até pelo fato de que não há princípios constitucional e direitos fundamentais absolutos.

3 – POSIÇÃO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP)

O Supremo Tribunal Federal, por seis votos a quatro, mudou o entendimento consolidado no HC 84.078/MG e passou a entender 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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal³⁰.

O tema do julgado – HC 126.292/SP – estava relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.

O Ministro Relator Teori Zavascki, que proferiu o voto vencedor entendeu que:

os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do

29 Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. BRASIL. Lei dos Recursos Extraordinário e Especial. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265339/artigo-27-da-lei-n-8038-de-28-de-maio-de-1990>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

30 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.³¹

Ponderou, o relator, que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”.

Assim, os recursos de natureza extraordinária não teriam, segundo o eminente ministro, finalidade específica de examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, pois destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo, o que não impediria a execução antecipada/provisória da pena.

O Min. Luís Roberto Barroso, acompanhando o voto do Min. Relator, acrescentou que:

A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.³²

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9prhs>. Acesso em: 09 maio 2017.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+1>



A divergência foi aberta pela Min. Rosa Weber, que foi seguida pelos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, oportunidade em que esse afirmou que “A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos”.

Há sobre a decisão uma relevante questão controvertida, qual seja, autoridade e legitimidade do STF para relativizar texto expresso da Constituição Federal e a possibilidade de negar um dispositivo constitucional no seu sentido literal mais elementar, básico e inequívoco.

O STF é o guardião da Lei Maior e não o seu dono. Seu papel não é sujeitar o texto da Constituição em benefício das preferências político-pragmáticas dos integrantes da Corte. O STF é limitado pelos mesmos elementos limítrofes que valem para o Legislativo, o Executivo, o restante do Judiciário e para todos os cidadãos da República.

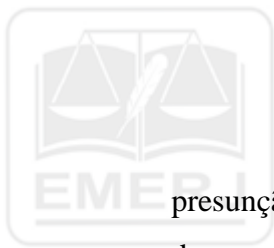
Dessa maneira, equivocou-se o STF, pois deixou o direito e a Constituição Federal de lado para fazer política judiciária. Tanto foi uma decisão eminente política que o Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto, mencionou que:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.³³

26296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9prhs. Acesso em: 09 maio 2017.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9prhs>. Acesso em: 09 maio 2017.



Veja que os julgadores restringiram a amplitude do direito constitucional à presunção de inocência, em manifesta violação do postulado cardeal do processo penal de um Estado Democrático de Direito, bem como ignoraram solenemente as suas funções contramajoritárias.

Assim, questões como a necessidade de restabelecimento da credibilidade das instituições, a tutela da ordem pública e o combate à famigerada impunidade, fundamentos manejados pelos ministros, são determinantes retórico-políticos que, ao longo da história, deram azo ao surgimento de correntes de política criminal lastreadas em modelos repressivos de amplificação de danos sociais, econômicos e penais.

Assim, por ter proferido uma decisão puramente política, essa se tornou marcante não somente pelos resultados prático-jurídicos que dela advirão, mas pelo seu potencial simbólico perante uma sociedade iludida por promessas penais.

CONCLUSÃO

A decisão do STF foi equivocada porque passou a ideia de que o ativismo judicial também pode ser usado para distorcer o sistema político em prol do conservadorismo e de forças reacionárias sem maior interesse em direitos e garantias individuais.

A forma correta pela qual o tema deveria ter sido levantado, não era por meio de uma decisão judicial, mas sim pela via legislativa, por meio de emenda constitucional.

É bem verdade que o princípio da presunção de inocência é uma garantia consagrada no art. 5º, inciso LVII da CF/88³⁴ que representa uma "cláusula pétrea" por força do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição³⁵. O referido dispositivo constitucional veda a deliberação sobre emenda constitucional apta a abolir direitos e garantias fundamentais. Todavia, entender que um réu pode ser preso depois de ser condenado em duas instâncias não é uma "abolição" da presunção de inocência, mas sim estabelecer critérios de aplicação para o fato elementar de que esta norma, assim como nenhuma outra, pode ser aprioristicamente absoluta.

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

35 Ibid.

REFERENCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 68.841. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751629/habeas-corpus-hc-68841-sp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 74.983. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700029/habeas-corpus-hc-74983-rs>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 72.366. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703469/habeas-corpus-hc-72366-sp>>.

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

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

_____. Lei dos Recursos Extraordinário e Especial. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265339/artigo-27-da-lei-n-8038-de-28-de-maio-de-1990>>.

DE MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELMATO JUNIOR, Roberto. Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*, ano 6, nº 70, Setembro/1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal em conformidade constitucional*. V.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES DE CELEBRAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Vitor Figueiredo de Oliveira

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: é um anseio da sociedade que as ações de improbidades administrativas tenham uma maior efetividade. Uma das alternativas possíveis é a utilização de soluções consensuais nesse tipo de ação. Entretanto, é preciso considerar a vedação presente no art. 17, §1º da Lei 8.429/92. Mesmo com essa proibição de transação, é possível vislumbrar hipóteses de cabimento de instrumentos extrajudiciais como o Termo de Ajustamento de Conduta nas ações de improbidade. Nesse sentido, é fundamental analisar o cabimento e os limites materiais desse instrumento para, efetivamente, concretizar o interesse público no combate aos atos ímprobos.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Transação. Ação de Improbidade Administrativa.

Sumário: Introdução. 1. Possibilidade de Soluções Consensuais na ação de Improbidade de Administrativa. 2. O Termo de Ajustamento de Conduta nas Ações de Improbidade. 3. Limites Materiais à Celebração do Termo de Ajustamento de Conduta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade e os limites da celebração de Termo de Ajustamento de Condutas nos atos de improbidade administrativa. É possível constatar uma morosidade excessiva do modelo judicializado das ações de improbidade de administrativa e, nesse contexto, torna-se necessário discutir caminhos para aumentar a efetividade da Lei 8.429/92, bem como, aplicar com maior celeridade as sanções aos agentes ímprobos, medida essa altamente exigida pela sociedade.

Nesse cenário, surge como opção às soluções consensuais extrajudiciais, principalmente o Termo de Ajustamento de Conduta previsto no art. 5º, §6º da Lei 7.347/1985, que pode ser aplicado, primordialmente, para coibir atos de improbidade de pequeno potencial ofensivo.

Entretanto, entendia-se que soluções conciliatórias, como o Termo de Ajustamento de Conduta, eram proibidas nas ações de improbidade administrativa. Interpretava-se extensivamente a previsão do art. 17, §1º da Lei 8.429/92 que vedava transação, conciliação e acordos nas ações dessa natureza.

Acontece que no final de 2015 foi editada a Medida Provisória nº 703/2015 que revogou o referido parágrafo. Essa inovação normativa trouxe novas luzes e fundamentos para o debate sobre a possibilidade de soluções consensuais, em especial o Termo de Ajustamento de Conduta, nas ações dessa natureza. Embora a referida medida não tenha sido convertida em lei, é possível mesmo com a proibição do art. 17, §1º sustentar algumas possibilidades de soluções consensuais.

Assim, objetiva-se discutir as possibilidades de negociação como maneira de dar efetividade ao combate de atos ímprobos. Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da indisponibilidade do interesse público seria amplo e irrestrito a ponto de justificar a proibição absoluta de soluções consensuais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho indagando a possibilidade de sustentar soluções consensuais para implementar as sanções por improbidade administrativa. Tendo em vista a necessidade de melhorar a efetividade das ações de improbidade administrativa, é forçoso concluir pela possibilidade desse tipo de solução, mitigando a indisponibilidade absoluta do interesse público.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a existência da possibilidade de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta. Constata-se que esse é um instrumento hábil para estabelecer sanções de maneira efetiva e célere em alguns casos, principalmente quando não envolva, especificamente, a transação do direito.

O terceiro capítulo destina-se a examinar até que ponto o legitimado para o Termo de Ajustamento de Conduta pode negociar a aplicação de sanções nos atos de improbidade. Busca-se estabelecer limites materiais para a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, tais como, o necessário ressarcimento integral de eventual dano ao erário e a aplicação obrigatória de sanção proporcional ao ato ímprobo. É fundamental estabelecer parâmetros para que não se chancelle fraudes ou má-fé no uso desse mecanismo.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Isso se explica porque o trabalho tem como pretensão entender e interpretar fenômenos jurídicos para resolver a controvertida questão do Termo de Ajustamento de Condutas como forma de cominar sanções aos atos ímprobos.

1. POSSIBILIDADE DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/1992¹, ao regular as ações de improbidade administrativa, trouxe um importante instrumento para o combate dos atos ímprobos em geral e de corrupção em especial. Nela estão previstas definições e conceitos dos atos ímprobos e, principalmente, sanções para os agentes públicos que os praticam. É natural, portanto, que se exija rigidez na aplicação dessas normas.

Do mesmo modo, é inegável a presença de um forte interesse público nas ações dessa natureza. Existe um anseio legítimo da coletividade para punição desses atos. É decorrência

¹BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016

lógica, portanto, que o poder judiciário, por meio do devido processo legal, seja a fonte principal de aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92². Tais sanções, incluem desde multa até perda de direitos políticos por determinado período.

Assim, o art. 17, §1º da Lei 8.429/1992³ que veda a transação, conciliação ou acordos nas ações de improbidade administrativa é uma decorrência compreensível dessa lógica de indisponibilidade do interesse público. José dos Santos Carvalho Filho⁴, por exemplo, sustenta que dada à gravidade social dos atos de improbidade contra a Administração é impossível qualquer tipo de acordo sob pena de violação da indisponibilidade do interesse público⁵.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁶ também faz importante ressalva sobre o assunto, qual seja o fundado receio de que a abertura da via consensual gere efeitos maléficos como a tredestinação dos atos conciliatórios abrindo-se uma nova possibilidade de praticar atos de improbidade.

Acontece que no final de 2015 foi editada a Medida Provisória nº 703/2015⁷ que revogou o referido art. 17, §1º da Lei 8.429/92⁸. Essa inovação normativa trouxe novas luzes para o debate sobre a possibilidade de soluções consensuais nas ações de improbidade administrativa.

Entretanto, tal medida não foi convertida em Lei e perdeu sua validade em 31/05/2016.

Acontece que dada à importância do tema é possível conciliar a referida proibição legal de

² BRASIL. Vide nota 1.

