



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº 2 - Tomo I (A/J) - jul./dez. 2017



Elaborado no 2º Semestre 2017



REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº2 - Tomo I (A/J) - jul./dez. 2017



Elaborado no 2º Semestre 2017



© 2018 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 2017

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Ana Cristina Sargentelli Porto

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner

- Nelson Carlos Tavares Junior



Alianne Katherine Vasques Santos

A VIABILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO *HOMESCHOOLING* NO BRASIL À LUZ DA GARANTIA DE ACESSO À EDUCAÇÃO..... 13

Alice da Silva Fortunato Souza

A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O ADVENTO DA LEI N. 13.245/2016..... 28

Amanda Cristina Marques

A INOBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 226 E SEQUINTEES DO CPP FRENTE AO PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS. 43

Amanda Rodrigues Moreira

A PRISÃO TEMPORÁRIA ILEGAL SOB OS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A VISÃO DO STF – QUANDO SE TORNA DEGRADANTE. 61

Ana Caroline Bispo Fernandes da Silva

SISTEMA CARCERÁRIO: A SITUAÇÃO DA MULHER PRESA E A EDIÇÃO DO MARCO INFANTIL: UMA LUZ NA POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO FEMININO. 78

Andressa Vidal de Figueiredo Fortuna

O CONFLITO NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR ANÔNIMO, O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO DOS PAIS DE FORMAR UMA ENTIDADE FAMILIAR: O DESEJO DE SE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA DEVE SUPLANTAR OS INTERESSES DO CONCEBIDO?..... 92



Anna Beatriz Batista dos Santos Pereira

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA. 108

Anna Beatriz Espínola de Souza Almeida Aranha

A INCONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB O FILTRO DA PROPORCIONALIDADE..... 122

Aparecida Maria Pereira da S. Lopes

A DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE NO NOVO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL. 140

Ariadne Lucy Esteves Santos

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EXECUÇÃO FISCAL: NÃO APLICAÇÃO DO ART. 133 DO CPC AO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL..... 155

Bárbara Barreiros da Silva

APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA PELO MÁXIMO DA PENA EM ABSTRATO: REFLEXÃO SOBRE O RISCO SOCIAL DA PERICULOSIDADE DAQUELE QUE SOFRE A MEDIDA DE SEGURANÇA AO RETORNAR AO CONVÍVIO SOCIAL SEM A GARANTIA DA CURA..... 169

Bernardo Fonseca e Cruz

A VIABILIDADE DA REMIÇÃO PENAL COMO ALENTO AO TRATAMENTO DESUMANO EM LOCAIS DE CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL..... 183

Bianca Tavares Soares Silva

HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO IPI EM PRODUTOS IMPORTADOS: *BIS IN IDEM*? 197

Brunna Gabrielle Maroni Rezende

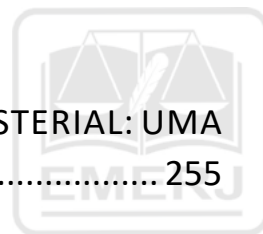
A RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO MATERNO/PATERNOFILIAL À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS. 211

Brunna Rigamont Gomes Barbosa

A OBRIGATORIEDADE DO USO DE PRECEDENTES E O ENGESSAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS..... 225

Bruno de Mattos Ávila Nolasco

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E DO VALOR MÍNIMO REPARATÓRIO FIXADOS EM DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA..... 238



Caleb Goetz

EXCEÇÃO AO SIGILO MÉDICO E O FUNDAMENTO DA REQUISIÇÃO MINISTERIAL: UMA QUESTÃO DE JUSTA CAUSA OU DEVER LEGAL? 255

Camila Esteves Terra

ALIENAÇÃO PARENTAL COMO PATOLOGIA PSÍQUICA..... 269

Carla Cristhie Braz Rocha Pessanha

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE QUANTO A FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA SUA REDE CREDENCIADA..... 282

Carla Cristine Falcão Gama

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) COMO MEIO TECNOLÓGICO PARA SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS E REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DE CAUSAS DE BAIXA COMPLEXIDADE E REPRESENTAÇÃO ECONÔMICA..... 297

Carolina Bullaty Ferreira de Carvalho

O DELITO DO TRÁFICO DE PESSOAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL E AS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO SOB A ÓTICA DA LEI 13.344/2016..... 312

Caroline Almeida Gellert

A EXCEPCIONAL RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*..... 329

César Manuel Granda Pereira

OS LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 833 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 345

Clara Tavares Silva Padrão

O INSTITUTO DA CLEMÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI – O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DELIMITADOR DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. 360

Daniel Rodrigues Thomazelli

MANUTENÇÃO DE PROGRAMAS SOCIAIS EM MOMENTOS DE CRISE FINANCEIRA: O EMBATE ENTRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E A RESERVA DO POSSÍVEL. 378

Daniel Valério de Siqueira Fonseca

APELOS, GRITOS E ECOS DO ARTIGO 334, DO CPC DE 2015. SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS NA TUTELA JURISDICIONAL. 395



Daniele Medeiros Ferreira Perestrelo de Lemos

AS ASTREINTES E SEUS LIMITES DE EFICÁCIA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. 411

Danielle Aparecida Ferreira

O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO PAÍS ANALISADO À LUZ DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E AS NORMAS ANTIELISIVAS. 425

Danielle Castanheira de Oliveira

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO MITIGADOR DO ENCARCERAMENTO PRECOCE EM MASSA. 439

Débora Nascimento Silva Frazão

WOMEN ON WAVES: O ABORTO EM ALTO MAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. 453

Eduardo Olival de Sequeira

A ESSENCIALIDADE COMO PARÂMETRO PARA A SELETIVIDADE DAS ALÍQUOTAS DO ICMS: O CASO DA CIRCULAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. 469

Eduardo Saavedra Losada Lopes

REMÉDIOS EXPERIMENTAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 55, DE 2016. 485

Fátima Cristina Santos Ferreira

OS CRIMES SEXUAIS NAS FAVELAS BRASILEIRAS SOB O PRISMA DO PLURALISMO JURÍDICO. 500

Felipe Barthon Lopez

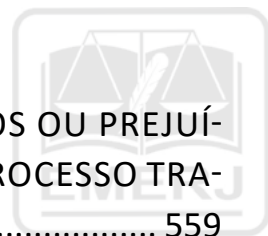
CONFLITOS QUE ENVOLVAM PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO: A TRANSACIONABILIDADE DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS. 514

Felipe Consonni Fraga

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 318, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA A SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR PARA OS CUIDADOS ESPECIAIS DE PESSOA IDOSA COM DOENÇA DE ALZHEIMER. 528

Felipe Hilgenberg Almeida

A RUPTURA INSTITUCIONAL E OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. 543



Fernanda Moriggi de Britto Mendonça

O *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO: ACARRETA BENEFÍCIOS OU PREJUÍZOS AO SER CONCEDIDO AOS EMPREGADOS E EMPREGADORES, NO PROCESSO TRABALHISTA. 559

Fernanda Pereira Ribeiro

O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO REFERENTE AO ABORTO COMETIDO ANTES DO TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO E SEUS EFEITOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA. 576

Flávia Fábregas Ferreira

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – A ESPERANÇA DA GARANTIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO. 590

Gabriel Marinho Alvarenga

A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INÉRCIA DA CORTE SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO. 605

Guilherme Curci Tavares Risso

ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 621

Gustavo Melo Gabriel

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E PLURIPARENTALIDADE: A AMPLIAÇÃO DA NOÇÃO DE FILIAÇÃO EM FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. 635

Gustavo Wilkeson Carreira

DROGAS E LIBERDADE: REFLEXO DA LEI DE DROGAS NO SISTEMA CARCERÁRIO. 652

Harmony Loureiro Custódio

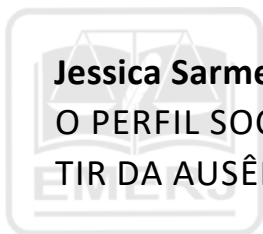
ATIVISMO CONGRESSUAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CHAMADA REAÇÃO LEGISLATIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 666

Isabela Pinheiro Guimarães

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: PERSPECTIVAS DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA. 682

Ivana Gisela Maia Araujo

OS REFLEXOS DO MOVIMENTO LEI E ORDEM E DA TOLERÂNCIA ZERO NA POLÍTICA CRIMINAL. 699



Jessica Sarmiento Dias de Castro

O PERFIL SOCIOECONÔMICO DO ENCARCERADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE..... 713

João Ramos Netto

A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FATOR DE PRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PROVOCADO POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO..... 729

José Luís da Silva Tavares

A POSIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO PRIMEIRO TRATADO APROVADO SOB O RITO DO ART. 5º, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA). 743

José Roberto dos Santos Mesquita

O DIREITO DE LAJE NA CONTEMPORANEIDADE, A NORMATIZAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA 759/2016 E SUA CONVERSÃO NA LEI Nº 13.465/2017. 760

Joyce Nogueira Schmitt

REGULARIZAÇÃO DA EUTANÁSIA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE NÃO CRIMINALIZAÇÃO MEDIANTE REGISTRO PÚBLICO COMO ATO DE ÚLTIMA VONTADE..... 775

Julia Cunha Sanglard Torres

POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. 792

Juliana Sales Franca

ASPECTOS REGULATÓRIOS ACERCA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E O PERIGO DOS AGROTÓXICOS. 807

Juliana Salles Teixeira Ribeiro

A CULTURA DO LITÍGIO X OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS..... 822



A VIABILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO *HOMESCHOOLING* NO BRASIL À LUZ DA GARANTIA DE ACESSO À EDUCAÇÃO

Alisane Katherine Vasques Santos

Graduada pela Universidade Estácio de
Sá. Advogada.

Resumo – diante do novo contexto social, cultural e tecnológico que se impõe no âmbito educacional, surge uma forma alternativa de ensino, qual seja, o *homeschooling*. O direito brasileiro, porém, não dá margem à implementação desse novo método de ensino, pois exige dos pais o dever de matricular seus filhos na rede regular de ensino a partir dos quatro anos de idade. Em contrapartida, infere-se do ordenamento jurídico que questões que envolvam crianças e adolescentes devem sempre ser enfrentadas de modo a concretizar o melhor interesse destes sujeitos em desenvolvimento. Portanto, é possível que, em situações peculiares, o ensino domiciliar se faça necessário, razão pela, a essência do trabalho é demonstrar que o *homeschooling* atende igualmente o direito da criança e do adolescente à educação e o dever do Estado e da família de provê-la, sendo assim, meio legítimo de promoção do pleno desenvolvimento.

Palavras-chave – Direito da Criança e do Adolescente. Educação. Ensino domiciliar. *Homeschooling*.

Sumário – Introdução. 1. Necessidade x Possibilidade do *homeschooling* no Brasil face à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento e o Princípio do melhor interesse. 2. Educação: direito da criança e do adolescente, dever do Estado e da Família. 3. *Homeschooling* como meio viável e legítimo de promoção da educação, da cidadania e do pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a viabilidade da implementação do *homeschooling* no Brasil frente à situações peculiares como forma efetiva de acesso à educação de crianças e adolescentes. Procura-se demonstrar que, diante do contexto de evolução social, cultural e tecnológica da sociedade, o *homeschooling* pode atender perfeitamente às necessidades infanto-juvenis, já que nem sempre o sistema tradicional de ensino tem a capacidade de salvaguardar o melhor interesse da criança e do adolescente.

O assunto aqui tratado é objeto de relevantes discussões no Brasil, pois embora o STF, no Recurso Extraordinário nº 888.815, tenha reconhecido a repercussão geral do tema em junho de 2016, ainda não há pronunciamento judicial definitivo sobre a legitimidade do *homeschooling* como meio de cumprimento regular do direito à educação conferido constitucionalmente à criança e ao adolescente.



A intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares é um ponto delicado, que requer compreensão aprofundada e tratamento especial, principalmente quando envolve interesse de menor. Por isso, busca-se, com este artigo, trazer entendimentos técnicos, doutrinários, tanto na seara jurídica quanto na seara pedagógica, que ratifiquem a implementação do ensino domiciliar no Brasil, baseado na experiência satisfatória de outros países, como Estados Unidos, França, África do Sul, Inglaterra e Canadá.

De início, o primeiro capítulo traz a compreensão de que o *homeschooling* pode ser implementado no Brasil, a fim de atender às necessidades peculiares dos menores e, assim, satisfazer o melhor e individual interesse da criança e do adolescente. Para tanto, o Judiciário deve observar o binômio Necessidade individual da criança e do adolescente x Possibilidade de os pais ou responsáveis assumirem o referido ônus.

Segue-se, no segundo capítulo, para a demonstração de que o *homeschooling* concilia o direito da criança e do adolescente à educação com o dever do Estado e da família em provê-la, sendo, em algumas situações, mais apropriado do que o ensino regular oferecido por escolas públicas e particulares.

Por fim, o terceiro capítulo propõe a regulamentação do *homeschooling* no Brasil em situações cuja peculiaridade seja evidente e necessária à progressão escolar, social e individual do ser em desenvolvimento, trazendo uma nova perspectiva de entendimento acerca do tema.

Impera destacar que, para melhor compreensão do presente artigo, faz-se necessário estabelecer um recorte epistemológico, justamente para que o tema aqui proposto seja dotado de sistematicidade e cientificidade. O *homeschooling* no Brasil é assunto embrionário, tanto que nem a doutrina nem a jurisprudência brasileiras possuem posicionamento categórico sobre o referido ponto problematizante.

Por conseguinte, a pesquisa aqui desenvolvida será realizada por meio do método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em tela analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, jurisprudência e estudos pedagógicos) com o fim de sustentar a sua tese.



1. NECESSIDADE X POSSIBILIDADE DO *HOMESCHOOLING* NO BRASIL FACE À CONDIÇÃO PECULIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, simbolizou para o país o início de uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada de pós-positivismo, cujo objetivo principal é a efetivação das normas constitucionais, especialmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais¹.

A limitação do poder político passou a ser coadjuvante diante da busca pela concretização das prestações materiais prometidas à sociedade num Estado Democrático de Direito. Os princípios e as regras, portanto, passaram a representar a força do conteúdo axiológico da constituição pós-positivista, que, por conseguinte, norteia-se pela dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, inciso III, da CRFB², núcleo essencial do constitucionalismo moderno.

Nessa esteira, a tutela constitucional dos direitos da criança e do adolescente, consagrada no art. 227, da Carta Magna³, veio materializar, sob enfoque protecionista, direitos conferidos a estas pessoas em desenvolvimento, dando-lhes absoluta prioridade de tratamento, segundo ditames do princípio do melhor interesse.

Assim, em total consonância com o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/1990⁴ - veio inaugurar um verdadeiro microsistema de proteção baseado em princípios específicos, sistematizados de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Importante destacar que, embora não esteja previsto expressamente na CRFB ou no ECA, o princípio do melhor interesse do menor é inerente à doutrina da proteção integral, bem como se consagra como uma verdadeira cláusula genérica inspiradora de direitos fundamentais assegurados às crianças e aos adolescentes⁵.

¹ LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

³ *Ibidem*.

⁴ *Idem*. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LE069.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

⁵ GONÇALVES, Camilla de Jesus Mello. *Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutorina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE O PRINCIPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 09 mai. 2017.



Dentre os direitos fundamentais que corroboram a formação destas pessoas em especial desenvolvimento, está o direito à educação, previsto no art. 205, da CRFB⁶ e no art. 53, do ECA⁷, como sendo um dever prestacional do Estado e da família, em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional – Lei nº 9394/1996⁸.

Todavia, ao analisar as referidas normas, percebe-se que a legislação brasileira é silente quanto à questão do ensino domiciliar, já que apenas prevê a concretização da educação infanto-juvenil na rede regular de ensino. É o que se infere do art. 208, I e parágrafo 3º, da CRFB⁹, do art. 55, do ECA¹⁰ e do art. 6º, da Lei nº 9394/1996¹¹.

Em razão disso, questões atinentes ao *homeschooling* no Brasil passaram a ser levadas ao Judiciário num quadro de penumbra, uma vez que, no geral, as famílias adeptas do ensino domiciliar tinham seus pedidos negados por falta de embasamento legal que autorize a referida prática.

Atualmente, os processos de *homeschooling* no país estão suspensos por força de decisão do Ministro Relator Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal no RE nº 888.815¹² que, em junho de 2016, reconheceu a repercussão geral do tema, nos seguintes termos:

RESENHA: DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida.

De acordo com pesquisa feita pela Associação Nacional de Ensino Domiciliar¹³, no ano de 2016, cerca de 3.200 famílias no Brasil haviam adotado o ensino domiciliar. Tal adesão é resultado da experiência satisfatória de países como Estados Unidos, França, África do Sul, Inglaterra e Canadá com a implementação do *homeschooling*.

Da análise de alguns casos judicializados de *homeschooling*, nota-se que os magistrados se furtam à análise do âmago da questão sob o enfoque mimético do melhor

⁶BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷Idem, op. cit., nota 4.

⁸Idem. Lei n. 9.394, de 20 de Dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 12 out. 2017.

⁹Idem, op. cit., nota 2.

¹⁰Idem, op. cit., nota 4.

¹¹Idem, op. cit., nota 8.

¹²Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 888815. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidentalente=4774632&numeroProcesso=888815&baseProcesso=888815&numeroTema=822>>. Acesso em 09 mai. 2017.

¹³PRADO, Caroline da. Educação domiciliar ganha força no Brasil e busca legalização. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/educacao-domiciliar-ganha-forca-no-brasil-e-busca-legalizacao-17uvulstakslmzlhvwrst/71cn>>. Acesso em 12 out. 2017.



interesse da criança, doutrina norteadora do microsistema de proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

Os magistrados escusam-se no fato de que a lei, em sentido amplo, não dá margem à procedência de tal pedido. Contudo, olvidam-se da gama de princípios que a Carta Magna, os Tratados de Direitos Humanos e Internacionais internalizados pelo Brasil e o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem para atender às peculiaridades de cada caso e assim satisfazer individualmente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesta esteira, a questão deve ser analisada de acordo com o binômio Necessidade do menor de ser educado em casa x Possibilidade de a família assumir o referido ônus.

Afinal, deve-se considerar a realidade de algumas crianças e adolescentes que não se adequam ao sistema regular de ensino por serem hiperativos; superdotados; alérgicos; deficientes; vítimas de *bullying*; terem déficit de atenção; morarem em localidades muito afastadas; estarem em constante mudança em função do trabalho dos pais, etc.

Outrossim, pais de crianças e adolescentes que não demandam necessidades especiais, mas que por razões de ordem religiosa, filosófica, ou até mesmo, convictos do baixo nível educacional oferecido pelas escolas, também merecem tutela. É o caso de pais que, não só desejam adotar o *homeschooling*, como também possuem plena capacidade e disponibilidade de ensinar seus filhos em casa. Essa opção, por mais pessoal que seja, deve ser respeitada, pois atinente à autonomia privada da família e do que melhor atende aos interesses do conjunto.

Os benefícios do *homeschooling* são imensuráveis. As famílias que aderiram ao ensino domiciliar apontam como benefícios o estreitamento dos laços familiares; a possibilidade de acompanhar de perto o desenvolvimento escolar do filho; a identificação rápida e precisa de qualquer falha no aprendizado; a diversificação dos métodos de interação educacional e social¹⁴.

Por essas razões, a sociedade brasileira deve refletir acerca do novo contexto social, cultural e tecnológico que se impõe no âmbito educacional. Afinal, não há ninguém melhor do que os próprios pais para perceberem as necessidades de seus filhos e, assim, propiciarem, na exata medida, o estímulo necessário e individualizado de cada filho a fim de despertar talentos que num ambiente massificado de sala de aula sequer seriam percebidos.