³ BRASIL. Vide nota 1.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa. *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Curitiba. Editora Jus Podivm, 2013.

⁵ No mesmo sentido Wallace Paiva Martins Junior, Fabio Medina Osório, Maria Goretti Dal Bosco, Geisa de Assis Rodrigues, Roberto Senise Lisboa e Marino Pazzagli Filho negam a possibilidade de soluções consensuais dando enfoque ao argumento da indisponibilidade do interesse público.

⁶ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Condutas: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista de Direitos Difusos*. V.11. N. 52. São Paulo. Dez. 2010.

⁷ BRASIL. Medida Provisória n. 703 de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm> Acesso em: 26 de nov. 2016

⁸ BRASIL. Vide nota 1

transação com algumas possibilidades, excepcionais, de composição extrajudicial dos atos ímprobos, conforme será demonstrado ao longo do trabalho.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover⁹ sustenta três fundamentos para as vias conciliativas em geral: o funcional, social e político. O funcional está relacionado com a efetividade dessas vias posto que servem para desafogar o judiciário e permite uma solução mais célere da questão ventilada. O social porque atua no cerne da controvérsia e não somente naquilo que está presente nos autos. E o político porque as soluções consensuais têm uma maior participação da sociedade.

Especificamente nos atos de improbidades, é possível constatar uma morosidade excessiva do modelo judicializado das ações de improbidade de administrativa. Pesquisa publicada na Revista do Ministério Público¹⁰ concluiu que, no Estado do Rio de Janeiro:

Ora temos que os processos com sentenças transitadas em julgado representam pouco mais de 2%(dois por cento) de todos analisados junto ao TJERJ. Outrossim, é inconcebível que, das 325 (trezentos e vinte e cinco) ações propostas pelos Núcleos de Cidadania do Ministério Público do Rio de Janeiro, durante os anos de 1994 a 2011, somente 8(oito) transitaram em julgado.

Outro dado relevante é o fato de que, das 325 (trezentos e vinte e cinco) ações de Improbidade Administrativa propostas, apenas 2 (duas) vêm sendo objeto de execução sob a modalidade de cumprimento de sentença com fulcro no art. 475-J do CPC.

A solução de consenso desobstruiria os tribunais, bem como, serviria para solucionar uma exigência da sociedade, qual seja, que os atos de improbidades tenham uma resposta rápida por parte do poder público com efetiva sanção daqueles que atentaram contra a probidade administrativa.

Ademais, conforme lembra Bruno Takahashi¹¹, o interesse público é conceito jurídico indeterminado, ou seja, pode possuir diferentes significados de acordo com a época e as

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Vol.2. n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, abr. 2008. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.Br]. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹⁰ CARPENA, Heloisa(Org.). A efetividade das ações de improbidade administrativa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, nº55, p. 203-225, jan. 2015.

circunstancias devendo sempre se guiar pelo interesse da coletividade. Continua o autor dando o exemplo de que: “a coletividade possui interesse em que haja ressarcimento integral do dano por parte do agente ímprobo, sendo preferível que haja um pagamento parcelado dos valores devidos que a impossibilidade de parcelamento impeça qualquer pagamento.”

Nesse sentido, o Grupo Jurídico da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro), também chegou a essa conclusão e formulou proposta de nova Lei de Improbidade Administrativa¹² em que se previa a possibilidade da aplicação consensual de sanção no âmbito cível da improbidade em seu art. 29¹³.

Assim, fica claro que as soluções consensuais podem ser adotadas nas ações de improbidade administrativa, inclusive para resguardar o próprio interesse público.

Entretanto, diante da falta de regulamentação e do teor do §1º do art. 17¹⁴, deve-se utilizar tais soluções como medidas excepcionais. A preocupação, no atual ordenamento jurídico, é analisar quais os instrumentos e quais atos ímprobos podem ser resolvidos pelas vias consensuais. E principalmente, quais são os limites das soluções consensuais.

Procura-se, com isso, compatibilizar a demanda legítima por maior efetividade das sanções de improbidade com a consecução do interesse público. O principal norte para essa delimitação será procurar instrumentos e limites para que as soluções consensuais não sejam

¹¹ TAKASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17,§1º, da lei de Improbidade Administrativa. *Revistas dos Tribunais*, n. 927, 2013. p. 36

¹² BRASIL. Projeto de lei no Senado Federal nº 543 de 2013. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115898>. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹³ Art. 29. Será facultada a celebração de acordo, pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, a juízo do respectivo órgão, desde que sejam observadas as seguintes condições cumulativas:

I – fique assegurada a efetiva e integral reparação do dano quando verificada essa circunstância;

II – o requerido aceite se submeter a pelo menos uma das demais sanções previstas nos arts. 13 e 14, reduzindo, conforme o caso, as penas até um terço;

III – as características pessoais do requerido e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e repressão da improbidade administrativa; e

IV – não tenha o requerido sido beneficiado pelo mesmo instituto nos últimos cinco anos.

(...)

¹⁴ BRASIL. Vide nota 1

utilizadas como porta aberta para consecução de novas fraudes e para não violar a proibição legal de transação.

2. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Nesse aspecto, vislumbra-se que há alguma margem que permita soluções de consenso mesmo com a vigência do art. 17, §1º¹⁵ da Lei de improbidade. Assim, sustenta-se ser possível a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no art. 5º, §6º da Lei 7.347/1985¹⁶.

O referido artigo estabelece que os legitimados para ingressar com a ação civil pública “[...] poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações que terá eficácia de título extrajudicial”. Ou seja, o instituto poderá ser utilizado tanto pelo Ministério Público quanto pelo ente público lesado pelo ato de improbidade.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ conceitua esse instrumento como um “ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”. Ou seja, o compromisso de ajustamento de conduta serve para prever uma obrigação de fazer ou não fazer.

¹⁵ BRASIL. Vide nota 1

¹⁶ 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: 26 nov. 2016

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*, 7. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

Tanto é assim que tais compromissos podem até conter obrigações pecuniárias, mas dado os contornos que a lei lhes deu, não devem ser estas o objeto principal do compromisso, mas sim ter caráter de sanção em caso de descumprimento da obrigação.

Outra peculiaridade importante desse instituto é que, em caso de descumprimento, pode ser utilizado como título executivo extrajudicial. Essa característica é importante porque o legitimado já irá dispor de um instrumento mais célere para resguardar seu direito, qual seja, a execução de título extrajudicial.

Quanto à natureza jurídica do referido instrumento Hugo Nigro Mazzilli¹⁸ sustenta que o termo de ajustamento de condutas não tem natureza de transação, mas sim de ato administrativo negocial, ou seja, um negócio jurídico de Direito Público. Nesse sentido, é um ato de vontade do Poder Público que coincide com o interesse do particular.

Do mesmo modo, José dos Santos Carvalho Filho¹⁹ entende que “a natureza jurídica do instituto é, pois, a de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente.”

Por esse motivo, o referido instrumento não está incluindo na proibição do §1º do art. 17²⁰ já que os termos “transação”, “conciliação” e “acordo” remetem a concessões recíprocas entre o particular e o Poder Público. Na verdade, seria contrária a natureza do Termo de Ajustamento de Conduta essas concessões recíprocas já que a titularidade do direito não coincide com a legitimidade para firmar o ajuste.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e Fragilidades – Atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica*, nº342, 2006, p. 22.

¹⁹ CARVALHO FILHO, op.cit., p. 4.

²⁰ BRASIL. Vide nota 1.

Nesse sentido, a solução consensual, pela via do Termo de Ajustamento de Conduta, não conduz, efetivamente, a uma renúncia de parcela do direito, tratando-se, na verdade, de um reforço do próprio direito.

Vale notar que a proposta de Termo de Ajustamento de Conduta é excepcional não podendo atingir violações graves da probidade administrativa. É desproporcional imaginar eventual compromisso nos casos de um ato ímprobo já judicializado e de gravidade acentuada como o delineado no art. 9º, IX da Lei 8.429/92²¹, qual seja, receber vantagem econômica para intermediar a aplicação de verba pública.

Esse fato se torna mais evidente quando se vislumbra que, pela própria natureza extrajudicial do Termo de Ajustamento de Conduta, não é possível cominar sanções mais severas como a perda de direitos políticos, perda de função ou cargo público entre outras sanções mais severas.

Tal solução já foi aplicada com êxito em alguns casos sendo reconhecida, inclusive, pela jurisprudência.²²

Por fim, é preciso detalhar uma questão processual. O Termo de Ajustamento de Conduta é utilizado primordialmente na fase extrajudicial, em especial nos inquéritos civis presididos pelo Ministério Público.

Entretanto, não há óbice à celebração do Termo de Ajustamento de Conduta após a propositura da ação, mas antes do recebimento da inicial pelo juiz. Isso se explica porque até esse

²¹ BRASIL. Vide nota 1.

²² DOS SANTOS, Eduardo Sens. *Tac em Improbidade Administrativa*. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>. Acesso em: 26 de nov. 2016. No referido artigo, o autor narra a seguinte situação prática que demonstra a aplicabilidade do referido instituto nas ações de improbidade: “Noutro caso que passou por nossas mãos, uma vereadora em viagem a Brasília apresentou notas para ressarcimento de passagens aéreas. Todavia, descobriu-se que as passagens jamais foram custeadas pela vereadora, que havia ganhado as passagens de um parlamentar. O valor do dano era de R\$ 739,24. Propusemos TAC e foi aceito para que a vereadora devolvesse o valor do dano e pagasse mais R\$ 739,24 de multa. O CSMP homologou o arquivamento e o TAC. Tivesse sido proposta a ação de improbidade, como tantas outras do período, ainda não teriam sido julgadas e a sensação de impunidade estaria muito mais evidenciada.”



momento a relação processual não está definitivamente integrada podendo o autor até mesmo desistir da ação. Por isso, nesses casos, deve o juiz homologar tanto a desistência da ação quanto o Termo de Ajustamento de Conduta.

Vale notar ainda que essa possibilidade já foi reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme jurisprudência abaixo colecionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Administrativo. Constitucional. Ação civil Pública cumulada com improbidade administrativa. Se ainda não instaurada a relação processual e por isso facultada a desistência, oportuna se mostra a celebração de termo de ajustamento de conduta. O referido termo não traduz concessões recíprocas, mas adequação de condutas à lei, com objetivo preponderante de atender interesses sociais relevantes. Competência do Juízo de primeiro grau. Injustificada recusa do Magistrado em homologá-lo. Homologação do termo de ajuste de conduta e conseqüente extinção do processo contra as pessoas jurídicas de direito privado, com o prosseguimento do feito contra os demais agentes políticos.

(TJ/RJ. Agravo de Instrumento nº 2004.002.22949. DécimaQuinta Câmara Cível. Rel. o Des. Celso Ferreira Filho. Decisão unânime. DJERJ: 09/06/2005, p. 50-53).²³

Recebida à petição inicial da ação de improbidade administrativa não poderá mais o legitimado celebrar Termo de Ajustamento de Conduta devendo a análise de mérito ser feito pelo magistrado. Isso porque, a partir desse momento, cabe ao judiciário estabelecer as sanções aplicáveis ao caso e realizar o julgamento de mérito da demanda.

Definidos a possibilidade de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta e as limitações processuais, resta examinar quais seriam os limites possíveis para a composição nas ações de improbidade administrativa.

3. LIMITES MATERIAIS À CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI nº 2004.002.022949. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00034507C75FDA4C341DC69882C3825E5ED9EF97C322238&USER=> >. Acesso em: 01 nov. 2016.

Pela própria natureza do instituto e, principalmente, da indisponibilidade do interesse público, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta fica restrita a alguns casos específicos. Não se pode imaginar, por exemplo, esse instrumento sendo utilizado para cominar as graves sanções da lei de improbidade como a perda de cargo ou suspensão dos direitos políticos.

Bruno Takahashi²⁴ sustenta que: “ O que importa não é vedar pura e simplesmente a solução consensual, mas sim verificar quando ela pode existir em ações de improbidade administrativa. Como adiantado, o limite é a inexistência de concessões.”

Nesse sentido o autor vislumbra duas aplicações possíveis para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta: ajustes secundários e a tutela preventiva.

A possibilidade de se negociar ajustes secundários seria utilizada nos casos de reparação de dano e ressarcimento do erário. O legitimado não poderia transacionar sobre os valores envolvidos, concedendo “descontos”, já que os valores auferidos interessam a toda coletividade e, portanto, são irrenunciáveis.

Nesse sentido, a lei de improbidade não proíbe negociação quanto à forma e prazo do ressarcimento ou pagamento. É possível ao legitimado ampliar o prazo de pagamento concedendo, por exemplo, um parcelamento razoável dos valores.

Em contrapartida, o Termo de Ajustamento de Conduta, em caso de descumprimento, se torna título executivo extrajudicial, art. 5, §6º da lei 7.347/85²⁵, facilitando posterior execução.

Assim, a flexibilização quanto ao prazo de pagamento, muitas vezes, representa maior agilidade e celeridade nos recebimentos dos valores. Desse modo, prioriza o interesse público.

²⁴ TAKASHI, op. cit. p. 36

²⁵ BRASIL. Vide nota 16.

A outra aplicação vislumbrada é quanto à tutela preventiva já que, nesses casos, a ato de improbidade sequer ocorreu. Existe somente uma possibilidade real que ele ocorra.

Nesse sentido, é melhor evitar a ocorrência do ilícito do que buscar uma reparação posterior que pode sequer ocorrer ou ser equivalente ao prejuízo.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco²⁶ exemplificam do seguinte modo essa possibilidade:

[...] chamam também atenção para situações em que o prefeito recém empossado toma conhecimento de ilicitudes assumidas pela gestão anterior. Assim, por exemplo, o mascaramento dos contratos de compra em contratos de prestações de serviços, gerando a indevida prorrogação por até 60 meses, em afronta ao princípio da licitação pública. Da mesma forma, pode-se pensar em uma obra que foi superfaturada com base em contrato assinado antes da posse do novo prefeito, mas ainda com previsão de pagamento de parcelas futuras igualmente superfaturadas. Em ambas as situações, ainda que assuma o cargo na vigência do contrato irregular, nada impede que seja feito um ajustamento para que as lesões futuras sejam evitadas, sem prejuízo da punição do responsável pela gestão anterior.

Por não envolver nenhuma concessão do interesse público e, portanto, nenhuma transação material do direito, ambas as possibilidades de celebração de Termo de Ajustamento de Condutas (ajustes secundários e tutela preventiva) podem ser efetivamente utilizadas pelo legitimado mesmo com a vigência do art. 17, §1º da Lei 8.429/92²⁷.

Outra aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta vislumbrada pela doutrina seria nos atos de improbidade de menor monta como aqueles delineados no art. 11 da Lei 8.429/92²⁸, ou seja, violação a princípios da administração ou aqueles que gerarem danos ao erário de pequeno valor, de forma culposa, que são apenados somente com multa. Assim, jamais se

²⁶ Garcia, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 735-736.

²⁷ BRASIL. Vide nota 1.

²⁸ BRASIL. Vide nota 1.

aplicaria nos casos do art. 9º da Lei 8.429/92²⁹ ou quando o prejuízo ao erário fosse decorrente de ato doloso.

Vale notar ainda, que há orientação da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal reconhecendo o ato ímprobo de menor potencial ofensivo:

Enunciado nº 14: CONDUTA IMPROBA DE BAIXO POTENCIAL/PEQUENO PREJUÍZO AO ERÁRIO

Nas condutas ímprobas de baixo potencial ofensivo, em que o prejuízo erário não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00, o órgão ministerial poderá promover, sem mais providências, o arquivamento junto à Câmara. Nas mesmas hipóteses, se o prejuízo for superior a esse montante, mas não ultrapasse os R\$5.000,00, antes de promover o arquivamento do procedimento, o órgão ministerial expedirá à autoridade competente a recomendação cabível, visando à melhoria do serviço e ao ressarcimento amigável do dano, se for o caso.

Ora, se o Ministério Público Federal aceita uma mera recomendação nos atos ímprobos de pequeno monta com muita mais razão é possível a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta. Pode-se extrair essa previsão de uma interpretação restritiva da proibição do art. 17,§1º da Lei 8.429³⁰ frente aos princípios da economia processual e eficiência.

Argumenta-se ainda que, na esfera penal, onde também se lida com direitos indisponíveis, já existe a definição de infração de menor potencial ofensivo e que é possível à transação penal prevista no art. 60, parágrafo único da Lei 9.099/95³¹.

Desta maneira, no âmbito cível, por uma analogia seria possível aceitar a improbidade administrativa de menor potencial ofensivo. Assim, permitir-se-ia ao legitimado a celebração de uma transação com o ímprobo, com o fim de, sem a propositura de ação civil, reconhecer o cometimento de ato de improbidade e concordar com o integral ressarcimento ao erário, além de aplicação de uma ou mais sanções, dependendo da situação concreta a ser analisada pelo

²⁹ Brasil. Vide nota 1.

³⁰ BRASIL. Vide nota 1.

³¹ 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: 26 nov. 2016.

legitimado lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade das sanções tendo como parâmetro a jurisprudência reiterada dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, feriria o próprio princípio da eficiência a movimentação da máquina judiciária para obtenção de um ressarcimento de danos e ao pagamento de multa civil, por exemplo, quando o agente público que causou dano ao erário por culpa está disposto a se submeter às medidas.

A despeito de essa possibilidade ser rechaçada por considerável parte da doutrina no atual ordenamento jurídico, os argumentos quanto à eficiência e economia processual são bastante consistentes. Assim, reputa-se como salutar alterações legislativas, como as propostas pelo ENCCLA, para regulamentar esse instrumento e gerar maior segurança jurídica no seu uso pelos legitimados da ação civil pública.

CONCLUSÃO

A MP 703/2015 introduziu importantes mudanças na disciplina da lei de improbidade administrativa. Entretanto, com a não conversão da referida medida provisória em lei e sua consequente perda de eficácia, o art. 17,§1º, que proíbe transação e acordos nas ações de improbidades, voltou a vigorar no nosso ordenamento.

Entretanto, sustenta-se que, mesmo com a referida proibição, é possível vislumbrar, para algumas situações específicas, margem para soluções consensuais como corolário do interesse público primário que pediria, em alguns casos, uma solução extrajudicial para dar efetividade a própria lei de improbidade de forma mais célere e eficiente.

Nesse sentido, é possível identificar em situações em que não exista uma efetiva transação de direitos um importante espaço para a celebração do Termo de Ajustamento de

Conduta. Tal instrumento, caracteriza-se justamente por ser um ato negocial em que o legitimado para ação de improbidade celebra um acordo com força de título executivo extrajudicial com o agente improbo.

Vislumbra-se como possível a utilização desse expediente nos casos de ajustes secundários quanto ao pagamento de valores do ressarcimento ao dano erário, ou seja, pode prever parcelamento e formas de adimplemento no Termo de Ajustamento. Ademais, existe a possibilidade de utilizar o referido instrumento como forma de tutela preventiva do dano visando que o ato improbo sequer ocorra.

Por fim, embora haja um receio da doutrina pátria com soluções consensuais nos atos de improbidade administrativa, é necessário ampliar o debate sobre novas possibilidades de utilização dessas técnicas, visando, justamente, dar maior efetividade a Lei 8.429/92.

Por isso, reputa-se como salutar a defesa da existência do ato de improbidade de pequeno menor monta onde o Ministério Público teria uma maior margem para celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. Tal medida, a semelhança do ocorrido no processo penal, traria importantes consequências práticas no combate à improbidade administrativa permitindo soluções mais ágeis e efetivas aos pequenos atos ímprobos.



REFERÊNCIA

BRASIL. Lei n. 8.429/1992, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 21 março de 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rodrigo Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 2013.

LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade administrativa*. Fórum Administrativo. n. 174, v. 15, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O inquérito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PAVAN, Dorival Renato. *O art. 17 da lei nº 8429/92 e os principais aspectos processuais da ação de improbidade administrativa*. Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8429/92.

PEDRA, Anderson Sant'anna. *A lei da improbidade administrativa e o princípio da proporcionalidade*. Interesse Público. N. 34, 2005.

DOS SANTOS, Eduardo Sens. *TAC em Improbidade Administrativa*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf> Acesso em: 22 de março de 2016.

TAKASHI, Bruno. *A solução consensual de controvérsias e o art. 17,§1º, da Lei de Improbidade Administrativa*. Revistas dos Tribunais, n. 927, 2013.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento*. Fórum Administrativo. n. 30, v. 3, 2003.