¹⁴ ROMANELLI, Tais. *Ensino domiciliar prevê ensino-aprendizagem fora do ambiente escolar*. Disponível em: <<http://www.dicasdesulher.com.br/ensino-domiciliar/>>. Acesso em: 10 mai 2017.



2. EDUCAÇÃO: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, DEVER DO ESTADO E DA FAMÍLIA

O educador Paulo Freire, em sua obra "Pedagogia do Oprimido", com maestria, desenvolve crítica sobre o modelo educacional imposto pelos opressores e reproduzido de forma impensada pelos oprimidos em verdadeira expressão de conformismo social, nos seguintes termos:

Em verdade, instaurada uma situação de violência, de opressão, ela gera toda uma forma de ser e comportar-se nos que estão envolvidos nela. Nos opressores e nos oprimidos. Uns e outros, porque concretamente envolvidos nesta situação, refletem a opressão que os marca¹⁵.

Nesta esteira, propõe educação como justiça de liberdade, como processo de desintoxicação da opressão imposta por aqueles que insistem em desumanizar os oprimidos, sendo certo que essa revolução por reconhecimento social não pode acontecer de forma isolada, deve mobilizar toda a sociedade.

Com isso, a educação tradicional no Brasil, nos moldes em que é proposta, apenas reproduz no ambiente micro da sala de aula a realidade macro de desigualdade e fragilidade do país, que, por sua vez, não se coaduna com um país de proporções continentais.

Um único e tradicional método de ensino não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito. O método tradicional de ensino no Brasil é forma de autoafirmação estatal, motivo pelo qual não é garantia real e satisfatória de implementação do direito à educação, pois não atende ao direito de os pais optarem pela melhor forma de ensino de seus filhos e não consolida o melhor interesse da criança. Portanto, um único e tradicional método de ensino é forma de opressão.

As inovações tecnológicas, a evolução da humanidade, a globalização e a velocidade que se imprime às informações são fatos inegáveis e que não podem ser desconsiderados, especialmente, na seara educacional. Pelo contrário, devem ser implementados como propulsor de uma nova era. Desta forma, a sociedade afastará o retrocesso e viabilizará maior dialeticidade com o cenário mundial.

Outrossim, o fato de crianças e adolescentes serem sujeitos de direitos, pessoas em desenvolvimento que, por vezes, protagonizam situações peculiares, como déficit de atenção, crises epiléticas, hiperativismo, ou ainda, precisam se manter em constante mudança em razão

¹⁵ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 25.



do trabalho dos pais, faz surgir a necessidade de se pensar em outro método de ensino, tão eficaz quanto o ensino regular.

O *homeschooling* surge como solução para estas crianças e adolescentes em situação peculiar, e também para pais que desejam e são capazes de implementar esse õnus na sua própria casa. Afinal, o ensino domiciliar atende o direito/dever parental de dirigir a educação dos filhos, o direito da criança e do adolescente à educação, bem como o dever do Estado de promovê-la, tendo em vista que não se furta a fiscalizar e continuará a promover exames nacionais unificados para avaliar os conhecimentos obtidos pelo educando.

O *leading case* da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 535¹⁶, julgado em 1925, determinou, por unanimidade, que as liberdades protegidas pela 14ª Emenda da Constituição federal incluem o direito dos pais de dirigir a educação de seus filhos. Evidenciou-se que a criança não é mera criatura do Estado. Os pais, como responsáveis pela formação de seus filhos, têm o direito, somado ao dever, de assumir as demais obrigações e preparar a criança para enfrentá-las.

Recusar esta linha de entendimento é negar progresso social. Escola é qualquer lugar onde se ministra ensino à criança e ao adolescente, desde que com regularidade, formalidade e responsabilidade.

Há empresas no mundo todo que tem por alvo justamente os alunos de educação domiciliar, que oferecem currículos pela internet, auxiliam e estruturam esse método de ensino¹⁷. Ou seja, o que, numa primeira visão, parece ser objeto de integral liberalidade, não se sustenta. O *homeschooling* é um método de ensino sério e regular, mas que se adequa às reais necessidades e possibilidades do *homeschooler* (aluno).

Portanto, pode-se afirmar que o direito da criança e do adolescente à educação pode ser perfeitamente concretizado com essa forma diferenciada de ensino. Tanto é assim que, pesquisas científicas, associadas à experiência cotidiana nos Estados Unidos, que há mais de 40 anos conta com a maior comunidade do mundo de *homeschoolers*, têm comprovado que o *homeschooling* é benéfico ao educando, tanto do ponto de vista acadêmico quanto do ponto de vista social.

¹⁶U.S. SUPREME COURT. *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/case.html>>. Acesso em: 30 set. 2017.

¹⁷LYMAN, Isabel. *O Homeschooling nos EUA (e no Brasil)*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=153>>. Acesso em: 30 set. 2017.



Michael Donnelly¹⁸, advogado e diretor do *Global Outreach for the Home School Legal Defense Association (HSLDA)*, em parecer jurídico, reproduz um estudo feito por Brian Ray em 2004:

Um estudo notável dentro o corpo de pesquisas é o "Educados em casa e agora adultos", de Brian Ray, 2004. Esse estudo investigou 5.254 adultos, de 18 a 24 anos, que haviam recebido ensino domiciliar. A pesquisa concluiu que os estudantes educados em casa apresentavam um envolvimento comunitário, cívico e no ensino superior consideravelmente maior do que o de seus colegas educados no sistema tradicional. A título de exemplo, 50,2% dos estudantes educados em casa ingressaram na universidade, contrastando com 34% dos demais estudantes; 8,7% receberam titulação de ensino técnico, enquanto o número entre os demais estudantes ficou em 4,1%; 11,8% obtiveram o grau de bacharel, comparado com o número de 7,6% dos demais estudantes; e 0,8% obtiveram o grau de mestre, em comparação com 0,3% dos demais estudantes. Além disso, 95% das pessoas pesquisadas responderam estar satisfeitas ou muito satisfeitas com o fato de terem recebido ensino domiciliar; 92% concordaram ou concordaram totalmente com a afirmação de que o ensino domiciliar proporcionou-lhes vantagens na vida adulta; 88% discordaram ou discordaram totalmente da afirmação de que o ensino domiciliar limitou suas oportunidades educacionais; 94% discordaram ou discordaram totalmente da afirmação de que o ensino domiciliar limitou suas escolhas profissionais; e 82% concordaram ou concordaram totalmente que escolheriam educar seus filhos em casa.

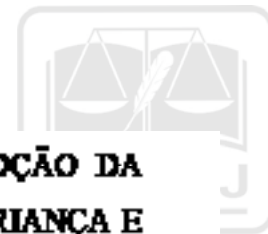
Com isso, pode-se perceber que a proibição da educação domiciliar no Brasil não se situa no âmbito da mera discussão em torno do direito à educação. Isso porque as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, consubstanciadas no artigo 26.3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹, no artigo 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁰, dentre outros, permitem que o país regule seu sistema educacional, mas não admitem que monopolizem o sistema educacional de ensino e imponham proibição à formas alternativas de educação.

Em verdade, há sim um temor desarrazado baseado na ideia de que a educação domiciliar possa contribuir para o desenvolvimento de sociedades paralelas, avestas à fiscalização e controle do Estado. Contudo, este é um argumento falacioso. Afinal, o poder de fiscalização, de avaliação e de regulamentação permanecerá sob o domínio do Estado, desde que não imponha proibição absoluta a determinadas formas de educação.

¹⁸ DONNELLY, Michael. *Parecer Jurídico de Associação de Defesa de Educação Domiciliar*. Disponível em: <<http://www.educacao-domiciliar.com/parecer-juridico-hslda/>>. Acesso em: 30 set. 2017

¹⁹ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.uniref.org/brasil/pat/resources_10133.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁰ BRASIL. Decreto nº. 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/decreto/1990-1994/00591.htm>. Acesso em: 12 out. 2017



3. *HOMESCHOOLING* COMO MEIO VIÁVEL E LEGÍTIMO DE PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO, DA CIDADANIA E DO PLENO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O ordenamento jurídico brasileiro atual, além de exigir dos pais a matrícula de seus filhos na educação básica a partir dos quatro anos de idade (art. 6º, da Lei nº 9.394/1996²¹ c/c art. 55, da Lei nº 8.069/1990²²), criminaliza a conduta contrária como abandono intelectual (art. 246, do Código Penal²³), além de impor sanções administrativas e medidas por descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 249 c/c art. 129, ambos da Lei nº 8.069/1990²⁴).

Portanto, para viabilizar o exercício do *homeschooling* no Brasil como forma alternativa de se atender o direito da criança e do adolescente à educação, num primeiro momento, deve-se promover as alterações necessárias na legislação já existente para que, em seguida, se promova a necessária regulamentação legislativa sobre o tema.

Nesse sentido, os limites de intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais deve ser o ponto central dessa legislação. Afinal, deve prevalecer o direito dos pais, que reconhecem seus deveres para com os seus filhos, de dirigir-lhes a educação, em detrimento da intromissão do Estado na autonomia privada.

Os pais que buscam o ensino domiciliar como alternativa o fazem porque tratam seus filhos com a absoluta prioridade que se exige, e zelam pelo melhor interesse de sua prole. Logo, esse direito não lhes pode ser negado.

Tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei que buscam regulamentar o *homeschooling* no Brasil, a exemplo do Projeto de Lei nº 3.179/2012²⁵, de autoria do deputado Lincoln Portela, a fim de acrescentar parágrafo ao art. 23, da Lei nº 9.394/1996²⁶ com a seguinte redação:

É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.

²¹ *Idem*, *op. cit.*, nota 2.

²² *Idem*, *op. cit.*, nota 4.

²³ *Idem*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁴ *Idem*, *op. cit.*, nota 4.

²⁵ *Idem*. Projeto de Lei nº 3.179, de 08 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁶ *Idem*, *op. cit.*, nota 2.



Isso demonstra que a sociedade brasileira, representada por seus congressistas, está atenta à tendência global do *homeschooling* e que, diante da possível decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 888.815²⁷, no sentido de admitir esta prática como meio legítimo de educação, estará pronta para regulamentar tal prática.

Para tanto, sugere-se que a regulamentação do ensino domiciliar no Brasil tenha por base a experiência e a legislação de países que há muito já adotam este método de ensino, como Estados Unidos, Inglaterra, França e Portugal.

Alguns países prevêem regulação mais maximalista, propondo testes de competência para os pais educadores e avaliação curricular, além de testes anuais aplicados à criança ou ao adolescente. Outros adotam regulamentação mais minimalista, limitando o registro dos pais à aprovação em testes estaduais e competências básicas em gramática e matemática.

Na Inglaterra, a educação é obrigatória, mas a frequência escolar não é. Os pais não são obrigados a comunicar a educação em casa e as autoridades locais não têm o dever legal de monitorar a qualidade da educação domiciliar, mas se suspeitarem que os pais não estão oferecendo educação adequada para o seu filho, as autoridades instauram investigação, que pode levar à ordem de frequência escolar²⁸.

Já na França, os pais estão legalmente autorizados a fornecer a educação domiciliar, mas devem registrar-se anualmente no seu município e no órgão de inspeção acadêmica. Faculta-se aos pais a escolha dos métodos de ensino-aprendizagem, mas a lei exige que ofereçam uma ampla gama de assuntos, incluindo ao menos uma língua estrangeira, artes e educação esportiva. Anualmente os estudantes devem ser avaliados e, a depender do resultado da avaliação, podem os pais serem obrigados a matricular o filho na escola²⁹.

Em outras palavras, percebe-se que, na esfera internacional existe variada legislação sobre o tema que, basicamente, tem como pilares os seguintes aspectos relativos à educação domiciliar: o reconhecimento da educação domiciliar como um modelo educacional legítimo, com fundamento em um direito fundamental de liberdade; e o processo de fiscalização ou inspeção promovido pelos órgãos e agentes estatais.

Portanto, conclui-se que o Brasil pode estabelecer padrões educacionais mínimos, mas não pode impor uma proibição absoluta a determinadas formas de educação. A opção por formas alternativas de educação tem o nítido propósito de garantir o direito à melhor

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, nota 11.

²⁸ ANDRADE, Edilson Prado de. *Educação Domiciliar: encontrando o Direito*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pp/v28n2/0103-7307-pp-28-2-0172.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁹ *Ibid.*



educação disponível à criança e ao adolescente que delas necessitam por condições peculiares delas mesmas ou da própria família.

A partir desse raciocínio, o Brasil deve adotar uma regulamentação pormenorizada, que não dê azo a discussões, pois a finalidade é justamente evitar a judicialização da matéria; evitar que o arbítrio da educação de crianças e adolescentes fiquem a cargo de decisões judiciais divergentes.

Logo, seria adequada a legislação que legitimasse o ensino domiciliar como meio alternativo válido de educação, dando liberdade de escolha aos pais quanto aos métodos e técnicas de ensino a serem utilizados, estabelecendo, porém, grade curricular com matérias obrigatórias e facultativas a serem ministradas.

Outrossim, a proposta de regulamentação deve contemplar a intervenção do Estado como forma de fiscalização, motivo pelo qual as famílias adeptas do *homeschooling* devem, primeiramente notificar essa opção ao órgão competente, informando dados concernentes ao *homeschooler* (criança ou adolescente a ser educado) e ao responsável pela orientação do *homeschooler*. Devem, ainda, os pais declararem a motivação da escolha pelo ensino domiciliar e pelo método de ensino a ser aplicado, e existência ou não de condições peculiares referentes à criança ou adolescente ou à própria família.

Apropriado seria também, que a legislação previsse possibilidade de matrícula da criança ou do adolescente na rede regular de ensino, onde os pais poderão encontrar apoio pedagógico e também fazer com que os seus filhos participem de alguma atividade escolar. Nesse caso, deve a frequência escolar ser ajustada junto aos diretores escolares.

Por fim, deve a legislação prever avaliações periódicas a fim de analisar o desempenho da criança ou do adolescente adepto do ensino domiciliar, ficando a sua continuidade condicionada ao resultado satisfatório do *homeschooler*, de acordo com a média nacional.

Importante é que a regulamentação do ensino domiciliar no Brasil não se limite à normatização do tema, o legislador deve se preocupar também com a sua elucidação, afinal esse é um tema novo que, diante da dimensão do país, precisa ser difundido e corretamente esclarecido.

Dessa forma, o ensino domiciliar se consagrará como meio viável e legítimo de promoção da educação, da cidadania e do pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.



CONCLUSÃO

O *homeschooling*, como novo método de ensino, é capaz de atender o direito constitucional à educação conferido a crianças e adolescentes, na mesma medida em que consagra o dever do Estado e da família em provê-la.

A liberdade de escolha pela melhor maneira de educar seus filhos é inerente ao poder familiar, questão de ordem privada e que diz respeito à autonomia da vontade, razão pela qual não cabe ao Estado interferir, mas apenas fiscalizar.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil e a legislação ordinária exijam dos pais e responsáveis a matrícula de crianças e adolescentes na rede regular de ensino a partir dos quatro anos de idade, os princípios constitucionais e infralegais embasam a prática do ensino domiciliar.

Isso porque, tratando-se de causa que envolva menor de idade, deve-se privilegiar sempre a solução que melhor atende o interesse da criança e do adolescente, pois são pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos que merecem prioridade de atendimento.

Nessa esteira, o sistema regular de ensino, por vezes, pode não atender ao interesse absoluto do educando e, as razões são as mais variadas.

Em um primeiro cenário temos crianças e adolescentes que demandam necessidades especiais, tais como, os hiperativos; os superdotados; os alérgicos; os portadores de necessidades especiais; os convulsivos; os portadores de déficit de atenção; etc. Essas pessoas não se adequam à rigidez que o sistema padrão de ensino demanda, pois precisam que a sua formação acadêmica se compatibilize com a sua condição, com a sua possibilidade.

Em um outro cenário, temos pais zelosos à criação e educação de seus filhos, que, por convicções religiosas, filosóficas, ou até mesmo convencidos do baixo nível educacional oferecido pelas escolas e do ambiente degradado para desenvolver cidadãos conscientes de seus deveres sociais. Esses pais também merece tutela, pois, se possuem plena capacidade e disponibilidade de ensinar seus filhos em casa, não há justificativa plausível para negar-lhes esta possibilidade.

Em ambos os casos, a necessidade do *homeschooling* é inerente, independente de a causa ser fisiológica ou filosófica, pois trata-se de assunto de ordem pessoal, que, por conseguinte, deve ser respeitada pelo Estado. Afinal, ninguém melhor do que os próprios pais ou responsáveis para identificar de plano o que melhor atende às necessidades da prole.



A discussão sobre a proibição ou legitimação do *homeschooling* pelo Estado como meio lícito de cumprimento do dever de prover educação, entretanto, não se resume ao interesse da criança e do adolescente e da família. O Estado, em verdade, teme que a educação domiciliar possa contribuir para o desenvolvimento de sociedades paralelas, avessas a sua fiscalização e controle.

Todavia, este temor é infundado e impede o progresso do país, diante do cenário mundial, principalmente pelo fato de que países como Estados Unidos, Canadá, França e Inglaterra, ostentam experiências satisfatórias com a implementação do *homeschooling*. Outrossim, o poder de fiscalização, de avaliação e de regulamentação permanecerá sob o domínio do Estado, razão pela qual apenas a opção pelo ensino domiciliar ficará a cargo dos pais e responsáveis, desde que essa escolha seja fundada em justificativa plausível.

É de se considerar também que, comprovadamente, os benefícios do *homeschooling* são inenunciáveis tanto do ponto de vista acadêmico quanto do ponto de vista social, motivo pelo qual o ensino domiciliar deve ser implementado no Brasil como forma legítima de educação.

A legislação regulamentadora deve ser minuciosa e de caráter explicativo. Em síntese, deve dar liberdade de escolha aos pais quanto aos métodos e técnicas de ensino a serem utilizados, mas também deve estipular grade curricular com matérias obrigatórias e facultativas a serem ministradas. Deve contemplar, igualmente, a intervenção do Estado como forma de fiscalização e as causas de suspensão do direito ao ensino domiciliar condicionadas ao resultado satisfatório do educando.

Dessa forma, o ensino domiciliar se consagrará como meio viável e legítimo de promoção da educação, da cidadania e do pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Edison Prado de. *Educação Domiciliar: encontrando o Direito*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pp/v28n2/0103-7307-pp-28-2-0172.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. *Decreto nº 591*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 12 out.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 12 out. 2017.

_____. *Projeto de Lei nº 3.179*, de 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 888815*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAmdamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

DONNELLY, Michael. *Parecer Jurídico da Associação da Defesa da Educação Domiciliar*. Disponível em: <<http://www.educacao-domiciliar.com/parecer-juridico-hslkl/>>. Acesso em: 30 set. 2017.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Brevves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*. Disponível em: <http://www.editora magister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE O PRINCIPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 09 mai. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LYMAN, Isabel. *O Homeschooling nas EUA (e no Brasil)*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=153>>. Acesso em: 30 set. 2017.

PRADO, Caroline do. *Educação domiciliar ganha força no Brasil e busca legalização*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/educacao-domiciliar-ganha-forca-no-brasil-e-busca-legalizacao-7wvukltnk6kzdlbnwncstr7ico>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ROMANELLI, Tais. *Ensino domiciliar prevê ensino-aprendizagem fora do ambiente escolar*. Disponível em: <<https://www.dicasdemulher.com.br/ensino-domiciliar/>>. Acesso em: 10 mai. 2017.



US SUPREME COURT. *Pierce v. Society of Sisters*
268 U.S. 510 (1925). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/case.html>>. Acesso em: 30 set. 2017.



A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL- UMA ANÁLISE SOBRE O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/2016

Alice da Silva Fortunato Souza

Graduada pelo Centro Universitário Flúcio Leite.
Advogada.

Resumo – A investigação criminal é dotada de discricionariedade para atingir sua finalidade que é a autoria e materialidade delitiva. A Lei nº 13.245/2016 trouxe alterações significativas ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e possibilitou instrumentos mais efetivos para que a intervenção de defesa técnica em sede de investigação seja mais eficaz. A essência do trabalho é abordar estas alterações com enfoque na não obrigatoriedade do advogado em fase de inquérito, bem como a possibilidade de aplicação dos princípios da ampla defesa e contraditório. A Lei nº 13.245/2016 não retirou o caráter inquisitivo do Inquérito Policial.

Palavras-chave – Inquérito Policial. Ampla defesa. Contraditório. Lei nº 13.245/2016.

Sumário – Introdução. 1. A participação do advogado na fase de inquérito policial é obrigatória e constitui uma prerrogativa do causídico ou um direito daquele que se encontra na qualidade de acusado? 2. O advento da Lei nº 13.245/2016 afastou a característica inquisitorial do inquérito policial? 3. O fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa? Conclusão. Referências.

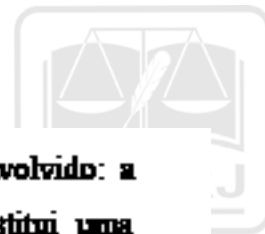
INTRODUÇÃO

Versa a presente pesquisa sobre a participação do advogado no inquérito policial, instrumento que consiste em importante ferramenta inquisitorial de produção de elementos de informação e provas, sem se desvincular de seu preceito primário que é resguardar os direitos do investigado.

Para tanto, aborda-se a natureza do instrumento que é compreendida pelos atos investigatórios que compõem as diligências realizadas pela polícia judiciária.

Desta maneira, a Lei nº 13.245/2016 que altera dispositivos do estatuto da OAB referentes às prerrogativas dos advogados na fase de investigação criminal, possibilitou instrumentos mais efetivos para que a intervenção de defesa técnica seja mais eficaz.

O trabalho enfoca a análise das alterações trazidas pela Lei nº 13.245/16 ao Estatuto da OAB, abordando as principais mudanças no que tange à participação do advogado no inquérito policial, dirimindo, por fim, a discussão acerca da possibilidade ou não dessa participação em fase pré-processual.



É diante das seguintes questões norteadoras que o trabalho será desenvolvido: a participação do advogado na fase de inquérito policial é obrigatória e constitui uma prerrogativa do acusado ou um direito daquele que se encontra na qualidade de acusado? Podemos dizer que com o advento da Lei n° 13.245/16 a característica de inquisitorial do inquérito policial foi afastada? O fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa?

Objetiva-se discutir, desta forma, a facultatividade ou não do advogado em todas as fases do inquérito policial, bem como outros regramentos atinentes à defesa em fase pré-processual com enfoque nas alterações trazidas pela Lei n° 13.245/16.

Busca-se, então, uma reflexão para saber se ainda persiste a característica de inquisitorialidade do inquérito, bem como se a inexistência de poder requisitório do advogado na investigação preliminar viola a ampla defesa e se, por conseguinte, viola o direito à defesa técnica.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar como doutrina e jurisprudência tratam a participação do acusado em fase pré-processual e se tal participação configura uma prerrogativa do advogado ou um direito daquele que se encontra na qualidade de acusado.

Segue-se ponderando no segundo capítulo a natureza do instituto, características, e se o caráter inquisitivo que permeia o inquérito se perdeu com o advento da Lei n° 13.245/16.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a examinar se o fato de as diligências se concentrarem com uma única autoridade viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que a pesquisadora visa a construir e testar uma possível resposta ou solução para o problema. Para isso, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será qualitativa, valendo-se a pesquisadora da bibliografia pertinente ao tema.



1. A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL É OBRIGATORIA E CONSTITUI UMA PRERROGATIVA DO CAUSÍDICO OU UM DIREITO DAQUELE QUE SE ENCONTRA NA QUALIDADE DE ACUSADO?

Serve-se o inquérito policial de um mecanismo do Estado na persecução penal. Em síntese, o Estado se utiliza do inquérito para apuração da verdade na fase pré-processual, por isso considerado o principal instrumento de investigação criminal.

Como bem preceitua Nestor Távora¹:

[...] por se tratar de fase pré-processual é regida pelo princípio da sigilão, assegurando-se ao advogado, contudo, por força do art.7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), a consulta aos autos correspondentes, o que foi corroborado pela súmula vinculante nº 14 do STF, de sorte que é direito do defensor ao interesse do representado[...]

Além de ser um mecanismo estatal de persecução penal, o inquérito policial é um procedimento de caráter instrumental por meio do qual e se busca esclarecer os fatos considerados como delito antes de ser ajuizada a ação penal.

Frederico Marques² ensina que “a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est informatio delicti*”.

Impende dizer que o inquérito policial não só é instrumento de investigação criminal, mas também funciona como meio eficaz de, na proteção e garantia aos direitos fundamentais, realização probatória e peça de informação.

De certo é um procedimento administrativo, mas que por vezes se reveste de caráter judicial, face à necessidade de intervenção judicial quando se envolvem medidas que restringem os direitos fundamentais, sob a égide de reserva de jurisdição.

O que se busca com o inquérito policial é vedar a instauração de um processo penal leviano, resguardando-se, portanto, a liberdade de quem está sob o crivo investigatório. Fala-se numa garantia cidadã. O próprio Código de Processo Penal³, em sua exposição de motivos, diz que há em favor do inquérito policial, como instrução provisória que antecede à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra

¹ TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.61.

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millennium, 2003, p. 30.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Dele3689.htm> Acesso em : 22. mai. 2017.



apressados e escóneos juízos, firmados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime.

Desta forma, pode-se dizer que o inquérito policial serve de suporte para o processo penal, servindo-se de via que materializa a persecução estatal, a fim de que a situação restritiva das liberdades individuais não se transforme em veredito temerário.

Uma persecução penal sem uma fase pré-processual eficaz é mero processo incongruente, o que transgreda a seara das garantias.

Em que pese ser o inquérito policial dispensável, já que a ação penal pode ser movida com base em peças de informações, pode-se dizer que o inquérito policial é uma sólida base para uma ação penal exitosa, conferindo concretude à justa causa.

Neste contexto, o STF, com a Súmula Vinculante 14:⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

A referida súmula consagra ao defensor o direito ao acesso amplo aos elementos de prova, desde que já documentados e no interesse do representado para o exercício do direito de defesa.

Preceitua o inciso XXI do art. 7º, do Estatuto da OAB⁵, com nova redação dada pela Lei nº 13.245/16⁶ que é direito do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente.

Neste diapasão, em que pese a nova redação dada pela Lei nº 13.245/16⁷, e novamente surgir a discussão acerca da obrigatoriedade do defensor em todas as fases do inquérito, é cristalino o entendimento de que a participação do advogado no inquérito policial não é obrigatória, no entanto, garante uma maior possibilidade de atuação em qualquer ato investigatório em que seu outorgante esteja figurando.

⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/principal/principal.asp>> Acesso em 22 mai. 2017.

⁵ Idem. Lei nº 8.906, de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em 22 mai. 2017.

⁶ Idem. Lei n. 13.245, de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso em : 22 mai. 2017.

⁷ *Ibidem*.



Ainda que o patrono não esteja necessariamente desde o início na fase pré-processual, ou seja, desde o início formal, tem ele o direito de assistir o investigado no curso do procedimento apuratório.

Uma vez que não existe uma lista prévia de pessoas que estejam sendo investigadas, à proporção em que se desenrolam as linhas de investigação, os envolvidos passam a fazer parte do contexto de apuração da autoridade policial, e é desse momento que são chamados para prestar esclarecimentos. A partir de então é necessário que a legislação promova prerrogativas ao patrono para acompanhar o investigado em seu interrogatório/depoimento, para que ele inadvertidamente não produza provas contra si mesmo, quando a própria Carta Maior assegura o referido direito.

Tendo em vista as incontáveis violações aos direitos humanos que há muito se presencia, o entendimento que se extrai do referido art. 7º, XXI, do EOAB⁸ é de que foi conferido ao advogado a paridade de armas necessária para que o inquérito ou outro procedimento investigativo estatal seja corroborado por uma parcela investigativa de natureza defensiva.

Em outros termos, é necessário que autoridade policial otimize a assistência técnica jurídica ao interrogado, o que encontra total respaldo no inciso LXIII, do art. 5º, da CRFB⁹, que preceitua que o preso será informado de seus direitos, dentre os quais permanecer calado, lhe sendo assegurada a assistência da família e do advogado.

Cumpre enfatizar que se a lei objetivasse a participação do causídico do início ao fim, deveria ter expressamente previsto a nulidade de todos os atos até então realizados e não da oitiva pra frente. Assim não fosse, a lei não se incumbiria de fixar como marco inicial os casos de nulidade a partir do interrogatório/depoimento.

Importante lembrar que se aquele que está à frente como autoridade responsável pelas investigações impedir a presença do advogado ou deixar de assegurar a assistência jurídica solicitada pelo investigado, prosseguindo com a tomada das declarações, estará desde logo violando o inciso XXI, do art. 7º, do EOAB¹⁰.

O fato de tão somente informar ao investigado que ele possui direito a uma defesa técnica, por si só, não é suficiente; faz-se necessária a efetiva ciência de que o mesmo pode constituir, nomear defensor antes de ser ouvido. Em contrapartida, se houver negativa do

⁸ *Ibidem*.

Sistem. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹⁰ *Ibidem*.

investigado quanto a esse direito, tal manifestação deve ser devidamente documentada. Aqui resta evidente a não obrigatoriedade do causídico em seara de inquérito policial.

Com efeito, a Lei que trouxe inovações ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil¹¹, por mais que não tenha causado grandes revoluções na fase pré-processual, evidenciou que, por mais que a presença do causídico no inquérito policial não seja de caráter absoluto e obrigatório, é aconselhável, a fim de que se garantam e ampliem as garantias constitucionais e, por conseguinte origine uma persecução penal salutar.

Já era algo habitual e aceitável, de uma forma ampla, por parte das autoridades policiais. A nova lei veio afirmar a referida prerrogativa, trazendo consigo a previsão de uma “inutilidade absoluta” desse ato e subsequentes, quando obstaculizada por quem deveria garanti-lo.

O que a lei assegura é a prerrogativa de o advogado assistir à oitiva de seu outorgante. Note-se que em nenhum momento há afirmação de que a presença do advogado seja imprescindível à oitiva de todos aqueles que compõem o inquérito, tais quais vítimas e testemunhas, até porque pela natureza e objetivo final do inquérito policial, isso não seria possível; tornar-se-ia inviável à investigação.

Por fim, há de se afirmar com certeza que a nova Lei não alterou o entendimento de que a presença do causídico em seara pré-processual é facultativa e não obrigatória, constituindo uma prerrogativa do advogado.

2. O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/2016 AFASTOU A CARACTERÍSTICA INQUISITORIAL DO INQUÉRITO POLICIAL?

Sabe-se que a Lei nº. 13.245/2016¹² alterou o art.7º do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/1994¹³, pontualmente o inciso XIV, e acrescentou o inciso XXI ao referido artigo.

A redação do art.7º, inciso XIV conferia ao advogado o poder de examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos

¹¹ *Ibidem*.

¹² BRASIL. Lei nº 13.245, de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

¹³ *Idem*. Lei nº 8.906, de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.



ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Hoje, com a alteração, pode o candidato examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Fazendo uma breve análise histórica, temos que, à época em que o Estatuto foi editado, eram praticamente os policiais que presidiam as investigações. Os anos passaram e tal realidade tornou outro contorno, ao ponto que órgãos antes não falados, a exemplo do Ministério Público e das Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outros, passaram a titularizar de uma forma mais habitual e começaram a perfazer as investigações de infrações penais.

Cumpre dizer que o primordial objetivo da alteração foi sedimentar o entendimento de que aos advogados é conferido o direito de examinar os autos investigatórios não só na Polícia, mas em qualquer repartição ou instituição, em meio físico ou digital. Podendo inclusive ser a investigação de qualquer natureza, sendo indiferente o nome que se atribua ao procedimento.

Note-se que antes da alteração do inciso XIV, o Supremo já havia decidido que esse direito do advogado fosse observado também nos procedimentos de investigação criminal realizados no âmbito do Ministério Público. Nesse sentido, o julgado¹⁴:

A Federação Interdistrital do Sindicato de Trabalhadores das Polícias Civis –DF- FEIPOL requer seu ingresso no processo na qualidade de *amicus curiae*. Para tanto, aduz a inequívoca pertinência temática entre a matéria ventilada na presente ação e a finalidade precípua da Entidade Requerente, que consiste na defesa de direitos e interesses da categoria dos servidores policiais civis que forma sua base (fl.265). 2. A intervenção deve autorizada. Conforme se lhe extrai do estatuto, o requerente é associação destinada a “representar perante o Executivo e Legislativo (Federal, Estadual e Municipal), e ao poder Judiciário, os interesses da Categoria Policial Civil, judicial e/ou extrajudicialmente (fl. 289). Vê-se, pois, que ostenta adequada representatividade (*adequacy of representation*) dos interesses envolvidos na causa, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 e do art. 323, § 2º, do RISTF, a título de requisito de viabilidade da intervenção como *amicus curiae*. Afinal, é entidade representativa das entidades sindicais das categorias que representam os policiais civis, interessados na apreciação do tema da atribuição de poderes investigatórios, reputados pela entidade como próprios dos órgãos policiais, ao Ministério Público. 3. Defiro, portanto, o ingresso do requerente na qualidade de *amicus curiae*, devendo a Secretaria proceder às anotações pertinentes. Determino, ainda, seja disponibilizada, no site do Tribunal, a digitalização integral dos autos, para fins de consulta. Prejudicado, assim, o pedido de vista dos autos pelo requerente.

¹⁴ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. RE nº. 593727. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portalfjurisprudencia/ResumoConsulta/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2541697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>. Acesso em: 24 ago.2017.



Outro ponto que merece destaque refere-se à necessidade de procuração para que o advogado tenha acesso aos autos de investigação. Por inteligência do art. 7º, §10, do Estatuto da OAB¹³, em regra, dispensa-se a procuração, no entanto, em casos excepcionais como autos protegidos pelo sigilo, o patrono só poderá ter acesso, se devidamente outorgado por procuração.

Segundo o §11, do art. 7º, do Estatuto da OAB¹⁴, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados às diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Neste contexto, o verbete sumular vinculante nº 14¹⁵, do Supremo Tribunal Federal: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Desta forma, considerando que a súmula ainda vigora, deve-se interpretá-la de maneira ampla para que englobe qualquer procedimento investigatório realizado por qualquer instituição, não mais fazendo restrição ao procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária.

O advogado sempre teve acesso aos autos do inquérito, mesmo sem procuração, ainda que na prática fosse criada uma dificuldade no sentido de se requerer procuração, haja vista a súmula vinculante sobre isso, por exemplo, conferindo até a ampla defesa ainda que de maneira acidental no inquérito policial.

A lei alterou o Estatuto para criminalizar, a título de abuso de autoridade, a vedação à concessão de vistas de um procedimento investigatório ao advogado. Nos casos em que o direito de amplo acesso aos procedimentos de qualquer natureza for desrespeitado, deve-se observar o disposto no §12º, do art. 7º, do Estatuto da OAB¹⁶, parágrafo acrescentado pela Lei nº 13.245/2016¹⁷.

Deste modo, a autoridade que intencionalmente deixar de observar os direitos estabelecidos pela Lei, com o objetivo de obstaculizar o exercício da defesa, será responsabilizada criminal e funcionalmente por abuso de autoridade.

¹³ *Ibidem*, op. cit., nota 13.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portalfun/jurisprudencia/menuSumario.asp?súmula=1230>> Acesso em: 24 ago. 2017.

¹⁶ *Ibidem*, op. cit., nota 13.

¹⁷ *Ibidem*, op. cit., nota 12.



Quanto ao acréscimo introduzido pela Lei nº 13.245/2016²⁰, qual seja o inciso XXI ao art. 7º, do Estatuto da OAB²¹, que diz respeito ao direito do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, é necessário que se façam algumas considerações.

No passado alguns delegados vedavam que o advogado participasse do interrogatório do indiciado e não permitiam que o candidato estivesse presente durante o depoimento das testemunhas, sob o argumento de que não havia previsão legal expressa para o ato.

Outros até consideravam a possibilidade de o advogado participar das oitivas das testemunhas, mas tão-somente como ouvinte, já que não o autorizavam que formulasse perguntas e requerimentos durante o ato.

Nesse diapasão, a referida alteração legal permite que o advogado assista seu cliente que esteja sendo investigado, bem como permite que ele esteja presente no interrogatório e nos depoimentos que forem colhidos durante o procedimento de apuração da infração. Mas não só isto, agora tem o advogado direito de argumentar e defender seu ponto de vista sobre algo que vá ser decidido pela autoridade policial ou sobre alguma diligência que precise ser requerida, por meio das razões e apresentar quesitos.

As alterações geradas com o advento da Lei nº 13.245/2016²² trouxeram alguns questionamentos ao meio jurídico. Dentre eles, a natureza inquisitorial do inquérito policial. A inserção do inciso XXI ao art. 7º, do Estatuto da OAB²³ retira ou não o caráter inquisitório do inquérito?

A resposta é negativa, mesmo com a inserção do novo inciso ao referido artigo, a natureza inquisitorial do inquérito permanece, de modo que o contraditório e ampla defesa permanecem não sendo aplicados nessa fase pré-processual que é o inquérito. No entanto, dizer que o inquérito policial possui caráter inquisitivo, não é o mesmo que dizer que ele é autocrático e que todos os direitos e garantias do investigado devam ser elididos.

O professor Guilherme Nucci²⁴, com o intuito de justificar a natureza essencialmente inquisitiva do inquérito diz que o inquérito é um procedimento sem oportunidade de ampla

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, op. cit, nota 13.

²² *Ibidem*, op. cit, nota 12.

²³ *Ibidem*, op. cit, nota 13.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo penal comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p.68.



defesa, sem participação do suspeito na produção e indicação de provas, com recursos, alegações e outros desdobramentos peculiares à fase processual.

A jurisprudência antes mesmo da publicação da nova lei já afirmava que o inquérito policial, em que pese ser destituído de contraditório e ampla defesa, garante ao investigado determinados direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito de permanecer em silêncio, o direito à integridade física, direito de assistência jurídica, entre outros.

Assim a nova lei não acaba com o caráter inquisitório do inquérito policial, mas é nítida sua contribuição para a eficácia de fase pré-processual defensiva e um melhor trabalho desenvolvido pelo patrono.

3. O FATO DE AS ATIVIDADES PERSECUTORIAS FIGAREM CONCENTRADAS NAS MÃOS DE UMA ÚNICA AUTORIDADE VIOLA A OPORTUNIDADE PARA O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO OU DA AMPLA DEFESA?

O Inquérito Policial possui características próprias como sendo procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, cujo objetivo é identificar o autor do ilícito penal e os elementos que atestem sua existência, de forma que contribua para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, fornecendo elementos para a deflagração ou não do processo penal.