A MÃE PRESA E A RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA CRIANÇA: A FALTA DE APLICABILIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS, SUPRALEGAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Vivian Pinto Dias de Oliveira

Graduada pela Universidade Candido Mendes - Centro. Advogada.
Residente Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O aumento da população carcerária feminina tem refletido no número de crianças que perderam a referência materna durante a infância. Apesar da ampla normativa nacional e internacional acerca do tema, as regras previstas carecem de efetividade prática. Ante a busca pela dignidade humana dessas pessoas, com fundamento no Estado Democrático de Direito, examinar-se-á a possibilidade de aplicação das regras já existentes, à luz do ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Humanos. Mulher. Prisão. Criança.

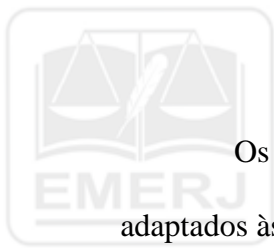
Sumário: Introdução. 1. Os direitos da mulher presa e da criança à luz da Constituição. 2. Disposições do direito supralegal e infraconstitucional. 3. As consequências das violações às normas e a realidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como finalidade discutir a questão da maternidade na prisão e seus desdobramentos em relação aos direitos da criança. Busca-se demonstrar que, apesar da existência de direitos já consagrados em âmbito constitucional, infraconstitucional e internacional, há pouca efetividade prática para implantá-los, razão pela qual é necessário apreciar políticas públicas específicas para essa realidade.

Nesse sentido, serão abordadas as legislações atinentes ao tema, de modo a discutir se os direitos ali previstos estão em consonância com as necessidades da mãe presa e dos filhos, como forma de garantir o Princípio da proteção integral à criança e a dignidade da pessoa humana a ambos.

A Constituição Federal estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; no entanto, as mães encarceradas estão impedidas de cumprir esse preceito fundamental em razão da omissão do Estado.



Os sistemas prisionais foram construídos para homens, sendo, ao longo dos anos adaptados às mulheres e, por esse motivo, estão em desacordo com as necessidades femininas, o que torna as consequências da prisão ainda mais severas.

Não bastasse a inadequação estrutural do sistema prisional às necessidades femininas, soma-se ao fato de que serviços essenciais básicos voltados à saúde, tais como absorventes, por exemplo, são sonegados no sistema prisional. Desse modo, verifica-se que o cenário é de sistemática violação aos direitos humanos das mulheres em situação de privação de liberdade.

Inicia-se o primeiro capítulo abordando a atual situação dos cárceres femininos e os direitos constitucionais acerca da mulher e da criança, de modo a demonstrar que a estrutura dos cárceres femininos está em desacordo com a legislação consagrada pela Carta Maior.

No segundo capítulo são examinadas as disposições sobre as normas internacionais de direitos humanos, denominadas supraleais, como as Regras Mínimas para Tratamento de Presos e as “Regras de Bangkok”; e as normas infraconstitucionais, cuja pesquisa se limitou a tratar da Lei de Execuções Penais (LEP), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Marco da Primeira Infância – Lei 13.257/2016, que comprovam a existência de ampla legislação acerca do tema, porém insuficiente ou nenhuma aplicação prática.

O terceiro capítulo discorre a respeito da não correspondência entre o expresso nos instrumentos legais e a realidade que vivencia a mulher em condição de privação de liberdade, assim como a criança, problematizando os meios pelos quais o Estado-garantidor pode implementar políticas públicas para suprir as necessidades dessas pessoas, como forma de minimizar o poder discricionário das gestões penitenciárias e garantir-lhes uma vida digna.

A pesquisa que se pretende apresentar é de natureza qualitativa, pois seguirá a metodologia bibliográfica – legislação, doutrina, tais como livros, artigos científicos e jurisprudência e quantitativa, em razão dos números apresentados, e de natureza descritiva.



1. OS DIREITOS DA MULHER PRESA E DA CRIANÇA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

A situação das mulheres privadas de liberdade no Brasil cresce ano a ano. O último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, relativo à Junho de 2014, apurou que a população carcerária feminina cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, chegando ao patamar de 37.380 mulheres, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%.¹

Feita a comparação com outros países, de acordo com dados do World Female Imprisonment List, relatório produzido pelo Institute for Criminal Policy Research da Birkbeck, University of London, há mais de 700.000 mulheres presas em estabelecimentos penais ao redor do mundo². Em números absolutos, o Brasil tinha em 2014 a quinta maior população de mulheres encarceradas do mundo, ficando atrás dos Estados Unidos (205.400 mulheres presas), China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751).³

As prisões femininas no Brasil foram criadas no final da década de 1930, início dos anos 1940. Antes disso, as mulheres ocupavam celas específicas em prisões masculinas.

O crescimento do país não foi acompanhado de políticas públicas que amparassem o gênero feminino dentro de instalações que, historicamente, foram construídas para atender ao sexo masculino. Nesse sentido, há uma inadequação estrutural do sistema prisional.

Apesar de existirem alguns presídios exclusivos para mulheres em determinadas regiões do país, como o Talavera Bruce (Rio de Janeiro), não houve um esforço público capaz

¹ <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>. Acesso em: 10 out. 2015.

² Segundo informação do INFOPEN estima-se que esse número seja ainda maior, uma vez que o relatório não acessou dados de 7 países e os dados da China referem-se somente às mulheres sem condenação e não ao total de mulheres no sistema prisional do país.

³ <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>. Acesso em: 10 out. 2015.



de adequar uma política prisional com perspectiva de gênero às necessidades femininas, notadamente convívio da mãe presa com seus filhos menores de 18 anos. Essa realidade é normalmente ignorada, não havendo menção no inquérito policial ou processo penal acerca de a mulher possuir filhos ou encontrar-se grávida.

A análise do sistema prisional reconhece que a mulher pertence a um dos grupos mais vulneráveis, dentro de um segmento já vulnerável, que é a população carcerária.

A situação de vulnerabilidade da mulher se agrava quando se encontra grávida e é colocada no cárcere. Nesse momento, direitos básicos previstos na Constituição são ignorados, sequer considerados para amparar esse novo ser humano que, apesar de não ter pedido para nascer, já possui direitos e da mesma forma os têm cerceados.

A Constituição de 1988⁴ inova ao elevar à condição de sujeitos de direitos, crianças e mulheres, pessoas outrora discriminadas, juridicamente ou não.

Abordando-as de forma específica, a Carta Magna dispõe que a mulher em condição de privação de liberdade deverá cumprir pena em estabelecimentos distintos (art. 5º, inciso XLVIII); delimita o direito de amamentação (art. 5º, inciso L); inova na proteção à infância como um dos direitos sociais (art. 6º); além de prever que os direitos da criança são reconhecidos e sua garantia é dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227).

A disposição constitucional acerca da existência de estabelecimentos prisionais distintos para homens e mulheres é uma igualdade que se mostra unicamente material. A necessidade de ambientes que atendam as necessidades femininas vai além das diferenças de gênero, mas principalmente serve de suporte à assistência materna aos filhos em local digno e sadio.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

Com relação ao direito à amamentação, a Constituição⁵ definiu como sendo uma garantia fundamental das presidiárias, assegurando condições para que possam permanecer com seus filhos durante esse período.

A relevância do leite materno, em que pese o aspecto nutritivo, intensifica o vínculo afetivo entre mãe e bebê, que favorece o desenvolvimento do vínculo maternal, além de reduzir o índice de rejeição e abandono dos recém-nascidos.

A falta de estrutura do ambiente prisional, além da ausência de informações acerca dos próprios direitos, faz com que muitas mães presas entreguem seus filhos aos cuidados de parentes ou abrigos, para que a criança não sofra pela falta de assistência, o que traz como consequência o desmame precoce e o déficit de desenvolvimento físico e intelectual do bebê.

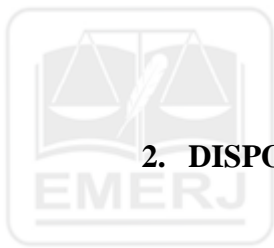
É direito fundamental constitucional da pessoa em condição de desenvolvimento, o direito à vida, saúde, alimentação, convivência familiar, respeito, liberdade e dignidade, os quais demandam proteção particular e cuidados especiais.

Com efeito, em virtude de a criança ser tratada como ser mais vulnerável na sociedade, é digna de proteção absoluta e atenção especial, o que garante o direito fundamental à proteção integral do Estado.

Daí a premente necessidade estatal em garantir os direitos da criança, visto que constituem a base da sociedade.

No tocante à estrutura carcerária, enquanto não existirem em todos os estabelecimentos femininos espaços para amamentação, cela ou dormitório adequado para gestantes, berçário ou centro de referência materno infantil, creches e uma estrutura de saúde básica para a mulher, estará violado o direito à dignidade humana tanto da mulher quanto da criança e, conseqüentemente, o fundamento do Estado Democrático de Direito.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.



2. DISPOSIÇÕES DO DIREITO SUPRALEGAL E INFRACONSTITUCIONAL

Inicialmente, deve-se esclarecer que a nomenclatura supralegal fora definida pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 2008, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 349.703-1, no qual aponta a supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos pactuados pelo Brasil antes do advento do § 3º, do art. 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004. Nesse sentido, prevaleceu o entendimento que os tratados internacionais de direitos humanos quando ratificados pelo Brasil são incorporados no ordenamento jurídico pátrio com status de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal e acima da Lei infraconstitucional.

A primeira norma supralegal sobre tratamento de presos foi criada em Genebra, em 1955, ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989, denominada de Regras Mínimas para Tratamento de Presos.

No entanto, merece destaque a atualização das referidas regras, versão chamada de “Regras de Mandela” (Mandela’s Rules) que buscam estabelecer bons princípios e sugerir boas práticas no tratamento de presos e para a gestão prisional, assegurando a dignidade e respeito não só às pessoas privadas de liberdade, como também a seus familiares.

Apesar desse primeiro enfoque, a norma supralegal de maior impacto sobre o tema em destaque são as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Mulheres Presas de 2010 ou “Regras de Bangkok”⁶, que buscou considerar as necessidades específicas das mulheres – reconhecendo que é necessário um tratamento igual, porém diferenciado.

⁶ Regras de Bangkok. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out.2016.

Dada a importância das “Regras de Bangkok”⁷ e da urgência em vê-las dotadas de eficácia, em 2011, o Conselho Nacional de Justiça por meio da Carta de Brasília, dispôs que as regras devem ser observadas em todo o território nacional.