Este modelo foi consolidado com a Constituição Federal de 1988²⁵ e consubstanciado pela Lei nº 12.830/2013²⁶. Busca-se, portanto, uma dinâmica no ato investigatório e um equilíbrio quanto aos direitos e garantias fundamentais, sem que com isso a ordem pública, o interesse social e a eficácia da lei processual penal se vejam prejudicados.

O ordenamento jurídico entende por sedimentar o papel do delegado de polícia na condução do inquérito. Tem ele as características da discricionariedade, autonomia e exclusividade para a condução da investigação.

²⁵ _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

²⁶ BRASIL. Lei nº 12.830 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.



Como visto nos capítulos anteriores, a Lei alteradora sedimentou o entendimento de que a presença do advogado na fase pré-processual não é obrigatória e constitui uma prerrogativa do causídico.

Numa outra perspectiva, como visto, sendo direito do advogado assistir seu cliente no ato do interrogatório, constitui por consequência um benefício ao investigado. De modo que, com a nova Lei alteradora, requisitando o patrono assistir o acusado durante as respectivas investigações e tal direito lhe for negado, todos os atos consecutivos serão considerados nulos.

Note-se que a nulidade é consectária da prerrogativa do advogado, uma vez que se não houver pleito por parte deste, ausente o causídico, não há que se falar em nulidade do ato do interrogatório.

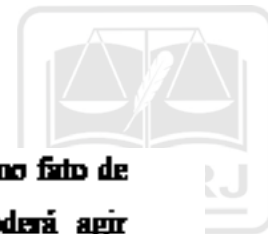
Desta forma, a jurisprudência pátria caminhou para garantir a efetividade da investigação criminal sem, contudo, tratar o investigado como objeto e elidir suas garantias fundamentais. Buscou-se um equilíbrio em que não haja total ausência de defesa nem atos em excesso capazes de causar confusão na fase investigatória, como bem explica Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em seu artigo *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, publicado pela *Revista dos Tribunais*²⁷.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ²⁸:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. FASE PRÉ-PROCESSUAL. NATUREZA MERAMENTE INFORMATIVA. EXUMAÇÃO DE CADÁVER. AUSÊNCIA DE PRAZO HÁBIL PARA REQUERER NOMEAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. IMPROPRIIDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PATENTE ILLEGALIDADE. I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.958, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça possui a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional. II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o uso do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. III - Implacável o princípio do contraditório na fase inquisitorial, porquanto esta possui natureza administrativa, destinando-se a prover elementos informativos ao responsável pela acusação, que lhe permitam oferecer a denúncia. Precedentes. IV - Impossibilidade desta Corte aprofundar o exame do conjunto fático-probatório, sobretudo na via estreita do writ. Precedentes. V - Habeas corpus não conhecido.

²⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.23.

²⁸



Uma outra particularidade do inquérito policial é que ele se consubstancia no fato de ser conduzido de maneira discricionária pela autoridade policial, o qual poderá agir determinando os rumos da investigação de acordo com as peculiaridades do caso concreto, como bem dispõem os artigos 6º e 7º, do Código de Processo Penal²⁹.

Cumpre enfatizar que a inovação trazida pela Lei em comento não introduziu de forma categórica o contraditório e/ou a ampla defesa. Neste sentido, esclarece Afrânio Silva Jardim³⁰:

[...]entendo que a nova regra não tenta trazer o contraditório para o inquérito policial, o que o transformaria em uma primeira fase do processo, julgado de instrução sem juiz! O que a nova lei assegura é a existência jurídica do advogado ao seu cliente, quando convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tendo tomado conhecimento do que já foi realizado[...]

Quem primeiro recebe o caso é o Delegado, sendo sua tarefa observar o ordenamento jurídico, agindo com total zelo, cautela e prudência ante a íntima proximidade das suas atribuições para com o direito fundamental de liberdade da pessoa humana.

Sua discricionariedade consiste em atuar nos ditames legais, o que se assemelha em agir com arbitrariedade, já que discricionariedade é destituída de caráter absoluto.

Como visto, na fase do inquérito policial não é obrigatória a observância do contraditório e a ampla defesa é mitigada. O delegado pode permitir a presença do advogado, mas sua presença não é obrigatória.

Desta forma, há de se concluir que o fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade não viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa. Há ampla defesa no sentido de defesa técnica e pessoal, e contraditório materializado no acesso aos autos do inquérito.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

³⁰ JAEDIM, Afrânio Silva. *Convulsão da eventual nulidade de alguns atos probatórios constantes de procedimentos investigatórios de condutas delituosas*. Disponível em:

<<https://www.facebook.com/afraniojardim/posts/557328701083093>> Acesso em: 3 set. 2017.



Como visto, a Lei nº 13.245/2016 trouxe significativas mudanças para o ordenamento jurídico no que tange à participação do advogado em fase pré-processual. Possibilitou que o advogado tenha amplo acesso aos elementos de prova, bem como assistir seu cliente no interrogatório.

Como foi possível observar, a referida Lei, que alterou os dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil referentes às prerrogativas dos advogados na fase de investigação criminal, possibilitou instrumentos mais efetivos para que a intervenção de defesa técnica seja mais eficaz.

Com efeito, viu-se que a Lei nº 13.245/2016 alterou o Estatuto para criminalizar a título de abuso de autoridade a vedação à concessão de vistas de um procedimento investigatório ao advogado.

No entanto, em que pese nova redação dada pela Lei nº 13.245/2016 e o reaparecimento de discussão acerca da obrigatoriedade do defensor em todas as fases do inquérito, a participação do advogado no inquérito policial continua não sendo obrigatória, mas garante uma maior atuação em qualquer investigação que seu cliente seja o protagonista.

A alteração no Estatuto da OAB, apresentou a possibilidade de nulidade absoluta na fase pré-processual nos casos em que a assistência de um advogado ao investigado estiver comprometida. É necessário que a autoridade policial oportunize a assistência técnica jurídica ao interrogado, no entanto, a lei não trouxe expressamente a nulidade dos atos realizados antes da oitiva.

Nesse sentido, mister se faz ressaltar que o diploma legal em comento não acabou com o caráter inquisitório do inquérito policial, mas é nítida sua real contribuição para a eficácia de uma fase pré-processual defensiva.

A natureza inquisitorial do inquérito permanece, de modo que o contraditório continua não sendo aplicado nessa fase pré-processual que é o inquérito. Quanto à ampla defesa, esta pode ser promovida com temperamento durante a fase investigatória, restrição que facilmente se entende pelo fato de ser o inquérito policial inquisitório e sigiloso.

O fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade não viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa, uma vez que o contraditório não é aplicado na fase pré-processual e a ampla defesa, como já dito, é aplicada com moderação.



Conforme ficou claro, face a toda análise, a nova lei veio reforçar as prerrogativas do advogado, por conseguinte beneficiar o investigado/acusado, sem que os atos investigatórios de infração sejam afetados e conturbados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Camilo Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALMEIDA, Justara Araújo Barbosa de. *A participação do advogado na inquirição policial e comentários à Lei nº 13.245/16*. Disponível em: <http://www.contendojuridico.com.br/artigo_a-participacao-do-advogado-no-inquerito-policial-e-comentarios-a-lei-n-1324516_55306.html>. Acesso em: 11 set. 2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. *A presidência da inquirição policial e a requisição de diligências*. Revista Consultor Jurídico. Set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>>. Acesso em 11 set. 2017

BRASIL. Lei nº 8.906 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Lei nº 12.830, de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Lei nº 13.245, de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso 24 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593727. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Repertorios/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>> Acesso em: 24 ago. 2017.



_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 212494 SC. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/jurisprudencia/25075687/habeas-corpus-hc-212494-sc-2011-0157376-9-stj>> Acesso em: 11 set. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal*. Dizer o Direito. Jan. 2016. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarioComentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal-lei-132452016-que-assegura.html>>. Acesso em: 11 set. 2017.

KNIPPEL, Edson Luz. *Lei nº. 13.245/2016 – Participação do Advogado no Inquérito Policial*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/01/18/lei-13-2452016-participacao-do-advogado-no-inquerito-policial/>> Acesso em: 07 set. 2017.

LOPES JÚNIOR, Airy. *Lei nº. 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabiani. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. V. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. *Advogado é importante no Inquérito, mas não é obrigatório*. Revista Consultor Jurídico. Jan. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-mao-obrigatorio>>. Acesso em 07 set. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 4. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A INOBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 226 E SEQUINTE DO CPP FRENTE AO PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS.

Amanda Cristina Marques

Graduada pela Universidade de Brasília - UnB. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O procedimento de identificação de pessoas, largamente utilizado em persecuções criminais com o intuito de reconhecer o suspeito, como meio de prova testemunhal que é, depende de algo muito falho e pouco preciso, que é a memória humana. Isso porque a recordação de um evento ocorrido no passado, além de poder ser distorcida por diversos fatores, sofre influência de aspectos subjetivos por parte daquele que o presenciou. Por essa razão, é imprescindível que esta espécie de prova seja produzida de acordo com as regras e formalidades estabelecidas no Código de Processo Penal, para que o seu produto seja minimamente confiável e dotado de alguma credibilidade. Do contrário, o risco de se violar o direito à liberdade de um inocente é grande. Assim, pretende-se, com este trabalho, demonstrar a necessidade de estrita observância às regras processuais atualmente existentes, quando da realização do procedimento, bem como de aprimoramento de tais regras, visando a uma melhor qualidade da prova.

Palavras-chave – Processo Penal. Prova testemunhal. Reconhecimento de pessoas. Falibilidade da memória. Direitos fundamentais do acusado.

Sumário – Introdução. 1. Problemática do reconhecimento de pessoas à luz da Psicologia. 2. A (in)suficiência das regras contidas nos artigos 226 e seguintes do CPP para a credibilidade do reconhecimento de pessoas. 3. A racionalização do procedimento frente à necessidade de minimizar o índice de falibilidade da prova. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa científica aborda o procedimento de identificação de pessoas – meio de prova testemunhal que objetiva realizar o reconhecimento do autor do delito por meio da colocação de algumas pessoas de frente à vítima, para que essa aponte aquela que conhece ou já viu. Procura-se discutir a necessidade de estrita observância às regras contidas no Código de Processo Penal para a realização desse procedimento, bem como a imprescindibilidade da criação de novas formalidades, como forma de conferir uma melhor qualidade às provas dele decorrentes, já que dele dependem, muitas vezes, a liberdade ou o encarceramento de pessoas.



No Brasil, esse meio de prova é bastante utilizado na prática processual, tendo em vista a precariedade técnica com que a polícia judiciária brasileira tem de lidar. Com isso, muitas vezes, o reconhecimento de pessoas constitui o único fundamento que sustenta uma condenação. O problema disso reside na pouca credibilidade e precisão que possuem as provas originadas do procedimento de identificação de pessoas. Vários estudos apontam que a maior causa de condenação de inocentes está nesse tipo de prova.

Assim, diante da periculosidade que permeia essa prova testemunhal, é imprescindível, sob pena de violar o direito fundamental à liberdade de um inocente, adotar e respeitar as regras e formalidades necessárias para se conferir um mínimo de credibilidade e precisão à prova oriunda do procedimento de identificação.

Para melhor compreensão da problemática que envolve o tema, pretende-se analisar, sob o viés da Psicologia, até que ponto as evidências originadas desse meio de prova são aptas a levar à condenação de um indivíduo, já que tais provas, por dependerem de algo muito complexo, subjetivo e pouco preciso, que é memória humana, acabam sendo muito manipuláveis e pouco concretas.

Nesse contexto, busca-se discutir a possibilidade de melhorar a qualidade da prova oriunda do procedimento de identificação de pessoas, por meio da adoção de regras mais sólidas e mais racionais do que as constantes dos artigos 226, 227 e 228 do CPP.

Além disso, avalia-se a forma como esse meio de prova é encarado no ordenamento jurídico brasileiro e as formalidades estabelecidas no CPP para a sua produção; isso é, se essas regras são obedecidas, quando da realização do procedimento, ou são encaradas como meras recomendações.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando o perigo que permeia o procedimento de identificação de pessoas, já que a recuperação de informações da memória está atrelada a um complexo processo cognitivo, suscetível a muitos erros, e que acaba por prejudicar a qualidade da prova.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, as regras e formalidades adotadas pelo Código de Processo Penal para a produção desse tipo de prova, buscando avaliar se elas são suficientes para a garantia da lisura do procedimento.

O terceiro capítulo destina-se a estabelecer meios de aprimoramento e fortalecimento de tais regras, no intuito de melhorar a qualidade e a precisão da prova, por meio da incorporação de parâmetros mais claros e objetivos, e defender a

necessidade de um forte controle jurisdicional sobre a produção deste tipo de prova, para que os requisitos e formalidades trazidos pelos artigos 226, 227 e 228, do CPP, deixem de ser encarados como mera recomendação e faculdade, e passem a ser enxergados como imposição do legislador, sendo, portanto, de cumprimento obrigatório.

A pesquisa será desenvolvida com base no método dedutivo, adotando-se enfoque jurídico-teórico, bem como enfoque psicológico, para conferir uma análise técnica e jurídica do tema. Para tanto, a abordagem do objeto deste trabalho será de natureza qualitativa, utilizando-se como embasamento bibliografia pertinente com o tema tratado, de forma a sustentar a tese defendida.

1. PROBLEMÁTICA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS À LUZ DA PSICOLOGIA

Cinge-se o objetivo maior do Processo Penal em reconstruir com precisão a cena do crime, de forma a identificar a sua autoria e combater a impunidade, correspondendo, com isso, ao clamor social por eficiência na pretensão punitiva do Estado.

Nesse contexto, ganha bastante relevância a narrativa de quem esteve presente na cena do crime. O peso atribuído à prova testemunhal baseada na identificação de um suposto criminoso é tão grande, que pode chegar ao extremo de condenar alguém, arrancando dele um direito básico e fundamental, em um Estado Democrático de Direito, que é a liberdade.

Assim, tendo em vista a tamanha importância que se confere a esse meio de prova, tão falho e impreciso, é imprescindível que ele seja problematizado levando-se em conta as pesquisas da psicologia social, notadamente no que diz respeito à memória e à sua deturpação.

Verificando-se a problemática que permeia as provas testemunhais, diversas pesquisas¹ foram feitas, a partir da década de 1970, buscando compreender o desempenho da memória humana, isso é, o seu funcionamento e as suas restrições.

¹WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A. *Essentials Testimony Psychology Department, Iowa State University, Ames, Iowa, 2012. p. 277-278. Disponível em:*



A ideia era determinar o nível de confiabilidade que permeia o reconhecimento realizado por alguém que presenciou um crime, de modo a apontar as restrições das recordações de um indivíduo, e identificar tudo o que possui o condão de influenciar na sua percepção da realidade.

As pesquisas², que utilizaram metodologias como eventos filmados e reconstituições de cenas de crime, mostraram que a taxa de erro nas identificações são bastante altas, e que as testemunhas geralmente expressam certeza quando identificam alguém de maneira incorreta.

A ONG norte-americana *Innocence Project*, que se dedica a reverter condenações de inocentes, divulgou uma pesquisa que afirma que a maior causa de condenações de inocentes nos Estados Unidos é o erro de identificação de suspeitos por testemunhas oculares, correspondendo a um percentual de 75% das condenações anuladas com o advento do teste de DNA³.

Esses estudos revelaram dados assustadores sobre as sentenças condenatórias revertidas, após o surgimento do exame de DNA:

Um recente estudo sobre anulação de sentenças mostra que desde o advento do teste de DNA, o índice de anulações neste país cresceu de uma média de 12 por ano, de 1989-1994, para 44, no ano de 2003. Dado o excessivamente pequeno número de casos em que anulações por teste de DNA são possíveis, está claro que o número de erros de condenação verificáveis é diminuto em relação ao número que realmente ocorrem nos Estados Unidos cada ano.⁴[tradução livre]

Como se percebe, existe uma taxa obscura de condenações oriundas de reconhecimentos falhos, já que a quantidade de casos que podem ser solucionados por meio de exame de DNA é muito pequena. Assim, muitos inocentes acabam sendo condenados e encarcerados por conta desse meio de prova testemunhal.

<http://www.innocenceproject.org/docs/Eyewitness_Testimony_Ann_Rev.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014, p. 277-278.

²Ibid.

³LEACH, Amy-May; CUTLER, Brian L.; WALLENDARL, Lori Van. *Living and Eyewitness Identification*. Annual Review of Law and Social Science, V.5, 2009. Disponível em: <<http://www.biblio.dpp.ci/biblio/DataBank/6114-2.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2014, p. 158.

⁴LOFTUS, Elizabeth F.; O'TOOLE, Timothy P.; BASTIBLY, Catherine F. *Juries Understanding of Eyewitness Testimony: a survey of 1000 potential jurors in the District of Columbia*. 2004. Disponível em: <<http://static.squarespace.com/static/50467538e4b012e1c6aa75b97b751845388de4b0580e00082849/1347826637162/PDS+Full+-+Juror+Knowledge+of+Eyewitness+Factors+article+by+Dr.+Elizabeth+Loftus+and+Tim+O%27Toole.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

A pesquisa supracitada traz outro dado impressionante. Dos trezentos e vinte e oito casos em que foram detectadas condenações de inocentes, em duzentos e nove deles, ao menos uma testemunha ocular identificou o acusado como autor do crime⁵.

Segundo Thomas J. Gardner e Terry M. Anderson⁶, mais de quarenta por cento das condenações erradas foram resultado de identificações equivocadas. Esse dado se mostra ainda mais alarmante se analisado junto com outro dado oriundo de uma pesquisa realizada pelo *Innocence Project*, segundo a qual, a cada ano, o número de pessoas que se torna réu em perseguições criminais por conta de identificação de pessoas gira em torno de 75.000⁷.

A partir daí, entende-se a crescente preocupação com esse meio de prova, e com o seu aprimoramento.

Especialistas da área de Psicologia⁸, analisando a memória humana, concluem que o processo de recordação consegue apreender e registrar com precisão uma quantidade ínfima de informação. E não teria como ser diferente, pois ele depende de diversos fatores, dentre os quais cita-se a visão e a concentração da testemunha, o nível de iluminação do ambiente, o tempo de duração do fato, a precisão da vista, a utilização ou não pelo criminoso de arma de fogo, bem como o mecanismo utilizado pela autoridade policial quando da realização do reconhecimento⁹.

Além disso, eles explicam que a recordação humana, por consistir em um ato reconstrutivo, pode variar muito com o decurso do tempo e com o advento de fatos posteriores, tais quais a interação com outras testemunhas ou até o contato com informações veiculadas pela mídia¹⁰.

Outra ideia relevante construída à luz da Psicologia é dos mecanismos de defesa. Daufemback¹¹ ensina que esses mecanismos de defesa nada mais são do que uma forma de se evitar o desprazer de perceber um acontecimento constrangedor ou

⁵*Ibid.*

⁶GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal Evidence: principles and cases*. 8. ed. Belmonte, California: Wadsworth Cengage Learning, 2013.p. 325.“In the 1960’s, the International Association of Chiefs of Police recognized that eyewitness “identification and description is regarded as a most unreliable form of evidence and causes more miscarriages of justice than any other method of proof.” In a 2008 article that reviewed studies of the reliability of eyewitness testimony, the author concluded that more than 40 percent of wrongful convictions were the result of mistaken identifications [...]”.

⁷LOFTUS; OTGOLR; BASTERLY, *op. cit.* p. 1.

⁸*Ibid.*

⁹*Ibid.*

¹⁰*Ibid.*

¹¹ BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 2001, p. 101, *apud*, DAUFEMBACK, Valdirene. *Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da desimetria da pena no Tribunal do Júri*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

doloroso do mundo externo ou do mundo interno. Para isso, a pessoa deforma ou deleta a realidade, de modo a afastar alguns conteúdos psíquicos e, conseqüentemente, deixar de registrar percepções externas.

Nessa linha, surge a questão da produção de falsas memórias, em decorrência de acontecimentos traumáticos. Segundo Aury Lopes Jr.¹², as falsas memórias não equivalem a mentiras, na medida em que, nelas, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. A mentira, por sua vez, é um ato consciente, em que existe a noção do seu espaço de criação e manipulação.

A psicóloga Lilian M. Stein, em seu livro “Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas” explica que:

Uma informação enganosa tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nossa recordação, e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato ou evento de que testamos participado ou experimentado.¹³

Fica evidente, quando se depara com a questão das falsas memórias, a probabilidade e o perigo de elas ocorrerem quando da realização do procedimento de identificação de pessoas, já que elas são construídas, em geral, em meio a interrogatórios feitos de maneira sugestiva, ou quando a testemunha se depara com informações acerca do fato que presenciou¹⁴.

Percebe-se, aqui, a capacidade das pessoas de criarem recordações espontâneas ou sugeridas, relembrando situações que sequer chegaram a acontecer. Daí a enorme complexidade na distinção entre o que é verdadeiro e o que é falso, e, conseqüentemente, na identificação de um testemunho confiável ou não. Isso porque a percepção de um acontecimento é dotada de subjetividade, variando de sujeito para sujeito.

Esses mesmos estudos feitos no âmbito da Psicologia apontam que a credibilidade de uma identificação testemunhal varia de acordo com diversos fatores, tais quais a testemunha ter percebido o fato com exatidão e sua memória não ter se degradado com o transcurso do tempo ou ter sido contaminada por informações e sugestões posteriores ao acontecimento¹⁵.

¹²LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 487.

¹³Ibid., p. 488.

¹⁴Ibid., p. 297.

¹⁵LOFTUS; O'TOOLE; EASTERLY, op. cit., p.5.

Fica evidente, portanto, que a prova oriunda do procedimento de identificação de pessoas não pode ignorar o alto grau de complexidade, seletividade e maleabilidade da memória, levando-se sempre em consideração os fatores que influem na apreensão das recordações e aqueles que podem contribuir para a degradação da memória.

2. A (IN)SUFICIÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NOS ARTIGOS 226 E SEQUINTE DO CPP PARA A CREDIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

No direito brasileiro, o procedimento de identificação de pessoas está regulamentado nos artigos 226, 227 e 228 do Código de Processo Penal¹⁴.

Esses dispositivos, até hoje, não sofreram qualquer alteração, apesar de todos os estudos produzidos na área da Psicologia que apontam para a pouquíssima credibilidade desse meio de prova, por depender da complexa variável “memória”.

Na doutrina, a maior parte dos autores se limita a explicitar as formalidades dos artigos, sem, contudo, analisar os prejuízos que esse meio de prova pode acarretar, se não for produzida com a devida cautela. Já alguns autores, como Aury Lopes Júnior, debatem-se sobre o tema com maior profundidade, avaliando a credibilidade desta prova, e propondo mudanças a fim de aprimorar a sua qualidade.

¹⁴Art. 226, CPP: Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deve ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, considerando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á nota pormenorizada, assinada pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por dois testemunhos presenciais.

Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227, CPP: No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, ao que for aplicável.

Art. 228, CPP: Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.” (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689/Compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017).

Da simples leitura dos artigos que tratam do reconhecimento de pessoas, extrai-se que ele consiste em ato formal, não havendo falar em discricionariedade do juiz ou da autoridade policial quando de sua realização. Nesse sentido, Lopes Júnior¹⁷: “Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que — em matéria processual penal — forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais”.

Seguindo-se as regras trazidas pelo CPP, procede-se, num primeiro momento, à descrição do suspeito pela testemunha. Esse primeiro passo é imprescindível para a revelação do processo fragmentário da memória. Avalia-se, aqui, se há uma fixidez mínima da pessoa submetida ao processo de reconhecimento, garantindo-se, com isso, condições de certeza da identificação.

Passa-se, em seguida, à colocação do suposto criminoso ao lado de pessoas que se assemelhem com ele fisicamente, para que a testemunha o identifique¹⁸.

Claro que as pessoas não precisam ser idênticas, mas, conforme Tourinho Filho¹⁹, “não se pode admitir um reconhecimento em que a pessoa que vai ser reconhecida seja posta ao lado de outras de cor, fisionomia, altura e peso bem diferentes, uma vez que dados tão distintos podem afetar a virtualidade da prova”.

Apesar da importância da criação desse cenário para diminuir o índice de indução do procedimento²⁰, a presença de outras pessoas ao lado do suspeito é medida considerada facultativa, e não obrigatória²¹, pois o artigo 227, inciso II, do CPP²² estabelece que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança”.

Além disso, segundo Anry Lopes Júnior²³, embora o Código nada diga a esse respeito, o número de pessoas colocadas na roda de reconhecimento não deve ser inferior a cinco, para assegurar uma maior credibilidade do procedimento e uma diminuição da sua margem de erro.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 494.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 356.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 291.

²⁰ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 495.

²¹ MIRABETE, Júlio Fabiani. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 308.

²² BRASIL, *op. cit.* nota 17.

²³ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 495.

O terceiro passo para a identificação do suspeito está previsto no inciso III do artigo 226, do CPP²⁴, e prevê que havendo fundamento plausível, a autoridade policial deve isolar o reconhecedor. Essa providência, como se extrai do parágrafo único do referido artigo, está prevista apenas para a fase pré-processual, pois na fase processual vigora o princípio da publicidade dos atos processuais.

Entretanto, Nucci²⁵ entende que essa proteção deve ser assegurada também na fase judicial, haja vista a realidade e o princípio da verdade real. Este entendimento, contudo, é contrário ao de Eduardo Espínola Filho²⁶, para quem não há porque esconder a identidade do reconhecedor do reconhecido, quando a identificação for realizada perante o julgador, pois o cenário em que o procedimento é feito e a figura do juiz são elementos que garantem segurança à testemunha.

Segundo Capez²⁷, a regra do inciso III é bastante utilizada na prática forense, notadamente em crimes de roubo. O autor entende que, embora seja uma prova ilegítima tecnicamente, ela não é má, pois está em conformidade com os princípios da verdade real, da proteção ao bem jurídico e da proporcionalidade. Esse posicionamento, para ele, é corroborado pela redação do artigo 217, do CPP²⁸, que assim prevê:

Art 217 Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença de seu defensor.

O último passo é a realização do auto pormenorizado, em que se registra toda e qualquer reação do reconhecedor, com o objetivo de apontar qual processo mental a testemunha utilizou para reconhecer o suspeito²⁹.

Essas exigências, de acordo com Capez³⁰, tem o condão de impedir o arbítrio, a má-fé, a indução e o equívoco por parte da testemunha. Apesar disso, este mesmo autor afirma que o procedimento estabelecido no artigo 226, do CPP aplica-se somente à fase extrajudicial, sendo desnecessário que o juiz coloque o acusado ao lado de pessoas parecidas.

²⁴BRASIL, *op. cit.*

²⁵NUCCI, *op. cit.*, p. 357.

²⁶ESPÍNOLA FILHO, 1955, v.3, p. 142 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 357.

²⁷CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 453

²⁸BRASIL, *op. cit.* nota 17.

²⁹NUCCI, *op. cit.*, p.358.

³⁰CAPEZ, *op. cit.*, p.452.

Nessa linha, Mirabete³¹ sustenta que se, no momento da audiência, a testemunha identificar o réu de maneira segura, esta prova possui idêntico valor ao de um reconhecimento feito em observância às regras estabelecidas no CPP.

O que se observa, na prática, é que o procedimento previsto no CPP não é observado, e os reconhecimentos informais são constantemente admitidos em nome do livre convencimento motivado³².

Muitas vezes, juízes questionam a testemunha ou a vítima se elas reconhecem o réu ali presente como autor do crime. Para Lopes Júnior,³³ isto nada mais é do que uma simplificação arbitrária, que consiste em uma prática ilegal e absurda. O autor afirma que consiste em “exemplo típico de violação de todas as regras processuais atinentes ao reconhecimento de pessoas, mas bastante comum e aceito, até porque, quem tem a iniciativa probatória é quem a admite, produção e valoração são feitos pela mesma pessoa (o juiz!)”.

Com efeito, admitir a realização de procedimentos de identificação “informais” é ir de encontro ao sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, segundo o qual a gestão das provas é de responsabilidade das partes, e não do órgão julgador. Do contrário, haveria violação à igualdade de tratamento e de oportunidades, comprometendo a imparcialidade.

Com isso, fica evidente que a identificação de pessoas feita em desatendimento às regras contidas no artigo 226, do CPP constitui prova ilícita, não podendo ser admitida nos autos de um processo. Tais exigências, longe de configurarem inúmeras formalidades, são condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo diretamente na qualidade da tutela jurisdicional, e na própria confiabilidade de todo o sistema judiciário³⁴.

Destarte, considerando a periculosidade que é inerente a esse meio de prova, a valoração probatória do reconhecimento do imputado não pode desconsiderar os diversos fatores que distorcem o processo de recordação, e muitas vezes são responsáveis por produzir as falsas memórias. Notadamente quando a teste é negativa de autoria, a prova oriunda de um processo de identificação pode ser decisiva³⁵.

³¹ MIRABETE, op. cit., 309.

³² LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 495.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

Portanto, diante da larga utilização de provas testemunhais e toda a sua fragilidade, surge a necessidade de controle desse meio probatório, para que sejam produzidas evidências de maior credibilidade e menores riscos.

3. A RACIONALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO FRENTE À NECESSIDADE DE MINIMIZAR O ÍNDICE DE FALIBILIDADE DA PROVA

A crescente preocupação mundial com as provas advindas do reconhecimento de pessoas e com a necessidade de controle sobre elas se justifica pelo alto risco de condenação de inocentes, como já demonstrado ao longo dessa pesquisa.

No Brasil, a situação fica ainda mais complexa, já que a imensa maioria dos reconhecimentos é realizada sem que o advogado de defesa esteja presente, sem a possibilidade de recusa por parte do suspeito e sem qualquer tipo de controle ou de formalidade. Como se não bastasse, os juízes ainda possuem o hábito de indagar a vítima ou a testemunha, na ocasião da audiência, se identificam o acusado ali presente como sendo seu agressor.

Com efeito, o problema brasileiro em relação aos procedimentos de identificação tem início na própria disciplina legal, notadamente no que tange a quantidade de participantes da roda de identificação, que sequer é mencionada no Código.

Além da observância estrita das formalidades previstas no Código de Processo Penal, é imprescindível uma análise prospectiva do problema, com o fito de implementar reformas na legislação processual.

Lopes Jr.³⁶, ao dispor sobre as formas de reconhecimento de pessoas, ensina que existem duas, a sequencial e a simultânea. Essa última foi a adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro em vigor. Nela, as pessoas são postas uma ao lado da outra, todas juntas, para que a testemunha identifique o suspeito. Isso é, todos os membros da roda de reconhecimento são exibidos à testemunha ao mesmo tempo. E, por isso, para Lopes Jr.³⁷, esta espécie de reconhecimento seria muito sugestiva e perigosa.

³⁶LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 499.

³⁷*Ibid.*



No sistema sequencial, por sua vez, as pessoas submetidas ao reconhecimento são mostradas à testemunha uma de cada vez, e é indagado a ela se o suspeito que ela está vendo foi ou não o autor do fato. A testemunha deve responder à pergunta antes mesmo de ver o próximo suspeito. Como o reconhecedor não tem ideia de quantas pessoas participam do reconhecimento, ele é conduzido a uma tomada de decisão. Dessa forma, há uma potencialização da qualidade da prova, uma vez que minimiza-se o nível de indução. Por essa razão, a psicologia jurídica afirma que essa modalidade de reconhecimento é a mais segura e confiável³⁸.

Lopes Jr.³⁹ explica esta maior credibilidade do reconhecimento feito de forma sequencial, dizendo que, nele, o reconhecedor, quando do processo de tomada de decisão, é obrigado a fazer um julgamento absoluto, enquanto que na modalidade simultânea, a pessoa faz um julgamento relativo. Em outras palavras, no reconhecimento simultâneo, a testemunha toma sua decisão escolhendo o membro que mais se parece com o culpado, ao passo que, no modelo sequencial, ela é obrigada a decidir comparando cada um dos suspeitos mostrados a ela, um a um, com a sua própria recordação do culpado.

Além disso, é fundamental que esse reconhecimento seja feito com e sem o suspeito presente. Ou seja, é necessário que ele seja realizado também com pessoas que sabidamente não sejam autoras do delito. Essa dinâmica, apesar de simples, não é utilizada, e evidencia que o sistema brasileiro é viciado, uma vez que tanto as vítimas como as testemunhas sabem que apenas se realiza o reconhecimento se existe um suspeito. Este fato acentua os índices de erro, pois age de maneira indutiva⁴⁰.

A psicóloga Anna Virginia Williams⁴¹, narra que:

[...]uma recente meta-análise com 25 estudos comparando reconhecimentos sequenciais e simultâneos indicou que o reconhecimento sequencial diminui a probabilidade de erro em quase metade nos estados com o suspeito alvo ausente[...].

Isso mostra que essa simples medida de advertir o reconhecedor de que o suspeito pode ou não estar presente quando da realização do procedimento é de necessária incorporação, tanto na fase extrajudicial como na judicial, de forma a

³⁸Ibid.

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.

⁴¹WILLIAMS, 2003 apud LOPES JÚNIOR, *Aury-Diverte Processus! Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 500.

minimizar o índice de erro gerado por conta de uma pré-compreensão de que o suspeito está presente.

Além dessa providência, faz-se necessária a implantação de um teste de confiabilidade da testemunha ou da vítima, onde seria feito, num primeiro momento, um reconhecimento apenas com suspeitos distratores⁴², sem que a vítima ou a testemunha soubessem disso. Se, nesse momento, o reconhecedor disser que reconheceu o suposto criminoso, ele deve ser descartado. Caso ele não faça nenhuma identificação, o procedimento deve prosseguir, apresentando a ele mais um grupo de reconhecimento, dessa vez com o suspeito alvo. Essa simples providência, que sequer exige alterações legislativas, é capaz de selecionar pessoas mais confiáveis, evitando prejuízos à produção desse tipo de prova⁴³.

Outro fator que prejudica a eficácia do reconhecimento de pessoas é a falta de capacitação específica da polícia judiciária, no sentido de otimizar a preservação da originalidade da memória da testemunha. A forma de atuação daquele que conduz o reconhecimento é de extrema importância para a redução do nível de indução⁴⁴.

Deve-se destacar que há também, além da criação explícita de falsas memórias, a indução voluntária, que ocorre por meio de comportamento verbal ou não verbal. Para evitá-la, é recomendado que na fase policial o investigador do caso não esteja presente no momento do procedimento.

Diante desse cenário de insegurança que o atual modelo de identificação de pessoas traz, fica claro que a obrigatoriedade da presença do advogado do imputado no momento da realização do reconhecimento é medida que se impõe, a fim de garantir um controle e uma fiscalização à sua execução.

Deve-se reconhecer que o direito norte-americano, nesse aspecto, está à frente do direito brasileiro, pois, nele, pelo menos a partir do momento em que há uma acusação formal contra o acusado, o advogado de defesa deve estar presente na hipótese de haver procedimento de identificação⁴⁵.

⁴²Segundo Anny Lopes Júnior, reconhecimento feito apenas com suspeitos distratores é aquele em que o real suspeito não está presente. (LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 499).

⁴³WILLIAMS, op. cit., nota 42.

⁴⁴LOPES JÚNIOR, op. cit., p.500.

⁴⁵UNITED STATES v. Wade, 388 U.S. 218, 1967. Disponível em: <<http://casehw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&iivol=218>>. Acesso em: 03 out. 2014.



Para Lopes Júnior⁴⁶, a racionalização do reconhecimento de pessoas exige que se busquem:

[...] instrumentos de 'redução de danos', como as técnicas de entrevista cognitiva; a preocupação (e consciência) por parte dos agentes policiais (e também judiciais) de não fazer 'induzimentos'; um melhor treinamento dos policiais que tomam as primeiras declarações de vítimas e testemunhas presenciais; uma análise mais ampla do contexto do caso penal, para identificar fatores que possam gerar a defraudação; enfim, uma série de medidas que permitam reduzir o risco de termos um falso depoimento, uma falsa confissão e também um falso reconhecimento.

Por fim, deve-se reconhecer a importância e a necessidade de exames periciais, como o de DNA, dactiloscópicos e outros ainda não muito propagados no Brasil, como a palatoscopia⁴⁷, a queiloscopia⁴⁸, que permitam complementar o processo de identificação de pessoas por meio de suas modernas tecnologias e conhecimento científico. Não se pode ignorar que à época em que o atual CPP foi promulgado, não dispúnhamos dos meios técnicos e científicos que existem nos dias de hoje, por isso a lacuna da lei⁴⁹.

Cumpre observar que tais formas de identificação do suspeito, fundadas em conhecimento técnico e científico, devem ser priorizadas em detrimento das provas testemunhais, quando for possível, já que possuem maior credibilidade e, conseqüentemente, menor chance de falhas.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou ressaltar a necessidade de controle e fiscalização sobre procedimentos de identificação de pessoas, executados no âmbito de uma persecução penal, levando-se em conta o perigo e a fragilidade desse meio de prova, visto que ela depende de algo muito subjetivo e impreciso, que é a memória humana.

⁴⁶LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 500.

⁴⁷Estudo das rugas palatinas com o intuito de proceder à identificação humana. (CALDAS, Inês; TEIXEIRA, Alexandra; PÉREZ-MONGIOVI, Daniel; Afonso, AMÉRICO; MAGALHÃES, Teresa. *Identificação por queiloscopia e palatoscopia*. In: CORTE-REAL, Ana; VIEIRA, Duarte Nuno. *Identificação em Medicina Dentária forense*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 120.)

⁴⁸Estudo das impressões labiais. (CALDAS, TEIXEIRA, PÉREZ-MONGIOVI; AMÉRICO; MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 111.)

⁴⁹LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 501.

Os estudos realizados na área da Psicologia demonstram que a recordação humana é dotada de um alto grau de falibilidade. Isso porque a reconstrução de um evento ocorrido no passado é totalmente influenciada por aspectos subjetivos daquele que o presenciou. Logo, é imprescindível que se tenha muita cautela na produção de provas testemunhais.

Pôde-se observar, no decorrer desse trabalho, que a credibilidade da prova oriunda do reconhecimento depende de vários fatores, como a quantidade de luz no ambiente, a presença ou não de armas de fogo, o tempo de duração do evento, dentre outros.

Algumas providências simples, como colocar na roda de reconhecimento o suspeito com outras pessoas parecidas com ele, ou advertir a testemunha de que o suspeito pode nem estar presente, são fundamentais para a produção de uma identificação mais segura e confiável. Ademais, a adoção de um modelo de reconhecimento sequencial, e não simultâneo, também auxilia na racionalização do procedimento, evitando a ocorrência de reconhecimentos malfeitos.

Diante do exposto, fica evidente a imprescindibilidade do respeito à forma, no contexto do reconhecimento de pessoas, a fim de garantir ao acusado seus direitos fundamentais. Para isso, indispensável a presença do advogado de defesa quando da execução do procedimento, como meio de assegurar observância das formalidades, haja vista a posição de hipossuficiência do acusado diante de uma persecução criminal.