Inicialmente, reputa-se essencial destacar a Regra 24, de extrema importância neste momento histórico, que dispõem que jamais se utilizará algemas (medidas de coerção) no caso de mulheres em dores de parto, durante o parto e no período imediatamente pós-parto.

Também merecem destaque as regras 2 e 3. A segunda oferece a provisão para que a mulher possa definir com quem pode deixar os filhos enquanto estiver presa, e, se necessário, até ter a prisão suspensa enquanto procura resolver esta questão. A terceira garante que no momento da inclusão deve-se ter informação acerca da existência de filhos, quantos são, com quem estão, se necessitam abrigo, tudo deve estar incluído no prontuário da mãe.

Quanto à amamentação, as regras não especificam um prazo; contudo, concentram-se no momento da separação entre mãe e filho, o qual deve ser definido considerando o melhor interesse da criança.

Além disso, essas regras indicam que as mulheres devem ser sempre informadas por profissionais de saúde sobre a importância da amamentação e nunca serem desestimuladas a amamentar. Além disso, devem ser garantidas as condições para que a mulher passe o maior tempo possível com o filho, e que as mães na prisão tenham acesso a serviços permanentes de saúde.

A regra número 5 dispõe que as mulheres, em particular as grávidas que estejam em situação de amamentação ou menstruação, devem receber toalhas sanitárias gratuitas e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais.

⁷ Regras de Bangkok. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out.2016.



A regra número 22 proíbe que sejam impostas punições às gestantes e lactantes, denotando uma atenção especial a esse grupo, onde é destacado que não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres grávidas, nem a mulheres com filhos ou em período de amamentação.

No mesmo sentido, a regra 42 sugere que haja uma maior flexibilização no regime penitenciário para gestantes e lactantes para que tenham acesso aos serviços e condições necessárias para um cumprimento de pena mais humanizado.

O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres grávidas, lactantes e mulheres com filhos. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais.

A regra número 64 sugere que as penas não privativas de liberdade devem ser priorizadas quando se tratar de mulher grávida ou com filho dependente, desde que o crime não tenha sido cometido com violência e a mulher não apresentar uma ameaça contínua.

A regra número 52 trata do momento da separação da mãe e da criança. Quando essa separação acontece, o Estado tem a responsabilidade de facilitar e auxiliar as visitas e contato entre eles, que deve ser estipulado caso a caso, sempre observado o melhor interesse da criança.

No tocante à legislação infraconstitucional, primeiramente destaca-se a Lei de Execuções Penais (LEP)⁸ que aborda uma série de direitos e garantias referentes às presas gestantes.

De acordo com a LEP os estabelecimentos penais femininos deverão ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (art. 83, § 2º). O art. 89 acrescenta que as penitenciárias

⁸ Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.



femininas devem destinar uma seção com creches para abrigar crianças entre os seis meses e os sete anos de idade.

Na LEP, tanto a seção destinada às gestantes quanto à creche necessitam de atendimento por pessoal qualificado. A norma não esclarece quais seriam os profissionais qualificados, mas pode-se inferir que por se tratar de atendimento à gestante, esse “pessoal qualificado” deveria contemplar ao menos uma equipe de saúde, notadamente, médicos.

Outro dispositivo relevante da LEP é o artigo 14, que trata da assistência médica, e explicita que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.

Outra legislação de relevo, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁹, em observância ao princípio do melhor interesse da criança, reforça a orientação sobre o aleitamento materno. No seu artigo 9º, fica estipulado que o poder público deve propiciar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

Por fim, destaca-se a Lei 13.257/2016¹⁰, denominada como o novo marco legal da primeira infância.

De acordo com a referida lei, o artigo 318 do Código de Processo Penal passou a prever que o juiz pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante ou mulher com filho de até 12 anos de idade.

Em recente julgamento, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus (HC 134069)¹¹ para J.F.S., mãe de uma menina de três meses de idade, condenada por tráfico de drogas em São Paulo. Ela se encontrava presa até abril/2016, quando liminar concedida pelo relator, ministro Gilmar Mendes, determinou a substituição da

⁹ Declaração Mundial sobre Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento da Criança.

Disponível em: <<http://www.mp.ma.gov.br/site/centrosapoio/DirHumanos/decMundial.htm>>. Acesso em: 7 set. 2016.

¹⁰ Lei da Primeira Infância. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

¹¹ *Habeas corpus*. STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28134069%2EENUME%2E+OU+134069%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h22g2me>>. Acesso em: 20 out. 2016.



segregação preventiva por prisão domiciliar. A decisão do colegiado quanto ao mérito, confirmou a cautelar.

Diante das regras mencionadas, observa-se que esforços vêm sendo empenhados, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos das detentas grávidas e de seus filhos. Entretanto, o Brasil ainda depende de políticas públicas para que se dê cumprimento efetivo a essa leis, de modo que suas disposições não se revelem tão somente a casos pontuais.

3. AS CONSEQUENCIAS DAS VIOLAÇÕES ÀS NORMAS E A REALIDADE

O encarceramento de mulheres tem gerado uma série de consequências práticas relevantes. Dentre elas, destaca-se: o já mencionado aumento progressivo do sistema prisional feminino; deficiências de assistência à saúde, em especial nas cadeias públicas e locais onde há presas provisórias; o aumento do risco de contágio de doenças infectocontagiosas; o excesso de presas provisórias; a ausência de vagas em regime mais benéfico; a superlotação prisional.

Considerando que grande parte dessas mulheres é mãe, tal fato gera consequências extramuros graves, como: a perda do poder familiar dos filhos; a destinação das crianças para abrigos, onde se corre o risco de a criança ser levada à adoção, caso não haja membros da família para deixá-las; a ruptura dos laços de afeto e convivência com a mãe em situação de privação de liberdade.

Com efeito, observa-se que as implicações não estão restritas ao período em que se vivencia a prisão. O fato de 68%¹² das mulheres presas apresentarem entre 18 e 34 anos, já é um indício dos efeitos do cárcere extramuros – essas mulheres estão em idade

¹² Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>>. Acesso em: 12 out. 2016.



economicamente ativa e a prisão retira delas a possibilidade de integrar o mercado de trabalho, assim como as rotula, tornando mais difícil conseguir emprego formal pós-cárcere. Pesquisas feitas nos Estados Unidos mostram que o aprisionamento aumenta o risco de mulheres que passaram pela prisão desenvolverem doenças cardiovasculares, diabetes, pressão alta, obesidade, depressão e outros agravos psíquicos.¹³

Recentemente, a pesquisa “Dar à luz na sombra”¹⁴ mapeou o exercício da maternidade em estabelecimentos prisionais considerados referência no atendimento a mães e bebês ou que tinham em prática alguma política de cuidado com esse público, em seis estados brasileiros.

As conclusões são principalmente de que toda maternidade em situação prisional é vulnerável, dados os efeitos biopsicossociais do cárcere. Portanto, uma melhor possibilidade de exercício da maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e os espaços específicos para exercício da maternidade são excepcionais e localizados somente em algumas capitais e, ainda assim, não cumprem integralmente a legislação.

Além disso, a pesquisa ressalta que a falta de acesso à justiça é um entrave para a garantia de direitos nesses espaços, em especial daqueles previstos para mulheres grávidas ou lactantes, tendo em vista que a liberdade provisória é exceção e não regra, e pouco se aplica as medidas cautelares de prisão domiciliar em substituição da prisão preventiva.

Denuncia, ainda, que o mínimo legal de seis meses previstos para permanência das mães com filhos na prisão, como regulamenta a LEP, é, na maioria das unidades visitadas, o

¹³ . Relatório “Levantamento nacional de informações penitenciárias – *Infopen Mulheres*”, jun. 2014, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 12 out 2016.

¹⁴ “Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” (Ipea/MJ), coordenada pela professora doutora Ana Gabriela Mendes Braga (Unesp) e cocoordenada por Bruna Angotti (Mackenzie). Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/dar-a-luz-na-sombra-condicoes-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exercicio-da-maternidade-por-mulheres-em-situacao-de-prisao/>>. Acesso em: 12 out 2016.



tempo máximo permitido, e que o cumprimento das leis já existentes seria um passo importante para o desencarceramento de mulheres nessa condição.

Atualmente, uma das políticas públicas defendidas para reduzir os efeitos do cárcere às crianças é a concessão do indulto natalino - benefício de extinção da pena decretado pelo Executivo ao final do ano -, concedido às mulheres condenadas por tráfico de entorpecentes que tenham pena de até cinco anos e/ou com filhos menores de 18 anos.

Outra medida passível de ser adotada é a aplicação interdisciplinar e integrada de políticas sociais, criminais, de execução penal, de saúde e de acompanhamento processual efetivo, como forma de garantir todos os benefícios devidos à mãe privada de liberdade.

Mais que uma política prisional com perspectiva de gênero, é indispensável que a política criminal seja entendida de forma ampla e leve em conta as particularidades das mulheres que entram em contato com o sistema de justiça criminal, sobretudo, a necessidade de priorizar a aplicação de medidas não privativas de liberdade quando existe uma criança a ser cuidada pela mãe presa, como ressaltou a Lei 13.257/2016¹⁵ - marco da primeira infância -, que estabeleceu a prisão domiciliar nesses casos.

É evidente que a permanência de uma criança junto à mãe em um estabelecimento prisional é algo problemático e polêmico; contudo, não é possível pensar essa relação sem incluir as consequências desse procedimento, notadamente os benefícios e os malefícios dele advindos.

No tocante aos aspectos favoráveis, destaca-se a não separação de mãe e filho; a importância da vinculação maternal para a boa estruturação emocional das crianças em fases precoces da vida; os benefícios para as mulheres presas pelo efeito estruturante e de satisfação de ser mãe frente ao cumprimento da pena de prisão.

¹⁵ Lei da Primeira Infância. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

Quanto aos aspectos negativos, considera-se a vulnerabilidade do contexto de gravidez, tal como a situação biogenética de ser mãe - a gestação e lactação -, agravada pela adaptação à situação de reclusão, o que pode ocasionar períodos de depressão da mãe; o consumo de substâncias psico-ativas, a fragilidade ou inexistência de redes de apoio; o elevado número de conflitos existentes em ambiente prisional e as severas regras prisionais.

Diante das questões suscitadas, identifica-se uma complexidade de situações que precisam ser corrigidas pelo Estado, como forma de garantir a dignidade humana dessas pessoas.

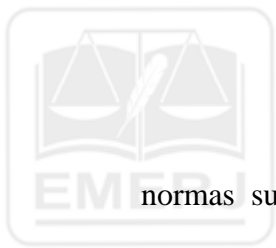
As normas nacionais e supralegais de proteção à mãe presa não são cumpridas pela maioria dos estados brasileiros. Nesse sentido, a maioria das regras já estabelecidas, é simplesmente negada ou estipulada conforme o arbítrio dos dirigentes e/ou a discricionariedade da gestão prisional.

Constata-se assim, que as ações institucionais vêm se desenvolvendo sem nenhum planejamento que leve em consideração a humanização da execução penal, confrontando-se com abusos de poder, ausência de garantias jurisdicionais e omissões do Estado para efetivação do respeito à dignidade da pessoa humana.

Apesar de complexa, é necessária a ampliação da análise sobre essa temática e a intervenção efetiva nesta realidade.

CONCLUSÃO

O estudo realizado apresentou as condições do cárcere feminino e sua relação com os direitos da criança, observado por meio de as normas previstas no ordenamento pátrio, tais como, a Constituição, a Lei de Execuções Penais (LEP), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), bem como



normas supraleais, como as Regras Mínimas de tratamento de presos e as “Regras de Bangkok”.

Ainda que a matéria esteja amparada por meio de arcabouço jurídico consistente, como se verifica diante da legislação nacional e internacional acerca do tema, na prática, observa-se que as normas garantidoras dos direitos dessas pessoas, em situação de vulnerabilidade, pouco ou em nenhum momento são implementadas pelo Estado.

Enfatizou-se as violações aos direitos humanos, dentre eles, os problemas enfrentados pelas mulheres grávidas, com filhos ou lactantes que ainda são desprovidas de acesso constante à saúde, acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Nesse ponto, também ressaltou-se a aplicação de sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres grávidas, ou com filhos ou em período de amamentação, e a necessidade de as penas não privativas de liberdade serem priorizadas quando se tratar de mulher grávida ou com filho dependente.

O poder público deve propiciar condições adequadas e necessárias para um cumprimento de pena mais humanizado, de modo a efetivar o Estado Democrático, o qual está voltado a assegurar os direitos individuais, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, nos termos do preâmbulo inserto na Constituição da República.

Outrossim, passados 26 anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente e 6 anos da ratificação das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Mulheres Presas de 2010 ou Regras de Bangkok – considerada a norma internacional de maior relevância sobre o tema, muito ainda precisa ser efetivado.

A tarefa de adequar os sistemas prisionais femininos aos anseios atuais de garantia dos direitos fundamentais é árdua e precisa ser desempenhada com comprometimento e



conforme os ditames da normativa constitucional, infraconstitucional e supralegal aderida pelo Brasil.

A mudança social não é possível com a perpetuação de violações de direitos humanos, representada pela falta de diretrizes de uma política pública nacional direcionada especificamente à garantia dos direitos mínimos de sobrevivência e respeito à saúde física e mental de mães e filhos em condição de cárcere.

A solução dessa questão, portanto, passa pela mera aplicação das normas postas, que são muitas e que garantem a sobrevivência digna dessas pessoas. No entanto, apesar de parecer simples, trata-se do grande obstáculo a ser superado, tendo em vista interesses políticos que insistem em adiar e alijar os direitos dessas pessoas, cujo abandono traz consequências sociais que refletem por toda a sociedade.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdhm/instrumentos/opcoescrianca.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

“*Dar à luz na sombra: condições atuais e futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*” (Ipea/MJ), coordenada pela professora doutora Ana Gabriela Mendes Braga (Unesp) e cocoordenada por Bruna Angotti (Mackenzie). Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 12 out 2016.

Declaração Mundial sobre Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento da Criança. Disponível em: <<http://www.mp.ma.gov.br/site/centrosapoio/DirHumanos/decMundial.htm>>. Acesso em: 7 set. 2016.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdhm/instrumentos/opcoescrianca.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.



GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos curso elementar*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

INFOPEN mulher, Junho 2014. Disponível em:
<<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres>>. Acesso em: 29 set. 2016.

Lei da Primeira Infância. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

Lei de Execuções Penais. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

O DEGASE, a Semiliberdade e a Ressocialização. Disponível em:
<http://www2.dbd.pucRio.br/pergamum/tesesabertas/0610385_08_cap_04.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

Regras de Bangkok. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 14 out.2016.

Regras mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – ONU. Disponível em:
< <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 14 out. 2016.

Relatório “Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen Mulheres”, jun. 2014, produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Disponível em:
<<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em: 12 out 2016.

A ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DO ADOLESCENTE DE 12 ANOS E 13 ANOS À LUZ DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Viviane Silva de Sousa

Graduada pelo Centro Universitário da Cidade - UniverCidade. Advogada.

Resumo: A Lei n. 12.015/2009 alterou o Código Penal no tocante aos crimes sexuais. Trata-se de importante alteração legislativa que, adequando o Código Penal à CRFB/88, substituiu a expressão “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”. Uma das mais relevantes mudanças foi a introdução do art. 217-A, unificando em um só tipo penal o crime de estupro e de atentado violento ao pudor, contra o vulnerável. No que importa para este artigo, o legislador considera absolutamente vulnerável o menor de catorze anos. O presente trabalho visa a abordar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza da vulnerabilidade. Objetiva ainda discutir o direito à sexualidade do adolescente de 12 anos e 13 anos. Por fim, pretende defender a possível compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei n. 12.015/2009. Estupro de Vulnerável. Vulnerabilidade absoluta ou relativa. Autodeterminação sexual do adolescente. Princípio da Culpabilidade. Questões.

Sumário: Introdução. 1. Debate sobre a validade do consentimento da vítima com doze e treze anos com a prática do ato sexual: crítica à decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.480.881-PI. 2. Liberdade sexual: debate sobre o direito fundamental do adolescente à autodeterminação sexual. 3. Da necessária compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade que veda a responsabilização penal objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute o conceito de vulnerabilidade, do adolescente menor de 14 anos, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, que alterou substancialmente o Código Penal de 1940 em relação aos crimes sexuais, à luz do Direito Penal democrático. Debate o caráter autoritário da escolha do legislador brasileiro ao tipificar como crime de estupro de vulnerável a conduta daquele que mantém conjunção carnal com adolescente menor de 14 (catorze) anos, simplesmente pelo critério etário.



Para tanto, analisa-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do revogado artigo 224 do Código Penal de 1940, especialmente para se debater o consentimento da vítima, o direito fundamental do adolescente à liberdade sexual e a compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade, norteador do Direito Penal.

Nesse sentido, inicia-se o presente artigo científico abordando as controvérsias acerca da natureza da vulnerabilidade. Ainda no primeiro capítulo, defende-se a validade do consentimento para a prática do ato sexual do adolescente de 12 e 13 anos. Faz-se uma crítica à posição jurisprudencial atual, consubstanciada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881-PI, pois o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de não ser possível relativização do conceito de vulnerabilidade.

No segundo capítulo, defende-se o direito à autodeterminação sexual do adolescente. Isto é, sustenta-se que o adolescente que conta com ao menos doze anos de idade tem direito à liberdade sexual. Noutras palavras, o exercício da liberdade sexual do adolescente, ao lado de outros direitos fundamentais, deve ser enfrentado, e não colocado para “debaixo do tapete”, uma vez que o adolescente goza de todos os direitos assegurados aos adultos. Ressalva-se que isso não significa que se deve estimular a prática sexual do adolescente, tampouco se confunde com abuso ou exploração sexual.

O terceiro capítulo sinaliza que a posição apresentada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881-PI cria um perigo precedente para responsabilização penal objetiva em detrimento da responsabilidade penal subjetiva. Para tanto, é necessário compatibilizar a doutrina da proteção integral com os princípios do Direito Penal Constitucional, especialmente o princípio da culpabilidade.

Por fim, a pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica. Qualitativa, pois objetivará interpretar o crime de estupro de vulnerável à luz da Constituição Federal; explicativa, porque explicitará as controvérsias que



decorrem da interpretação literal do art. 217-A do Código Penal, introduzido pela Lei n. 12.015/2009; e será bibliográfica, visto que terá como fontes principais de estudo a legislação e a doutrina.

1. DEBATE SOBRE A VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA COM DOZE E TREZE ANOS COM A PRÁTICA DO ATO SEXUAL: CRÍTICA À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO RECURSO ESPECIAL N. 1.480.881-PI.

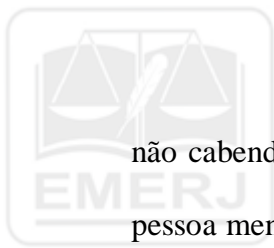
Antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940 em 10 de agosto de 1942, nem Código Criminal do Império de 1830, nem o Código Penal da República de 1890 previam figuras típicas específicas em relação aos crimes de natureza sexual cometidos contra vítimas crianças e adolescente.

A Lei n. 12.015/2009, que entrou em vigor em 10 de agosto de 2009, modificou esse cenário, com alteração substancial do Título VI, do Código Penal. A nova lei substituiu positivamente a expressão “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, já que mais adequada à Constituição Federal, pois a liberdade sexual do indivíduo está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III, da CRFB/88¹.

A grande alteração trazida pelo novo diploma foi unificação do crime de estupro e de atentado violento ao pudor em um tipo penal único, previsto no art. 213², e a revogação do art. 224, alíneas “a”, “b” e “c”, todos originários do Código Penal de 1940. A mencionada art. 224 cuidava da presunção de violência. Afirmava-se que a natureza dessa presunção era absoluta,

¹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

²BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016



não cabendo prova em sentido contrário. Desse modo, caso houvesse conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos de idade, presumia-se a violência por parte do sujeito ativo contra a vítima, ainda que a violência não fosse real, caracterizando o crime de estupro.

Contudo, essa posição começou a ser criticada pela doutrina, que sustentava a presunção de violência relativa, de modo a possibilitar ao agente a prova em sentido contrário, para descaracterizar o crime de estupro. Vale destacar que esse entendimento foi tomando certo destaque na jurisprudência, sendo ainda majoritário o entendimento segundo o qual era absoluta a presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal.