Percebe-se que o Brasil está atrasado quando o assunto é a identificação de pessoas, já que sequer garante ao acusado o direito à presença de seu advogado quando da realização do procedimento. Além disso, a prática judiciária ainda ignora as regras que disciplinam o procedimento, sendo consideradas meras recomendações. E, apesar disso, as provas oriundas desses procedimentos permanecem sendo aceitas para fundamentar sentenças condenatórias.

Assim, à ausência de controle e fiscalização, os reconhecimentos continuam sendo feitos de maneira informal e arbitrária, violando, com isso, os direitos fundamentais do acusado.



BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15/11/2017.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Direito comparado: os órgãos de segurança pública e a perseguição criminal no Brasil e nos Estados Unidos*. Teresina, ano 14, n. 2150. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12905>. Acesso em: 29 nov. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Gabriela Ponte. *O aviso de Miranda e prova ilícita por derivação*. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

COUCH, James; SIGLER, Jennifer. *Eyewitness Testimony and the Jury Verdict*. North American Journal of Psychology. V 4, nº 1. p 143. 2002.

CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven D. *Mistaken Identification: the eyewitness, psychology, and the law*. Universidade de Cambridge, Cambridge. 1995. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/159775NCJRS.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2014.

DAUFEMBACK, Valdirene. *Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri*. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. *Eyewitness Evidence: a guide for law enforcement*. 1999. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2014.

Eyewitness Evidence: A Trainer's Manual for Law Enforcement. 2003. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/nij/eyewitness/188678.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal Evidence: principles and cases*. 8. ed. Belmonte, Califórnia: WadsworthCengageLearning, 2013.

GOMES, Abel, Fernandes; et al. *Perseguição Penal e Devido Processo Legal no Brasil e na Common Law Tradition: análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos*. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 22, p. 17-33, 2008. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/88/91>. Acesso em: 29 nov. 2014.

LEACH, Amy-May; CUTLER, Brian L.; WALLENDÆL, Lori Van. *Lineups and Eyewitness Identification*. Annual Review of Law and Social Science, V.5,

2009. Disponível em: <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6114-2.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2014.

LOFTUS, Elizabeth F.; O'TOOLE, Timothy P.; EASTERLY, Catherine F. *Jurors Understanding of Eyewitness Testimony: a survey of 1000 potential jurors in the District of Columbia*. 2004. Disponível em: <<http://static.squarespace.com/static/5046753fe4b032e1c6aa75b9/t/5184538de4b0580e00082f49/1367626637162/PDS+Poll+-+Juror+Knowledge+of+Eyewitness+Factors+article+by+Dr.+Elizabeth+Loftus+and+Tim+O%27Toole.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo do Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Amanda Cristina. *Controle Jurisdicional dos Procedimentos de Identificação de Pessoas*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Federação Nacional dos Policiais Federais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROMANO NETO, Odilon. *Influência americana na reforma do Código de Processo Penal*. Revista Eletrônica de Direito Processual, V.4. 2009. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/influencia-americana-na-reforma-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

STEIN, Lilian M. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgvLkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

STEIN, Lilian M.; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. *Avanços Metodológicos no Estudo das Falsas Memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.



WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A. *Eyewitness Testimony*. Psychology Department, Iowa State University, Ames, Iowa. 2002. Disponível em: <http://www.innocenceproject.org/docs/Eyewitness_Testimony_Ann_Rev.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

WELLS, Gary L.; SEELAU, Eric P. *Eyewitness Identification: psychological research and legal policy on lineups*. Psychology Department, Iowa State University, Ames, Iowa. 1995. Disponível em: <<http://blog.lib.umn.edu/jbs/soc3101/EyewitnessIdentificationWellsSeelou.pdf>> Acesso em: 18 out. 2014.



A PRISÃO TEMPORÁRIA ILEGAL SOB OS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A VISÃO DO STF – QUANDO SE TORNA DEGRADANTE

Amanda Rodrigues Moreira

Graduada na Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – diante do contexto social da atual situação dos presídios brasileiros, em virtude da necessidade de se dar um novo olhar a legislação que trata das modalidades de prisão e principalmente, a sanção a ser imposta ao Estado diante de eventuais ações ou até mesmo omissões que venham prejudicar seus jurisdicionados, dá-se importância ao instituto da responsabilidade civil no intuito de serem respeitadas as prerrogativas estabelecidas como garantias fundamentais na Carta Magna. Todavia, deve-se mensurar o limite de responsabilização, e se é possível o somatório de eventuais violações aos princípios que garantem por primazia a dignidade da pessoa humana, decorrendo deste, outros princípios essenciais que garantem o exercício de outros direitos. A essência deste trabalho é demonstrar que não há qualquer inconstitucionalidade à garantia de imputação de responsabilidade àquele que descumpra tal preceito, cabendo inicialmente ao Estado o dever de indenizar, podendo buscar em ação de regresso o retorno quando comprovada a responsabilidade do Estado-juiz.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Erro. Prisão Ilegal. Poder Judiciário. Reparação. Justiça. Misericórdia.

Sumário– Introdução. 1. Os aspectos e reflexos da prisão temporária ilegal na responsabilidade civil do Estado: uma busca das reais causas desse problema. 2. A coabitação entre a responsabilidade civil do magistrado quando praticado ato de erro judicial ou prisão ilegal e a decisão do STF quanto a responsabilidade civil verificada prisão degradante: impossibilidade? 3. A possibilidade de responsabilização pessoal do magistrado nos casos de prisão injusta e a aplicabilidade da nova redação do art. 143 do novo CPC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil do Estado-juiz tem sido tratado ainda com polêmica, travando discussões na doutrina e na jurisprudência, em razão de sua complexidade, bem como pelo considerável crescimento da demanda pela tutela jurisdicional, principalmente em razão da responsabilidade civil do Estado e, ainda pelo avanço da Ciência do Direito revelando novas teorias e aprimorando as já existentes.

De seu turno, o legislador constituinte de 1988 foi claro ao determinar que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, causarem a terceiros, assegurando ao Estado o direito a ação de regresso conforme o diploma legal do art. 37, § 6º CR que contempla que a responsabilidade civil do Estado.



Portanto, o Estado será civilmente responsável pelos danos causados aos seus agentes, visto que é possível a ocorrência de atividade lesiva no desenvolvimento das atividades estatais e em razão destas, a responsabilização civil. A responsabilidade civil do Estado será apresentada neste trabalho, tão somente sob seu aspecto extrac contratual, de acordo com a teoria do risco administrativo.

O primeiro capítulo é dedicado a situar a Responsabilidade Civil do Estado a partir do seu Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil e seus aspectos básicos. Será abordado ainda neste capítulo, os reflexos da prisão temporária ilegal e a responsabilidade civil do Estado, buscando se identificar as principais causas desse problema.

No segundo capítulo indicará se guarda alguma relação entre a indenização estatal que decorre de responsabilidade do magistrado nos casos de prisão injusta e a atual decisão do Supremo Tribunal Federal ao entender pela indenização civil ao preso submetido à prisão degradante.

O terceiro capítulo serão abordadas as espécies de atividades judiciais danosas e suas formas de ocorrência. E ainda, as responsabilidades que podem ser imputadas não apenas pelos agentes da administração pública, como também pelos magistrados. Tendo por objetivo esclarecer até que ponto o magistrado poderá responsabilizado pessoalmente por seus atos jurisdicionais, da discussão travada entre diversos juristas acerca da constitucionalidade do art. 143, do Código de Processo Civil e ainda da obscuridade da lei ao tratar da responsabilidade do juiz nos casos de prisão injusta.

Ao final, serão colacionados alguns acórdãos para demonstrar a evolução do tema no entendimento de nossos Tribunais quanto à responsabilidade civil.

Para a realização do estudo, foram utilizadas as formas de pesquisa bibliográfica, através de doutrinas e jurisprudências, bem como a legislação atual vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à abordagem do tema pesquisado será utilizada a pesquisa teórica. O método utilizado foi o dedutivo, tendo em vista que foi o mais adequado para levar a uma conclusão lógica acerca da possibilidade de reparação civil estatal diante da prisão ilegal.



1. OS ASPECTOS E REFLEXOS DA PRISÃO TEMPORÁRIA ILEGAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA BUSCA DAS REAIS CAUSAS DESSE PROBLEMA

A responsabilidade civil é um instituto antigo, modernamente vem sendo entendida como a imposição feita pelo ordenamento jurídico a alguém, de maneira que, o dano causado a outrem seja reparado.

Com o reconhecimento da fase da responsabilidade civil sem culpa, também chamada de responsabilidade objetiva, deve-se assua evolução por se basear na Teoria do Risco, risco este criado pela Administração Pública, objetivando o cumprimento de seu papel perante seus administrados.

O cerne da responsabilização é o dano, que prescindirá da comprovação e culpa devendo apenas ser constatado o nexo causal entre o dano sofrido pelo administrado e a conduta que foi praticada pela Administração Pública, que se comprovada, responderá pelo ato lesivo justicado, podendo até o ato ser lícito, mas comprovado o dano, cabe responsabilização. Desta forma, surge o dever de indenizar quando existir ato lesivo que for causada ela Administração, bastando comprovação da lesão e de que esta foi produzida por agente público.

São três os pressupostos necessários para que esteja caracterizada a responsabilidade estatal, sendo eles: a lesão ao direito de outrem, o fato do serviço e a relação de causalidade entre o fato e a lesão. Por consequência, não se faz necessária a comprovação de culpa, visto que se está diante de responsabilidade objetiva.

Demonstrada a incidência da Teoria do Risco Administrativo prevista no art. 37, §6º da CR¹, resta instaurada a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do funcionário público, cabendo o direito de regresso nos casos que o agente estatal agir com dolo ou culpa no exercício de suas funções.

Cumpra analisar que a disposição acerca da responsabilidade do estado também é assegurada no direito processual penal, conforme previsão do art. 630 do CPP².

De fato, são casos frequentes de responsabilização do Estado, o erro judiciário e a prisão indevida, o que trouxe também em voga, discussões acerca do dano à imagem daquele que tem sua liberdade privada de forma indevida ou equivocada.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%207ao.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.

²Id. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13089.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.



Em se tratando de responsabilidade do Estado por erro judiciário, Yusef Saïd

Cahali³:

A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais. [...] impõe-se ao Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais dos cidadãos, devendo ser evitada a prática de qualquer restrição injusta à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e se fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados.

Serão tratados em específico, os casos de responsabilidade civil do Estado quando configurada a prisão ilegal. Neste caso, a prisão ilegal ocorrerá em contradição ao que prevê a legislação e aos princípios fundamentais dispostos na Constituição Federal, principalmente quando violar o direito à dignidade da pessoa humana e à liberdade de locomoção, conforme previsão no art. 1º, III e 5º, caput da CR. A prisão ilegal também viola o princípio à presunção de inocência, previsto no art. 5º, VLII da CR e o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV da CR⁴, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Cabe ressaltar, que o direito de ir e vir também está intimamente ligado à ocorrência de prisão ilegal, visto que o cidadão terá sua liberdade cerceada na ocorrência de flagrante delito ou em havendo ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos por lei.

No evento de injusto cerceamento do direito à liberdade em razão de atos praticados por agentes públicos, é garantido ao cidadão a indenização e como prevê o art. 5º, LXXV da CR, caberá ao Estado indenizar o condenado por erro judiciário, bem como aquele que ficar preso além do tempo que fixar a sentença. Corrobora com a ideia trazida o art. 37§ 6º da CR⁵.

Nas lições de José de Aguiar Dias⁶, entende-se por erro judiciário: “[...] a sentença criminal de condenação injusta, alcançando, também, a prisão preventiva injustificada, excluindo, no entanto, os casos de má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado.”

Por outra visão, entende Luiz Antonio Soares Henz⁷ que no erro judiciário sempre se operará a falsa percepção dos fatos, neste sentido:

³CAHALI, Yusef Saïd. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 599-602.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao%20com%20alteracoes.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁵Ibid. Acesso em: 05 nov 2017.

⁶DIAS, José de Aguiar apud GAZOTO, Luís Wanderley. *Responsabilidade Estatal por Atos Jurisdicionais*. Brasília: Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. v. 60. 1999. p. 52.



O juiz opera com erro sempre que declara o direito a um caso concreto sob falsa percepção dos fatos, quando a decisão ou sentença diverge da realidade ou conflita com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica. Assim, as principais causas de erro judiciário são: erro ou a ignorância; o erro judiciário decorrente de culpa; a decisão contrária à prova dos autos; o erro provocado não imputável ao julgador; a errada interpretação da lei; o erro judiciário decorrente da aplicação da lei.

No entanto, deve-se dizer que a prática de erros relacionados a decisões que acabam por incorrer na prisão ilegal é bastante comum. Isso se dá tradicionalmente por ter a jurisprudência brasileira se portado de forma conservadora quando tratava deste assunto, não reconhecendo os atos praticados pela Administração no exercício de suas funções que geravam alguma espécie de lesão ao administrado. Entretanto, na última década, este cenário vem se transformando por estarem sendo observados os direitos advindos de princípios que regem as garantias fundamentais do cidadão.

Quando se trata de prisão indevida, entende-se como aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva, que não se preocupa em obedecer a realidade fática e aos requisitos formais, vide os ensinamentos de Rui Stoco⁷.

A prisão indevida é toda privação de liberdade sem justificativa, estando caracterizado ou não o trânsito em julgado, como assegura Luiz Antonio Soares Hentz⁸:

[...]o princípio da indenização da prisão do tempo fixado na sentença foi explicitado no direito constitucional juntamente com a rejeição do erro judiciário e, embora haja pontos de contato entre os dois institutos de direito material, afirma-se que o erro judiciário não depende da verificação de prisão, assim como a indevida privação da liberdade não decorre necessariamente de erro de julgamento.

Desta forma, buscando causas reais ao problema da prisão ilegal e ao erro judiciário, pode-se afirmar que ambos violam de forma flagrantíssima os dispositivos constitucionais, principalmente no que diz respeito a dignidade da pessoa humana, ao direito à liberdade, e conseqüentemente ao direito à imagem e à honra.

Importante evidenciar de forma crítica que o sistema prisional brasileiro enfrenta diversas dificuldades, se tornando muitas vezes local de risco grave a quem é submetido ao cárcere podendo ter violados direitos da personalidade, bem como ter afetadas a

⁷HENTZ, Luiz Antonio Soares *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. Ampl., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1039.

⁸STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. Ampl., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1038.

⁹HENTZ, Luiz Antonio Soares *apud* *Ibid.*, p. 1030.



integridade física e mental. A prisão indevida pode ser interpretada como ilegalidade e invasão capaz de lesar o *status dignitatis* e *libertatis*.

2. A COADUNAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MAGISTRADO QUANDO PRATICADO ATO DE PRISÃO ILEGAL E A DECISÃO DO STF QUANTO A RESPONSABILIDADE CIVIL VERIFICADA PRISÃO DEGRADANTE: IMPOSSIBILIDADE?

Consoante ao que diz Hely Lopes Meirelles¹⁰, a fazenda pública só responderá civilmente pelos atos judiciais que houverem a comprovação de culpa manifesta quando da sua expedição, tendo ocorrido de maneira ilegítima e lesiva. Sendo certo que o ato judicial típico, proferido por meio de sentença decisória do magistrado, ou ainda, pela inércia deste, é elemento ensejador para advento da responsabilidade civil fazendária, conforme dispõe o art. 5º, LXXV, da CR.

Com a evolução da ciência do Direito, pode-se afirmar que não vige Estado Absolutista, em que os seus representantes agiam por muitas vezes de forma indiscriminada, certos de possível impunidade por atos praticados que violassem o direito dos cidadãos, neste interim, o Direito Moderno admite a responsabilidade do Estado como este apto a responder pelos danos causados aos jurisdicionados. Neste sentido, Arnaldo Quirino¹¹ entende que surge o princípio dos ônus e dos encargos, em que se distribui de forma igualitária entre a sociedade e o Estado os prejuízos acarretados pela ação danosa praticada contra o interesse do particular, compensando e recompondo os danos experimentados por este último.

Por outro lado, importante desenvolver uma análise que contribua para mensurar a aferição da responsabilidade civil do Estado a fim de que se possa indenizar o que teve alguma de suas garantias violadas.

A Constituição Federal reconhece a responsabilidade estatal, bem como as legislações complementares, entre elas o Código de Processo Penal e o Código Civil. O art. 5º, inciso LXXV, da CR¹² estabelece: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Por seu turno, o art. 37, § 6º, da CR¹³, determina que:

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 722.

¹¹ QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 51.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constitu%C3%A7ao.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹³ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constitu%C3%A7ao.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.



§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Passa-se, então, à análise que o primeiro preceito extraído defere ao indivíduo garantia que na ausência de norma infraconstitucional específica, deve ser respeitada de igual forma. No que diz respeito ao segundo preceito, este afirma a necessidade de o Estado indenizar danos que causar aos jurisdicionados, em respeito a Teoria do Risco Administrativo, não sendo necessária a comprovação de dolo ou culpa estatal, e sim a necessidade da comprovação do nexo causal, sem suprimir do Estado o direito de regresso ao causador do dano, quando demonstrado o dolo ou a culpa.

Ademais, é assegurado o direito à indenização aquele que é condenado por erro judicial ou nos casos que ficar preso por tempo superior ao que fixa a sentença, ou seja, aquele condenado que fica no limbo, esquecido pela Administração Pública, seja pela desorganização do órgão que tem o dever de controlar o cumprimento da pena, ou seja, pela desordem no sistema carcerário. Quando verificado o erro judicial, restringe-se a interpretação aos casos de efetiva condenação do acusado pelo judiciário de forma errônea, deve-se observar se a prisão foi justificada e decretada por sentença, que tenha excedido o prazo de sua duração, conforme os ensinamentos de Arnaldo Quirino¹⁴.

A propósito dessas informações, observa-se que o legislador constituinte se omitiu em tratar de forma mais enfática dos demais casos de prisão ilegal, principalmente no que tange a ocorrência nas prisões cautelares. Pode-se concluir que a Constituição vigente poderia ter tratado de forma mais exemplificativa, a fim de que fossem violados o direito à liberdade pessoal, o que vem ocorrendo de forma reiterada.

Entretanto, o jurisdicionado que sofre as demais espécies de prisão, sendo ela caracterizada como ilegal, especialmente no que se refere às prisões cautelares não pode ser considerado desamparado, cabendo à ele a imputação genérica de responsabilização do Estado, em razão ao que estabelece o art. 5, § 2º da CR¹⁵, que afirma que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem os direitos que decorrem do regime e princípios por

¹⁴QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 51.
¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.



ela adotados, ou ainda pelos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil faça parte, em consonância com o art. 37, § 6º, ambos da CR¹⁶.

Pelo exposto, entende-se que a Constituição admite indenização ao indivíduo que foi condenado por erro judiciário ou daquele que fora preso justificadamente, mas que a execução da pena ultrapassou o tempo que determinava a sentença penal condenatória, tal constatação acaba por permitir a indenização nos demais casos em que houver a prisão injusta em situações consideradas mais graves, garantido ao lesado a plenitude na reparação em qualquer espécie de prisão injusta.

É de todo relevante, que o legislador busque a criação e elaboração de normas que complementem e regulamentem o assunto, no intuito de que sejam garantidas a devida tutela aos direitos e garantias fundamentais que fiverem violados. Tal constatação corrobora para o entendimento de que o magistrado é sujeito passível de responsabilização por qualquer ato que prejudique o jurisdicionado em razão da inobservância das hipóteses previstas na Constituição Federal e demais legislações que tratem da matéria. Como podemos verificar a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal¹⁷:

2004.71.08.00637-4/RS – APELAÇÃO – EMENTA Des(a). MARGA INGE BARTH THSSLER – Julgamento: 08/08/2008 – Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PENHORA INDEVIDA DE VEICULO. ART. 133, DO CPC. DANO MATERIAL E MORAL. INOCORRÊNCIA.

1. A independência funcional e a liberdade de consciência do Magistrado restariam seriamente comprometidas, em prejuízo do jurisdicionado, se Estado pudesse ser acionado para reparar prejuízos causados à parte por erros de uma determinação judicial. A responsabilidade existirá apenas se houver dolo ou culpa grave do Juiz, nos termos do art. 133 do CPC, o que certamente não é o caso porque o equívoco decorre da existência de humanismo.

2. Incabível a indenização por danos materiais e morais postulados pela parte autora pela equivocada penhora incidente sobre bem de terceiro estranho à reclamatória trabalhista, visto que não houve dolo ou culpa grave do magistrado.

3. Apelação improvida.

Cabe ressaltar, que atualmente não são apenas casos isolados que ocorrem apenas o erro judicial ou a prisão ilegal por ultrapassagem de tempo determinado em sentença, isto porque, já se podem ser verificados casos em que além do condenado ter sido preso por erro judicial, ele ainda teve sua execução penal esquecida, de modo que se viu obrigado a ficar por tempo além do que fora estabelecido na sentença penal condenatória, como se já não bastasse

¹⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

¹⁷Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação 2004.71.08.00637-4/RS*. Disponível em http://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_pesquisa.php?local=trf4&documento=2281806&hash=408295db3700c0f2d1fedd107db68768. Acesso em: 27 fev. 2018.



o fardo carregado por crime que não cometeu, além da situação alarmante e degradante que estão sendo vivenciados pela maioria dos presídios brasileiros, se vê obrigado a cumprir uma pena que ultrapassa àquela que havia sido condenado injustamente.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁸, em decisões recentes, tem decidido pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado quando demonstrada a ocorrência de prisão ilegal, muito frequente quando se perpetua após o não recolhimento do mandado de prisão proferido pelo juízo da Vara de Execuções Penais, e reitera que em havendo abusividade ou ilegalidade no ato judicial, a responsabilidade do Estado em reparar é inescusável. Como podemos observar:

0017857-12.2012.8.19.0007 – APELAÇÃO – 1ª Ementa Des(a). CONCEIÇÃO APARECIDA MECUSNIER TRIXEIRA DE GUIMARÃES PERNA – Julgamento: 07/06/2017 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL. Apelação cível. Ação indenizatória por danos morais. Não recolhimento de Mandado de Prisão. Autor que se encontrava em benefício de Livramento Condicional. Sentença de procedência. Inconformismo do Estado Réu. Entendimento desta Relatora quanto à manutenção da sentença de procedência revertida. Não recolhimento de mandado de prisão. Demora injustificada no processamento. Prisão que se mostrou ilegal, vez que ocorrida cerca de 04 (quatro) meses após a decisão que determinou o recolhimento do mandado de prisão, proferida pelo juízo da Vara de Execuções Penais. (fls. 129, 177 e 196). Responsabilidade Civil do Estado réu, pessoa jurídica de direito público, que responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do art. 37, §8º, da CFPR. Aplicação da Teoria do Risco Administrativo. A responsabilidade civil do Estado por ato judicial é mitigada em respeito à liberdade do julgador. Porém, ocorrendo abusividade ou ilegalidade no ato judicial a responsabilidade do Estado pela reparação é inescusável, que é a exata hipótese em debate. Consideradas as circunstâncias quanto a ilegalidade da prisão, o tempo que o autor permaneceu detido na delegacia de Polícia, entre 17 a 19 de junho de 2012, com base em uma ordem judicial que não estava mais em vigor, ou seja, sofrendo constrangimento em decorrência de um ato ilícito da Administração Pública, a fixação da verba indenizatória em R\$4.000,00 (quatro mil reais), mostrou-se adequada em plena observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença que se mantém. Honorários advocatícios bem aplicados em percentual de 10% sobre a condenação. Precedentes do STJ e TJERJ. CONHECIMENTO DO RECURSO E DESPROVIMENTO DO APELO. Integra do Acórdão - Data de Julgamento: 07/06/2017

E ao se posicionar face ao erro judicial, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁹ também concedeu a indenização ao jurisdicionado que foi preso sem ser o verdadeiro autor do fato, de modo que figurou por onze anos como se tivesse praticado os crimes os quais ensejaram condenação injusta. É o que explicita o seguinte julgado:

¹⁸REG DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0017857-12.2012.8.19.0007. Disponível em: <<http://www.tj.jus.br/documents/10136/31308/resp-civil-estado-prisao-ilegal.pdf?e=01>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹⁹REG DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0077309-82.2013.8.19.0001. Disponível em: <<http://www.tj.jus.br/documents/10136/31308/resp-civil-estado-prisao-ilegal.pdf?e=01>>. Acesso em: 05 nov. 2017.



0027209-82.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª Instância Des(a). ANDRÉ EMILIO RIBEIRO VON MELENTYVYTYCH - Julgamento: 28/03/2017 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. AUTOR QUE FIGUROU EQUIVOCAMENTE COMO RÉU CONDENADO EM DOIS PROCESSOS CRIMINAIS. ERRO JUDICIÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. DEVER DE INDENIZAR DANO MORAL. Autor que busca reparação moral por ter figurado por mais de onze anos como réu condenado em dois processos criminais. Uso indevido de documentos por falsário. Prisão ilegal pelo prazo de 2 (dois) dias. Inequívoco erro judiciário reconhecido em ação de revisão criminal, cujo Acórdão de procedência determinou a fixação do quantum indenizatório no Juízo Cível. Sentença de procedência, fixando a indenização moral em R\$ 80.000,00. Réu que arguiu preliminares de inadequação da via eleita, ofereca à causa julgada e julgamento ultra petita. Equívoco do autor, que poderia simplesmente ter liquidado o título judicial, que não impede o aproveitamento dos atos processuais já realizados, uma vez que a sentença restringiu-se a fixar a reparação indenizatória. Ausência de prejuízo a qualquer das partes. Preliminares rejeitadas. Dever de indenizar já reconhecido. Inteligência do no art. 5º, LXCV, da Constituição Federal. Jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores. Quantia arbitrada na sentença que se mostra adequada. Honorários advocatícios corretamente arbitrados em 10% do valor da causa. Alteração do modo de aplicação dos encargos legais sobre o valor principal da condenação. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE EM REEXAME NECESSÁRIO. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 28/03/2017 Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 23/05/2017

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal²⁰ decidiu que é dever do Estado indenizar em dinheiro os presos submetidos a condições degradantes em presídios, pois tem responsabilidade pelas pessoas que mantém ali presas, e que se se estão em condições mínimas de humanidade, devem ser indenizadas, inclusive por danos morais, sendo o precedente a que se menciona o caso, o Recurso Extraordinário 580.252 do Mato Grosso do Sul.

Fixada a tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema retributivo, manter em seus presídios as condições mínimas de humanidade previstas no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento".

Em contrapartida, os votos vencidos entenderam que a indenização não poderia se dar em dinheiro, e sim através da concessão de dias remidos, colocando-se em pauta um dia remido para cada três a sete em que o preso estivesse submetido a condições inadequadas, por

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580252. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivos/cms/noticia/NoticiaStfFasesn/RE580252_votoMCM.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.



não haver empecilho fiscal, por entenderem que a indenização pecuniária não funcionaria. Porém, a maioria entendeu que não pode o Supremo atuar como legislador positivo, tendo em vista não haver alteração do quadro que vive o condenado, pois ainda que houvesse a remição, continuaria vivendo em situação degradante.

Por estas razões, é possível haver a reunião entre indenizações a serem prestadas ao jurisdicionado que fica preso por erro judicial e que além disso teve que cumprir a pena injusta em situação degradante ou daquele que ficou preso de forma legal, porém, teve sua pena extrapolada em razão de falha na observância da execução penal, a fim de que seja garantida primordialmente a dignidade à pessoa humana.

3. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO MAGISTRADO EM CASOS DE PRISÃO INJUSTA E A APLICABILIDADE DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 143 DO NOVO CPC.

Inicialmente fez-se necessária a análise do dano causado pela desídia do magistrado, cumpre dizer que a reparação do dano se deve pela aplicação da responsabilidade objetiva do estado, cabendo, todavia, o direito à ação de regresso contra o julgador, conforme disposição do art. 37§ 6º da CR.

A Constituição Federal²¹ traz em seu texto algumas garantias inerentes ao desempenho da magistratura que se propõem à proteção da atividade desempenhada pelo magistrado, viabilizando sua atuação sem haja qualquer espécie de coação a sua independência. As garantias dos juízes devem permitir a pacificação de conflitos, intentando a promoção de justiça, no intuito de que não sejam subjugadas a vontade de qualquer dos outros poderes, sequer aplicação de sanção quando houver interesses de poderosos em discussão.

O art. 95 em seus incisos I e III, da CR²² estabelecem garantias aos juízes que geram em tese ao jurisdicionado a garantia de um julgamento imparcial, preciso e desvinculado de valores externos e vícios. Neste sentido, o desembargador Décio Antônio Erpen²³, sintetiza esta ideia ao afirmar que:

²¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

²³ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral e a desagregação social*. Disponível em: <http://www.leonil.gov.br/revista/lex/revista_virtual/bibliotecas/revista_1974/00031951>. Acesso em: 05 nov. 2017.



Todavia, a segurança jurídica do cidadão está na lei, e não na direção dos julgados, ou sentimentos dos Juízes, ou inclinações dos magistrados porque nem sempre elas são antecipadamente conhecidas. O magistrado deve ser o mediador entre a lei e o fato, e não a norma de conduta recôndita em seu íntimo. Do contrário geraria um estado de insegurança. A jurisdição tem como escopo a justiça, no caso concreto; a lei, objetiva outorgar a segurança, daí por que se profere que um Direito inseguro é um Direito eminentemente injusto.

Desse modo, pode-se dizer que a imunidade do magistrado de uma garantia que traduz a sua independência. Se assim não fosse, o magistrado não teria a oportunidade de exercer a jurisdição com ampla liberdade dos fatos, o que poderia gerar receio com o resultado da tomada de suas decisões e sua aplicabilidade.

De acordo com a processualística moderna, o juiz não é mero espectador de uma disputa entre litigantes. Além disso, o magistrado deve garantir a direção do processo, assegurar a igualdade de tratamento entre as partes, objetivando rápida e eficaz solução para o litígio, assegurando desta forma, a dignidade da justiça.

No que se refere a caracterização de dolo ou culpa do magistrado quando verificada a pessoal deste, leva-se a análise do dolo e da culpa no exercício de sua conduta.

O Código Civil²⁴ de 1916 já trazia em seu corpo a obrigação de reparar dano causado a outrem por ato ilícito. No código Civil de 2002, que vige até o momento, com a leitura dos seus arts. 186 e 927, pode-se dizer que a obrigação continua sendo reconhecida.²⁵

Todavia, numa análise aprofundada, o ato ilícito que fora praticado por magistrado no exercício da sua função jurisdicional, conforme o que determinava o art. 121, do Código de Processo Civil²⁶ de 1939 e o art. 133, do Código de Processo Civil de 1973²⁷, não foge da regra prevista no código vigente, o que em um primeiro momento se identifica como regulação legal reiterada.

O novo Código de Processo Civil²⁸, no seu art. 143, consolidou o que a jurisprudência havia sedimentado, tratando de forma clara que o juiz responderá regressivamente quando o ato advindo da atividade jurisdicional causar prejuízo ao jurisdicionado, devendo o poder público indenizar o ofendido em ação própria, qual seja, ação

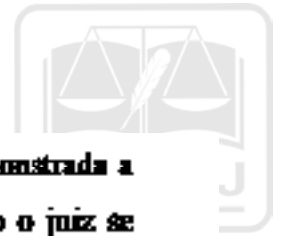
²⁴ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 05 nov. 2017.

²⁵ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html. Acesso em: 05 nov. 2017.

²⁶ Id. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11808.html. Acesso em: 05 nov. 2017.

²⁷ Id. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5809/imprensa.html. Acesso em: 05 nov. 2017.

²⁸ Id. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.html. Acesso em: 05 nov. 2017.



de regresso, nos casos em que houver dolo e fraude, ou ainda, quando ficar demonstrada a recusa manifesta a cumprimento de providência que tenha obrigação legal, tendo o juiz se omitido ou retardando de forma intencional a providência almejada, devendo o ato ficar solidificado e evidenciado.

Na prática, o prejudicado que estiver pleiteando seus direitos em processo judicial ao ajuizar a demanda contra o Estado, devido a responsabilidade objetiva que detém, e este, demandará em ação de regresso contra o magistrado que gerou o dano. Caberá ao prejudicado provar apenas a causa do dano gerado a ele, já o Estado terá o ônus de comprovar a conduta dolosa ou fraudulenta do magistrado, a fim de se obter o direito de regresso, o que não era necessário na redação do antigo Código de Processo Civil, visto que a responsabilidade do magistrado era direta quando causador de dano à parte.

Para José Carlos Zanfortin²⁹, o art. 143, do Código de Processo Civil³⁰ vigente criou injustificável privilégio aos magistrados, entendem que o legislador não observou que o novo texto viola lei de maior hierarquia, o art. 49, da Lei Complementar nº35/79 que é compatível com a Constituição Federal, sendo por ela recepcionada. Entende-se, portanto, que há inconstitucionalidade no texto do art. 143, da Lei nº13.015/15, pois se utilizou de quórum comum no intuito de ter a alteração de conteúdo à norma de quórum qualificado.

Apesar disso, ainda que se seja certo que o magistrado que age em contrariedade à suas funções, resulta em desacordo e se desvencilha das suas atividades, deixando assim de representar o Estado, por este último não pode agir com dolo ou fraude face ao jurisdicionado, não merece o argumento da inconstitucionalidade da nova redação dada ao art. 143 do Código de Processo Civil de 2015 prosperar.

Isto porque a Constituição Federal não afirma em nenhum momento que o dever de indenizar seja exclusivo, sendo válido o argumento de que o Estado seja responsável em regra, e que o magistrado possa ser acionado em ação de regresso. Desta forma, é evidente que o patrimônio do Estado em regra é maior que o do magistrado, o que facilita o ato de indenizar, não havendo que se falar em incompatibilidade entre dispositivo constitucional e lei federal.

²⁹ ZANFORTIN, José Carlos. *As contradições da visão do STF, juiz deve responder diretamente por ato ilícito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/jose-carlos-zanfortin-magistrado-diretamente-ato-ilicito>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

³⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.



O Estado juridicamente organizado submete-se a normas de direito e com o objetivo de alcançar sua finalidade, baseada no bem comum, exerce atividades distribuídas a órgãos distintos, evitando o autoritarismo e a concentração do poder estatal. Desta forma, entende-se que da atividade do agente público, pode decorrer a responsabilidade civil do Estado, podendo este ser civilmente responsável pelos danos causados por seus agentes a terceiros, cuja obrigação decorre de ato antijurídico que onera o cidadão que não pode se obrigar a suportar o prejuízo.

Ademais, a responsabilidade extrac contratual do Estado decorre de violação de obrigação legal e é prevista pela Constituição Federal que determina que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos deverão responder pelos danos causados por seus agentes, a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos que houver dolo ou culpa.

Cumprido dizer, que a teoria do risco administrativo é consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro e ainda fundamento para responsabilidade civil do Estado em face do dano causado a terceiros por seu agente, no exercício de suas atividades judiciais.

A doutrina avançou com relação à responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, todavia, as decisões dos Tribunais vêm passando por lentas transformações, vencendo o conservadorismo ao tratar do tema, de modo a reconhecer a responsabilização do Estado-juiz.

Evidencia-se que o exercício da função jurisdicional é a prestação de serviço público fundamental para a sociedade e o acesso à justiça constitui direito fundamental ao cidadão, caracterizado como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo assim considerado dever do Estado. Desse modo, podemos afirmar que a prestação jurisdicional deve ser eficiente, célere e adequada, podendo caber a responsabilização civil do Estado se a prestação for defeituosa, se caracterizada sua inerteza ou se houver erro judiciário.

Importante ressaltar, que a identificação do erro judiciário não é simplória, pois além de todos os requisitos ainda se torna necessária que esta seja contrária a lei ou aos fatos contidos no processo, pois o erro judiciário é a atividade danosa e equivocada que pode ser matéria civil ou penal, decorrente de *error in iudicando* ou *error in procedendo*, de erro de direito e/ou de fato, podendo ainda ser ocasionado por culpa, quando os fatos forem praticados de forma acidental ou intencional, por indução do juiz a erro ou ainda pelo surgimento de novos fatos que contrariem os elementos motivadores da decisão.



Cumpre-se afirmar que as prisões processuais podem ainda ocasionar dano passível de reparação pelo Estado; logo, se configurado dano decorrente de ato lícito, o preso que sofreu as consequências da ação promovida pelo agente do Estado será fundamentado na busca da verdade dos fatos e de um julgamento justo.

Contudo, vale ressaltar que a demora na prestação jurisdicional, sendo ela a denegação da justiça ou o serviço judiciário defeituoso, ou ainda, pela falha na fase de execução da pena, representa uma falibilidade do serviço público, que pode gerar danos ao jurisdicionado.

Este artigo afirma que o magistrado será responsável pela reparação do injusto prejuízo sofrido pelo condenado nos casos em que sobrevier defeito jurisdicional. A responsabilidade civil do juiz pela ação ou omissão que torne deficiente sua prestação jurisdicional encontra o seu fundamento na falha do serviço judiciário, nos termos do art. 37, § 6º, CR, que se consubstancia na teoria objetiva do risco administrativo, em decorrência do Estado tomar para si o monopólio da atividade judiciária, ou seja, o Estado assume os riscos inerentes ao seu exercício, de forma a ser plausível a condenação em reparação.

Por fim, entende-se pela constitucionalidade da nova redação do art. 143, do CPC, devendo este ser analisado com cautela a fim de que não interfira na independência funcional do juiz.

Confirma-se ainda que, as decisões dos Tribunais levam ao entendimento de que a responsabilização do Estado, seja por prisão injusta, seja por erro judicial, vem sendo reconhecida em alguns acórdãos.

Vale dizer que reconhecida a falha na prestação jurisdicional, poderá haver compatibilização com a decisão do Supremo que afirma gerar indenização de responsabilidade civil, podendo ser quantificado também o dano moral, quando a prisão ocorrer de forma degradante, tendo em vista a Constituição Federal não permitir prisões que desrespeitem a dignidade humana.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 nov. 2017.



BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/imprensa.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580522*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/Anexo/RE580252_votoMCM.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

DIAS, José de Aguiar apud GAZOTO, Luiz Wanderley. *Responsabilidade Estatal por Atras Jurisdicionais*. Brasília: Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. v. 60. 1999.

ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral e a desagregação social*. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual:bibliotecas:revista:1974;000351951>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

HENTZ, Luiz Antonio Soares apud STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. Ampl., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação 2004.71.08.006837-4/RS*. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpno.php?local=trf4&documento=2281806&hash=d08295cde370bcdf2dfedd107db66768>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0017657-12.2012.8.19.0007*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documentos/10136/31308/resp-civil-estado-prisao-ilegal.pdf?v=01>>. Acesso em: 05 nov. 2017.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0027209-82.2013.8.19.0001*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/resp-civil-estado-prison-ilegal.pdf?_v=01>. Acesso em: 05 nov. 2017.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. Ampl., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1038.