Para Cezar Roberto Bitencourt³, “[...] o legislador contemporâneo usa a mesma presunção de violência, porém, disfarçadamente, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei.” Ainda segundo o Bitencourt⁴ o legislador tentou aplacar a posição jurisprudencial firmada no Supremo Tribunal Federal acerca da relatividade da presunção de violência. Para tanto, o legislador revogou o antigo art. 224 do Código Penal, para deixar de lado a discussão sobre a violência presumida, passando considerar a pessoa menor de 14 como absolutamente vulnerável, de modo que não caberia ao intérprete e aplicador do direito decidir de maneira contrária.

No mesmo sentido, Nucci⁵ afirma que “a relativização da vulnerabilidade é um imperativo de dignidade humana”. O referido autor defende que a idade de 14 anos não deveria ser o critério etário para definir a vulnerabilidade, pois o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶ prevê que criança é a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

³BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

⁴Ibid. p. 227.

⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 851.

⁶BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

O critério etário de catorze anos definido pelo legislador não está condizente com a realidade fática, já que adolescente com doze e treze anos possui discernimento o bastante para ser responsabilizado em caso de cometimento de ato infracional, por exemplo. O legislador se mostrou retrógrado e incapaz de acompanhar a realidade social. Atualmente não é difícil encontrar adolescentes de 12 e 13 anos de idade se relacionando amorosamente, até mesmo com o consentimento dos pais. Dessa forma, o consentimento do adolescente com idade superior a 12 (doze) anos com a prática de ato sexual do não poderia ser simplesmente desprezado pelo legislador ordinário.

O mais razoável seria analisar a validade ou não do consentimento causticamente. Isso porque não basta simplesmente a prova da materialidade do crime para responsabilização penal do sujeito passivo. Deve ficar comprovado que o bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a dignidade e a liberdade sexual do vulnerável de 12 ou 13 anos, correu ao menos perigo concreto, real e efetivo de lesão.

De acordo com Nucci⁷

A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar de adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável.

Referido autor não segue o entendimento segundo o qual a vulnerabilidade de todo e qualquer adolescente menor de 14 anos é absoluta. Admite, portanto, a possibilidade de se debater a capacidade do adolescente que possua idade 12 ou 13 anos, de consentir com o ato sexual, o que se harmoniza com o princípio da culpabilidade sem descurar da doutrina da proteção integral.

Rogério Greco⁸, em sentido contrário, sustenta que a vulnerabilidade é um dado objetivo

⁷ Ibid.



Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, permissa venia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

Apesar da tentativa do legislador contemporâneo de estancar o debate antigo sobre a natureza da presunção de violência prevista no art. 224⁹ do Código Penal, a discussão permanece viva, sendo que, atualmente, versa a natureza da vulnerabilidade prevista no art. 217-A.

Como a jurisprudência ora se manifestava pela natureza relativa da vulnerabilidade, ora se posicionava pela natureza absoluta, o Superior Tribunal de Justiça, a fim de uniformizar o entendimento acerca da matéria, ao julgar o Recurso Especial n. 1.480.881-PI, adotou posição segundo a qual o consentimento do ofendido, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima são irrelevantes para descaracterização do crime de estupro de vulnerável. Para a referida Corte superior o novel art. 217-A¹⁰ do Código Penal não permite a relativização da condição de absolutamente vulnerável do menor de 14 anos.

Todavia, o entendimento firmado viola frontalmente os princípios da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVIII, da CRFB/88), do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88). Com esse entendimento, a única defesa possível ao acusado de crime de estupro de vulnerável seria comprovar que não tinha conhecimento da idade da vítima, de modo que a tese defensiva ficaria restrita a erro de tipo (art. 20 do Código Penal), já que, para o Superior Tribunal de

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V 3. 12. ed. Niterói, RJ: Ímpetos, 215, p. 587.

⁹BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016

¹⁰BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016

Justiça, basta a prova da ocorrência do ato sexual ou libidinoso para que o acusado seja responsabilizado penalmente.

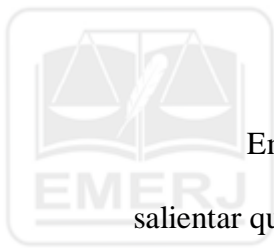
No entanto, a interferência do Direito Penal não se justifica se o bem jurídico não foi sequer colocado em risco concreto de lesão, como é o caso de o ato sexual ou libidinoso ter sido validamente consentido pela pessoa com 12 e 13 anos de idade. Se houve consentimento válido, ou seja, se não houve violência ou grave ameaça, a conduta do agente deve ser considerada atípica, caso contrário estar-se-á a adotar responsabilidade objetiva em detrimento da subjetiva, o que viola o princípio da culpabilidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, foi alçada ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. Por isso, o art. 5º da CRFB/88 dispõe sobre um rol de princípios relacionados ao Direito Penal, que serve para limitar o poder punitivo estatal, uma vez que tem por finalidade orientar o legislador ordinário para edição de leis que tenham por objetivo um controle penal mínimo, já que a liberdade é direito fundamental de 1ª geração que exige um dever de abstenção do estado.

2. LIBERDADE SEXUAL: DEBATE SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO ADOLESCENTE À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.

A Constituição Federal de 1988, alinhada aos diplomas internacionais, reconhece que as crianças e os adolescentes são pessoas em formação que precisam de uma proteção especial, diferenciada. Nesse sentido, o art. 227¹¹, com redação dada pela EC n. 65/2010, prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à liberdade, entre outros direitos fundamentais.

¹¹BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.



Em relação ao bem jurídico tutelado pelo art. 217-A¹² do Código Penal, importante salientar que, além da proteção da dignidade e da liberdade sexual, Rogério Greco¹³ leciona

[...] como constava originalmente no projeto que, após algumas modificações, se converteu na Lei n° 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos apontar o desenvolvimento sexual também como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

A Constituição da República adotou a doutrina da proteção integral deixando de lado a da situação irregular. Com isso a criança e o adolescente deixaram de ser vistos como simples objeto de controle.

Segundo Danielle Rinaldi Barbosa¹⁴

Desde a Declaração dos Direitos da Criança de 1969, o indivíduo em desenvolvimento passou a ser visto como senhor de seus direitos, destinatário não do intervencionismo estatal, mas de uma legislação que lhe assegure, em razão de sua situação de vulnerabilidade, proteção integral.

No presente artigo, defende-se a capacidade de o adolescente de 12 ou 13 anos de idade de consentir validamente com a prática sexual. Isso não implica dizer que esses adolescentes não merecem tratamento especial por parte do Estado e da sociedade. Ao contrário, por se tratar de adolescente, pessoa em desenvolvimento, permanece sendo mais vulnerável, daí que deve ser o centro de maior proteção da norma jurídica. Não obstante, se interpretado corretamente, o art. 217-A¹⁵ do Código Penal, protegerá efetivamente o adolescente de 12 ou 13 anos, sem privá-lo do exercício fundamental à liberdade sexual. Em

¹² Ibid.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 3V. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 567.

¹⁴ BARBOSA, Danielle Rinaldi. *Direito fundamental à visita íntima do adolescente internado*. Revista Liberdades. 19. ed. Agosto. 2015. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=236>. Acesso em: 04 de nov. 2016, p. 69 a 85.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.



outras palavras, o dispositivo legal mencionado resguardará o direito do adolescente maior de 12 e menor de 14 anos à autodeterminação sexual, sem ferir os princípios do Direito Penal, os quais se prestam a proteger o indivíduo contra o poder punitivo estatal.

A criança e o adolescente não sujeitos de direitos assim como a pessoa adulta. Significa que são dotadas de todos os direitos inerentes à pessoa humana, previstos no ordenamento jurídico nacional e internacional. O art. 5º da CRFB/88¹⁶ traz um rol exemplificativo de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à propriedade etc. Como salientado por Danielle Rinaldi Barbosa¹⁷, “[...] o conjunto de direitos previsto na CR é complementado por direitos implícitos, bem como por direitos expressos em tratados internacionais de direitos humanos”.

Ainda segundo Danielle Rinaldi Barbosa¹⁸ “[...] o comportamento sexual, quer-se abranger muito mais do que o ato sexual em si. Comportamento sexual seria toda conduta relacionada à sexualidade, voltada para a obtenção de prazer”. Assim, do ponto de vista constitucional, o adolescente também tem direito de buscar sua felicidade por meio do comportamento sexual.

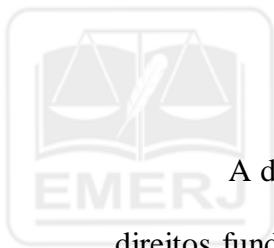
Para a referida autora, com quem se concorda inteiramente, o direito à liberdade sexual alcança também o adolescente. O legislador ao tratar do direito à liberdade no art. 16¹⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, silenciou-se a respeito do direito à liberdade sexual, perdendo a oportunidade de disciplinar minimamente a matéria. Ou seja, o legislador não enfrentou o tema, embora seja é inegável que adolescentes sentem desejo sexual, assim como a pessoa adulta e, cada dia, têm iniciado a vida sexual mais cedo.

¹⁶BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

¹⁷ Ibid. p. 69 - 85.

¹⁸ Ibid. 69 - 85.

¹⁹BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.



A despeito de não estar expressamente previsto na legislação pátria, e como o rol de direitos fundamentais não é taxativo, mas sim exemplificativo, o direito à autodeterminação sexual deve ser entendido como um dos aspectos do direito à liberdade. Por isso, não pode ser usurpado do adolescente. Assim, ainda que o direito à liberdade sexual não esteja previsto no rol de direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adolescente não é vedado o exercício da prática sexual, incluindo a escolha do parceiro.

A liberdade sexual está diretamente relacionada à essência do indivíduo, a dignidade da pessoa humana. Apesar disso, o exercício deste direito pelo adolescente não deve ser dar tal qual a pessoa adulta, tendo em vista o caráter peculiar da pessoa em desenvolvimento, à luz da doutrina da proteção integral. Isso não significa dizer, contudo, que o adolescente com 12 anos de idade não tenha discernimento necessário para consentir validamente com o ato sexual.

Pelo contrário, se verificado, no caso concreto, que o adolescente, por exemplo, mantém relacionamento afetivo com o agente, por livre e espontânea vontade, e que a prática do ato sexual entre eles ocorre sem grave ameaça ou violência, não há o porquê criminalizar o parceiro sexual do adolescente, que validamente consentiu com o ato.

É evidente que este adolescente continua merecedor da tutela penal, no caso de ser constrangido a manter relação sexual, ou caso o agente se aproveite de uma situação de vulnerabilidade desse adolescente, como ocorre na prostituição. Nesses casos, ainda que a vítima já tenha iniciado a sua vida sexual, não se admite que o agente se beneficie da condição de vulnerável do adolescente, mesmo que ela seja relativa, a fim de satisfazer-se lascivamente em detrimento da dignidade da vítima, ainda que não haja violência ou grave ameaça.

Aliás, o livre exercício à liberdade sexual vai ao encontro do pleno desenvolvimento da personalidade do adolescente, o que atende a doutrina da proteção integral. Por óbvio,

deve-se proteger o adolescente contra o abuso e a exploração sexual, mas isso não afasta o direito do adolescente à autodeterminação da vida sexual.

Nessa esteira, Danielle Rinaldi Barbosa²⁰ sustenta

Nesses moldes, há de se identificar com firmeza a linha que divide o exercício natural da sexualidade do indivíduo em formação de seu comportamento sexual do comportamento erótico abusivo dos direitos de crianças e adolescentes. Só assim se permite interpretar o ordenamento em consonância com os direitos fundamentais infantojuvenis.

Importante salientar que o art. 217-A²¹ do Código Penal não exige nenhuma condição especial do sujeito ativo, sendo crime comum, portanto. Daí que até mesmo o adolescente pode ser autor do ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável. O que pretendeu o legislador foi prevenir e reprimir o abuso sexual cometido contra criança e o adolescente.

Assim, se o artigo for interpretado literalmente, até mesmo um ato sexual envolvendo dois adolescentes de 13 anos de idade, que mantém relacionamento amoroso, com o consentimento de seus responsáveis legais, poderia, em tese, configurar o crime de estupro de vulnerável. Dessa forma, ao mesmo tempo o adolescente seria vítima e o autor do ato infracional. Essa interpretação levaria ao absurdo. Destarte, se foi dado consentimento válido por parte do adolescente, que tinha capacidade de discernimento, o crime de estupro estará descaracterizado.

De acordo com Danielle Rinaldi Barbosa²²

[...] é preciso interpretar referido comando normativo em conformidade com o texto constitucional, que assegura a crianças e adolescentes um conjunto de direitos fundamentais gerais e especiais voltados a lhes atribuir proteção integral. Conforme dito alhures, é preciso bem delimitar o exercício da liberdade sexual de crianças e adolescentes, de modo a que tal exercício não implique, em razão do fato desses indivíduos ainda estarem em estágio de formação de suas personalidades, prática sexual abusiva que aferre seus direitos. É preciso lembrar que crianças e

²⁰ Ibid. p. 69 a 85.

²¹ 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: 04 nov. 2016.

²² Ibid. p. 69 - 85.



adolescentes são indivíduos em formação, e sua incompletude de desenvolvimento psicológico pode acarretar vícios ou falhas no seu ato de consentir.

Mais recentemente, a Lei n. 12.594/2012, no art. 68²³, reconhece o direito do adolescente internado à visita íntima, condicionando seu exercício à comprovação de união estável. Daí porque se verifica que o legislador evoluiu, ainda que timidamente, para reconhecer que deve ser respeitada a liberdade sexual do adolescente. Se assim não fosse, o legislador não teria garantido ao adolescente em conflito com a lei o direito à visita íntima.

Desse modo, a correta interpretação da lei é no sentido de que, ainda que o adolescente que receberá a visita íntima não tenha completado 14 anos, ou mesmo se seu companheiro também não tenha completado esta idade, não há falar em crime de estupro de vulnerável. Até porque referido dispositivo legal não restringe o direito à visita íntima ao adolescente com idade igual ou superior a 14 anos. Por conseguinte, a prática de ato sexual consentida por adolescente com 12 ou 13 anos, que não esteja cumprindo medida socioeducativa, também não configura o crime previsto no art. 217-A²⁴ do Código Penal.

3. DA NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COM O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE QUE VEDA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA

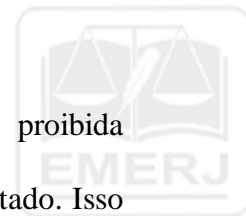
Faz-se necessário que o art. 217-A²⁵ do Código Penal seja interpretado à luz dos princípios do Direito Penal Constitucional. O princípio da culpabilidade emerge da expressão latina *nullum crimen sine culpa*²⁶. Esse princípio veda a responsabilidade penal objetiva,

²³BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

²⁴BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

²⁵BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

²⁶ Não há crime sem culpa (tradução livre).



proibindo que o agente responda simplesmente por ter praticado a conduta proibida penalmente, ou seja, mesmo que tenha agido sem dolo ou culpa em relação ao resultado. Isso contraria a doutrina do Direito Penal, que está fundada na responsabilidade subjetiva do agente, razão pela qual somente seria possível punir o agente se ele praticou a conduta ao menos com culpa.

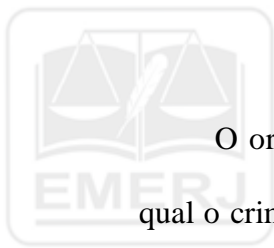
A presunção de violência implícita no art. 217-A²⁷ do Código Penal meramente pelo fato de o agente ter mantido conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 14 (cartorze) anos, configura, sim, hipótese de responsabilidade penal objetiva. O agente deve responder na medida da sua culpabilidade, sendo vedado ao legislador, em razão do princípio acima mencionado, criar presunção legal em desfavor do acusado.

Assim, se o adolescente maior de 12 ou 13 anos mantiver relação sexual com outro adolescente de igual idade, ou com pessoa adulta, mas de forma livre e consentida, sem qualquer violência ou ameaça, ou exploração sexual, em razão da condição socioeconômica do adolescente, não haveria que se enquadrar a conduta no crime de estupro de vulnerável. Ressalvem-se os casos de abuso sexual e de oportunismo da pessoa que mantém relação sexual com o adolescente, favorecendo-se da condição social deste, por motivo de prostituição, por exemplo, hipótese em que o crime estará configurado.

O acusado do crime de estupro de vulnerável tem direito de demonstrar que não constrangeu a vítima, seja mediante violência real (força física) ou grave ameaça, ou não aproveitou da condição de vulnerabilidade do adolescente para com ele praticar ato sexual, caso contrário, haveria grande prejuízo ao direito de defesa daquele, na medida em que as teses defensivas seriam reduzidíssimas, já que absoluta de vulnerabilidade, citando-se, a título de exemplo, o erro de tipo (art. 20 do CP)²⁸.

²⁷ BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

²⁸ BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.



O ordenamento jurídico brasileiro ao definir crime adota a teoria tripartida segundo a qual o crime é o ato típico, ilícito e culpável. Nesse sentido, a culpabilidade do agente não é apenas um pressuposto da pena, mas sim elemento do conceito analítico de crime cuja ausência torna o fato atípico.

No tocante à configuração de um delito, o princípio da culpabilidade exerce duas funções: a primeira, em relação à análise da tipicidade, na qual a conduta do agente somente pode ser considerada típica se este tiver agido ao menos de forma culposa; já a segunda, trata do elemento da culpabilidade, segundo o qual a conduta do agente deve ser reprovável, caso contrário não estará configurado o terceiro elemento do conceito analítico do crime.

Com efeito, a responsabilidade pena objetiva não é compatível com um direito penal democrático cuja dignidade da pessoa humana, que é um princípio fundamental da república, artigo 1º, III da CF²⁹, impõe limites ao direito de punir do Estado. A responsabilidade objetiva ignora o acusado com sujeito de direito colocando-o apenas como mero objeto da punição estatal.

Por outro lado a doutrina da proteção integral que exige maior proteção de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade de modo algum se mostra incompatível com a vedação à responsabilidade penal objetiva, ainda que a vítima seja adolescente maior de 12 anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ademais, prevê a responsabilização infantojuvenil pela prática de ato infracional do adolescente de 12 anos ou mais, podendo ser-lhe aplicada medida sócio-educativa. O legislador, desse modo, entende que essa mesma pessoa tem o discernimento necessário para consentir, diferentemente da pessoa menor de 12 anos.

Portanto, a adequada interpretação do artigo 217-A à luz do direito penal constitucional é no sentido de relativizar o conceito de culpabilidade do adolescente maior de 12 anos para

²⁹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.



entender que este já possui capacidade para consentir o ato sexual, o que afastaria a presunção absoluta de vulnerabilidade. Além disso, estar-se-ia garantindo a liberdade sexual do adolescente e prevenindo punições injustas de acusados de crimes de estupro de vulnerável com a adoção da responsabilidade penal objetiva.

CONCLUSÃO

A Lei n. 12.015/2009 alterou significativamente o Código Penal no tocante aos crimes sexuais, principalmente ao mudar o enfoque da tutela penal para dignidade sexual em detrimento dos costumes. Essa mudança foi positiva, já que colocou a pessoa humana no centro dessa proteção. Outra alteração importante foi a criação do tipo penal autônomo de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A. O legislador ordinário manteve o rol do revogado art. 224 do Código Penal, o denominou, porém, de vulnerável.

O fato de o legislador ter realizado essa mudança não fez com que as discussões a respeito da natureza da presunção de vulnerabilidade, hoje inexistente, fossem redirecionadas para a natureza da vulnerabilidade. Atualmente, continua viva a discussão se é o não possível flexibilizar o entendimento sobre o conceito de vulnerável, para descaracterizar o crime de estupro de vulnerável quando houve consentimento, por exemplo.

A oscilação jurisprudencial tende a diminuir depois que o Superior Tribunal de Justiça, no julgado do Recurso Especial n. 1.480.881-PI posicionou-se no sentido de que a vulnerabilidade é absoluta. A referida Corte superior considerou irrelevante o consentimento, a existência de experiência sexual anterior, ou o relacionamento afetivo entre o agente e a vítima, para a configuração do crime previsto no art. 217-A do Código Penal. Apesar disso, o presente artigo demonstrou ser possível compatibilização da doutrina da proteção integral com o princípio da culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____, Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016

_____, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016

_____, Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.480.881-PI. RECURSO ESPECIAL 2014/0207538-0. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Órgão Julgador S3 – TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento: 26/08/2015. Data da Publicação/Fonte DJe 10/09/2015.

BARBOSA, Danielle Rinaldi. *Direito fundamental à visita íntima do adolescente internado*. Revista Liberdades. 19^a ed. Agosto. 2015. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=236>. Acesso em: 04 de nov. 2016

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 3V. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br