ZANFORLIN, José Carlos. *Do contrário da visão do STF, juiz deve responder diretamente por ato ilícito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-21/jose-carlos-zanforlin-magistrado-diretamente-ato-ilicito>>. Acesso em: 05 nov. 2017.



SISTEMA CARCERÁRIO: A SITUAÇÃO DA MULHER PRESA E A EDIÇÃO DO MARCO INFANTIL: UMA LUZ NA POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO FEMININO

Ana Caroline Bispo Fernandes da Silva

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a prisão feminina tem ganhado notoriedade no mundo em razão das suas especificidades, principalmente, no que diz respeito à maternidade. Com o crescimento do encarceramento de mulheres gestantes e/ou com filhos no Brasil, foram editadas regras para que as mesmas tenham acesso a medidas despenalizadoras. O objetivo central dessas medidas consiste em permitir que a figura materna acompanhe o crescimento de seu filho e apresente uma ressocialização mais efetiva. Diante desse quadro, o Brasil, por ser signatário de diversas convenções e regras internacionais baseadas nas regras de Bangkok, implantou reformas no ordenamento jurídico, sendo a mais importante a Lei nº 13.257/16, também conhecida por Marco Legal da Primeira Infância. Este trabalho aborda o histórico que levou a essa proteção e os princípios constitucionais que regem esta relação, analisa o perfil da mulher presa e o marco infantil, e, além disso, as medidas tomadas pelos diversos Poderes para cumprir a agenda de desencarceramento feminino.

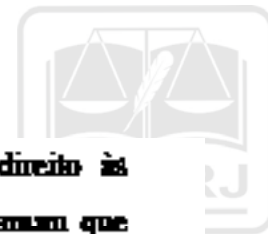
Palavras – chave – Sistema carcerário. Presa provisória. Marco Infantil. Direito da criança

Sumário – Introdução. 1. Contexto histórico e princípios constitucionais que protegem a maternidade: o elo entre a mãe e a criança 2. O perfil da mulher presa e o marco da primeira infância. 3. Os avanços nos poderes no contexto de desenvolvimento de soluções para o desencarceramento feminino. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a questão do crescimento da população carcerária feminina, suas especificidades e a ausência de tratamento digno no que diz respeito às mulheres, principalmente quando o assunto é a maternidade. Procura-se demonstrar que por reiteradas formas, os agentes estatais descumprem preceitos básicos no que diz respeito à individualização da pena, ou seja, ainda que o sistema carcerário tenha suas mazelas, elas são evidenciadas quando o assunto é prisão feminina.

Diante do exposto, é comum deparar-se com notícias em que mulheres são algemadas ou que mulheres financeiramente estáveis e bem-sucedidas conseguem obter o benefício enquanto mulheres pobres não. Ainda que o ordenamento jurídico, através de recente reforma realizada no Código de Processo Penal, com a edição da Lei nº 13.257/16, tenha alterado o artigo 318 e estendido o rol de hipóteses nas quais passa a admitir a



substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para acrescentar tal direito às mulheres gestantes e as que possuem filhos de até doze anos incompletos, é comum que mulheres tenham tal direito negado.

Ainda que a lei tenha procurado efetivar a dignidade da pessoa humana, o que se tem visto é a ausência de efetividade da mesma, ou seja, ainda que cumpria os requisitos legais, a prisão é mantida criando um verdadeiro estado de inconstitucionalidade, no qual a exceção que deveria ser a prisão se torna a regra.

Diante de tal quadro, a análise constata que no sistema penal a edição de uma lei benéfica aproveita ao agente devendo retroagir. No entanto, tal tema é controverso na doutrina e na jurisprudência, o que configura uma realidade muito distante, na qual um grande percentual de mulheres pobres não pode usufruir de tal benefício legal e junto delas têm-se inúmeros bebês e crianças sendo penalizados de diversas maneiras, ou seja, está institucionalizado o princípio de transcendência na pena, aquele que permite que a pena ultrapasse a pessoa que sofreu a condenação.

Para compreender melhor este tema, o primeiro capítulo tem por objetivo apresentar o contexto histórico que levou a proteção da maternidade bem como alguns princípios estabelecidos na Constituição que tutelam tal direito e a importância da sua implementação no cárcere.

Segue-se apontando a previsão legal que estabelece a prisão domiciliar para grávidas e para aquelas que comprovem que seu filho não possui outra pessoa para realizar o cuidado, além da possibilidade de retroatividade benéfica da lei e a perpetuação da inconstitucionalidade na manutenção dessas prisões.

No terceiro capítulo, é possível apontar a iniciativa dos poderes que atuam de forma conjunta ou não para tentar diminuir o encarceramento feminino, principalmente das mulheres grávidas ou com filhos para que as medidas aplicadas estejam alinhadas com a edição do marco infantil.

Em seguida, no último capítulo, analisar-se-á a atuação dos diversos Poderes e as medidas que podem ser tomadas para diminuir o encarceramento feminino bem como adoção de algumas medidas para que ocorra a ressocialização daquela mulher que tem papel fundamental na criação de seu filho.

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



1. CONTEXTO HISTÓRICO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE PROTEGEM A MATERNIDADE: O ELO ENTRE A MÃE E A CRIANÇA

Para que se possa compreender o tema em questão, é preciso um breve resumo a fim de se entender a positivação do direito à maternidade, bem como a proteção da criança na Constituição.

Com o final da 1ª Guerra Mundial, surge em 1919 a OIT (Organização Internacional do Trabalho), na qual o Brasil está entre um dos membros fundadores. Em sua primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada no ano de sua fundação, a OIT adotou seis convenções, uma delas, a de número 3 (três), que trata da “proteção à maternidade, aplicável à indústria e ao comércio, que prevê diversos direitos e garantias à mulher durante e após a gestação”¹.

O Brasil, por ser um dos fundadores, teve que adequar a sua realidade constitucional a tais premissas. Nesse contexto, surgem os primeiros direitos à proteção da maternidade no País. Diante desse quadro, algumas proteções foram inseridas timidamente na Constituição de 1934, mais especificamente o art. 121§3², que tinha como objeto a proteção à maternidade e a infância sem mencionar efetivamente o direito a amamentação. Nesse contexto, editou o decreto nº423 em 1935, promulgando a adesão aos projetos da Convenção relativos ao emprego de mulheres antes e depois do parto³.

O Código de Processo Penal foi promulgado em 1941, e, frente às transformações na sociedade, foi necessária a adoção de diversas reformas pontuais para buscar adequá-lo à nossa realidade. Diante desse novo quadro e da necessidade de realizar uma nova leitura baseada em princípios constitucionais, os poderes Executivo, Judiciário e Legislativo precisaram realizar alguns esforços para implementar algumas mudanças. Contudo, é necessário salientar que tal modificação é ainda tímida. É preciso levar em consideração o perfil da mulher presa. Em décadas anteriores as mulheres eram consideradas frágeis e, portanto, poucas eram presas.

A reclusão era de características mista, na qual homens e mulheres eram abrigados conjuntamente e, com relação a estas últimas, a prisão tinha como motivação o fato de não

¹Organização Internacional do Trabalho- OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/brazilia/convencoes/WCMS_234869/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.

²BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.

³Idem. Decreto nº423, de 12 de novembro de 1935. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1930-1939/decreto-423-12-novembro-1935-532092-publicacaooriginal-14076-pe.html>>. Acesso em: 01 out. 2017.



corresponder às expectativas que eram criadas com relação ao seu gênero, ou seja, eram internadas e taxadas como loucas aquelas que não cuidavam da família e seus filhos ou que exerciam atividades ligadas a prostituição dentre outros⁴. Com a mudança na orientação do modelo penitenciário que passa a assumir a função de punir, isolar e corrigir os apenados para que voltassem a conviver em sociedade é que começa a assurgir a preocupação com o encarceramento feminino.

Após a edição de diversas Constituições consagrando direito à maternidade de forma atrelada ao trabalho, a primeira Constituição a positivá-lo de forma expressa a proteção aos direitos fundamentais, sociais, à criança e à amamentação foi a Constituição da República Federativa Brasileira promulgada em 1987, na qual os direitos e garantias individuais foram alçados a um novo patamar, de modo que todos eles serão regidos por um princípio fundamental que norteia o nosso ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana, sem que aqui ocorra qualquer tipo de distinção entre idade ou gênero.

Ingo Wolfgang Sarlet⁵ define a dignidade da pessoa humana:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Diante dessa interpretação tem-se que a criança e a mãe são tuteladas por diversas formas de direitos, sejam eles fundamentais, sociais, dentre outros. No art. 5º, I da CRFB pode-se ver que as presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação⁶. A positivação deste artigo garante a presidiária e ao seu filho viverem a maternidade com condições adequadas para a parturiente e a criança.

Além deste dispositivo, há diversos outros que protegem a criança. O art. 227, da CRFB,⁷ estabelece ser um dever do Estado, da sociedade e da família inúmeros direitos que devem ser perseguidos e protegidos como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

⁴ GOMES, Carila de Magalhães. *Mulheres e prisão*. Blogueiras Feministas, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2013/02/mulheres-e-prisao/>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010, p.60.

⁶ BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2015.

⁷ *Ibidem*.



à dignidade, à liberdade e à convivência familiar. Partindo dessa premissa, tem-se o princípio da proteção integral como que norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente e principalmente como norte na implementação e efetivação de políticas públicas voltadas a essas pessoas. Sendo assim, não é cabível ao Estado e os demais setores ignorarem a situação de calamidade pública em que parturientes vivem com seus bebês, o caso de separação precoce que acarreta diversos prejuízos à criança e àquela mãe, bem como o seu crescimento afastado da sua referência materna.

Dentro deste contexto da evolução histórica e do reconhecimento por parte do poder constituinte originário de que as presidiárias têm como direito fundamental assegurado as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação, impõe-se uma análise das modificações legislativas e jurisprudenciais como o caso da prisão domiciliar, que assegura um ambiente mais saudável para que mãe e filho possam criar vínculos afetivos e seguros distante das muros e depósitos de pessoas que se tornaram as cadeias públicas. Esta foi uma das formas encontrada pelos agentes públicos para cumprir a vontade do poder constituinte originário no que diz respeito à efetivação da dignidade da pessoa humana em situações tão particulares como no caso da maternidade.

2. O PERFIL DA MULHER PRESA E O MARCO DA PRIMEIRA INFÂNCIA: A BUSCA DO RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE ATRAVÉS DE UM TRATAMENTO ADEQUADO

A questão carcerária feminina começou a ser estudada há pouco tempo. Os levantamentos mais recentes sobre a situação da mulher presa são da publicação de novembro de 2015 do INFOPEN⁶, cujos dados compreendem ao período de 2000 a 2014.

De acordo com este levantamento, o Brasil conta com uma população de 579.781 pessoas custodiadas, sendo 37.380 mulheres. Salienta-se ainda que a população masculina carcerária cresceu em 220 % enquanto que a população feminina aumentou de forma vertiginosa em 567,4%, sendo que 30% dessas mulheres estão presas aguardando julgamento, ou seja, presas provisórias⁷.

Ainda de acordo com o INFOPEN¹⁰:

as mulheres em submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são criminosas de

⁶ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN Mulheres. Junho de 2014.* Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.

⁷ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.



estratos sociais desfavorecidos economicamente e exercem atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. Em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição casajuzante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequena comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gestão do tráfico.

Uma das razões que explica este crescimento da população carcerária feminina é o aumento da participação das mulheres em crimes de tráfico, seja ele nacional ou internacional, no qual agem como mulas. Isso significa que um percentual significativo das mulheres que estão presas, sejam elas na forma preventiva ou condenadas, são cooptadas pelo tráfico e se submetem a tal situação diante da vulnerabilidade social e da necessidade de empreender o sustento familiar. Na maioria dos casos, essas mulheres são consideradas réis primárias, sem antecedentes criminais e cujas condutas estão relacionadas a crimes que não tem como forma direta o emprego da violência.

No que diz respeito à infraestrutura da unidade prisional feminina, nos casos específicos que envolvem a maternidade como local adequado para a gestante, berçário e creche, a situação piora. Ainda que a Constituição assegure local adequado à condição especial a estas mulheres, de acordo com o relatório: 49% das unidades não possuem celas adequadas à gestante, 48% das unidades não detêm berçário, enquanto que 76% dessas unidades não possuem creches¹¹.

A ONU observando o crescimento da população carcerária feminina e considerando as especificidades deste gênero, bem como a questão da maternidade no cárcere, e reconhecendo que uma parcela destas mulheres infratoras não representa risco à sociedade e, tal como ocorre com todos os infratores, seu encarceramento pode dificultar sua reinserção social¹², editou as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).¹³

Este conjunto de regras estabelece o tratamento adequado com medidas despenalizadoras e alternativas à prisão incluindo a prisão cautelar. Dentre essas medidas, destaca-se a regra nº 58¹⁴, onde se estabelece que mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/03/27fa43ca20998b65b43aa2cb3e0653c44.pdf>>. Acesso em 28 set. 2017.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.



laços familiares. Tal medida reconhece o papel da mulher e a sua importância perante a família principalmente nos casos daquelas que possuem filhos.

Diante deste avanço no quadro internacional, o Brasil sancionou em 2016 a Lei nº 13.257 que ficou mais conhecida como Marco Legal de Atenção à Primeira Infância. Tal lei alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, com destaque para a possibilidade de o magistrado aplicar a prisão domiciliar como medida substitutiva à prisão cautelar àquela gestante, bem como para mulheres com filho até 12 anos de idade incompletos, privilegiando assim o convívio da criança com sua genitora¹⁵.

Tal medida é de suma importância para amenizar a superlotação do sistema carcerário e permitir que essas mulheres possam conviver em locais adequados durante a gestação e que, após o parto, possam criar laços afetivos com seus filhos como determinado pelas regras de Bangkok.

Considerando esta orientação internacional e a promulgação do marco infantil, o STJ, no HC nº 351.494¹⁶, concede pela primeira vez a prisão domiciliar tendo como justificativa que :

é perceptível que a alteração e acréscimos feitos ao art. 318 do CPP encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º).¹⁷

Portanto, ao se considerar o vertiginoso encarceramento feminino e as especificidades do gênero, em especial a maternidade, é necessário repensar a prisão feminina de forma a aplicá-la ao marco infantil para buscar uma harmonização desses dispositivos que estão muito aquém da realidade, sendo necessário analisar o conjunto das medidas que podem vir ou que são adotadas por parte dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para uma maior concretização desses direitos.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 13.257/16. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/13257.htm>. Acesso em 27 set.2017.

¹⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC nº351.494. Relator: Ministro Rogério Schieti Cruz< http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Noticias/5ab%20de%20Noticias/Noticias/HC351494.pdf>. Acesso em 27 set.2017.

¹⁷ Ibidem.

3. OS AVANÇOS NOS PODERES NO CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO DE SOLUÇÕES PARA O DESENCARCERAMENTO FEMININO

Em que pese a adoção de tímidas convenções e microrreformas legais por parte do poder legislativo, fato é que a efetivação de melhorias está muito distante da realidade com relação ao poder executivo e ao judiciário.

Explica-se: ainda que a Convenção de Bangkok seja datada de 2010, a Constituição em 1988 já assegurava a preservação de direitos pantados principalmente na dignidade da pessoa humana, ou seja, independentemente da adoção de um pacto, há a necessidade dos poderes adequarem as suas decisões e formulação de políticas públicas com base em tal máxima.

Na seção dos direitos fundamentais, a Constituição assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; nenhuma pena passará da pessoa do condenado.¹⁶

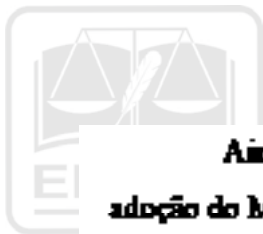
Apesar desses direitos incluídos no ordenamento, nos deparamos quase que diariamente com notícias, decisões judiciais ou denúncias de violações dos direitos humanos que insistem no descumprimento dos dispositivos constitucionais. Diante desses preceitos tem-se que a prisão, independentemente do gênero, deve ser a última medida, ou seja, a liberdade é a regra a ser cumprida, sempre que possível. Com base nesta premissa, há uma distorção ao serem considerados os dados apresentados pelo ITCC, pois que¹⁷:

a gravidade do cenário do encarceramento provisório: 40,1% de toda a população presa é composta por pessoas que ainda não tiveram qualquer julgamento, sendo que entre os homens essa porcentagem é levemente inferior à média nacional, de 39,08% ao preso que em relação às mulheres esse número sobe para 44,7%.

Com base na presunção de inocência e na individualização da pena, não há como aplicar penas e medidas cautelares preventivas sem levar em consideração o histórico de vida da presa, principalmente no que diz respeito ao seu papel familiar desempenhado. Justamente por isso há a necessidade da adoção de medidas com o objetivo de reduzir a prisão provisória de mulheres. Portanto, torna-se indispensável e fundamental o diálogo entre os poderes.

¹⁶ *Idem*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 out.2015.

¹⁷ INSTITUTO Terra, trabalho e cidadania – ITCC. Disponível em: http://itcc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso em: 14 out.2017.



Ainda de acordo com o relatório, com a implementação das Regras de Bangkok e a adoção do Marco legal de atenção a primeira infância pelo Poder Legislativo, tem-se:

um avanço no reconhecimento legal do impacto da prisão da mulher que é mãe para os filhos e dependentes, de modo a ser priorizada uma alternativa à prisão provisória nesses casos. Sobre isso, é importante observar que, sendo a prisão domiciliar um substitutivo da prisão preventiva, seu uso também deve ser excepcional, de tal forma que a regra na fase pré-processual segue sendo a liberdade.²⁰

A medida mais recente, adotada por este poder para assegurar a maternidade, é a Lei nº 13.434/2017, a qual acrescenta o parágrafo único ao art. 292, do CPP, que veda o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério.

Com relação ao Poder Executivo, existe a Portaria Interministerial nº210, de 2014, cujo objetivo é reformular as práticas do sistema prisional brasileiro com relação à mulher, um dos objetivos mais importantes²¹

é que ela estabeleça como metas da PNAME a criação e reformulação de bancos de dados em âmbito nacional e 17 estadual sobre encarceramento feminino, para que contemplem informações como a quantidade de mulheres gestantes, lactantes e parturientes, a quantidade e idade dos filhos em ambiente intra e extramuros, e a quantidade de mulheres que deixaram o sistema prisional por motivos de saúde de soltura, indulto, fuga, progressão de regime ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

O relatório tem por objetivo reforçar a necessidade da adoção de políticas diferenciadas no que diz respeito ao gênero, principalmente, nas especificidades que envolvem a prisão feminina e a maternidade. Diante desse quadro, são definidas diversas recomendações aos poderes no que diz respeito a redução da prisão provisória de mulheres.

No Poder Legislativo e Executivo são reconhecidos alguns avanços nesses aspectos, porém o Judiciário pouco progrediu neste ponto. Explica-se: Cabe ao Poder Judiciário realizar a análise da legalidade da prisão em flagrante e, diante das especificidades, aplicar a medida de manutenção da prisão provisória ou medidas diversas da prisão.

O primeiro contato do magistrado com a ré deve ocorrer com a audiência de custódia. De acordo com a definição estabelecida pelo CNJ²², a pessoa atuada e presa em flagrante delito deve ser apresentada perante um juiz para assegurar os direitos humanos e

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibidem*

²² BRASIL, CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 14 out.2017.

fundamentais da pessoa e o cumprimento dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

No entanto, de acordo com o relatório do ITCC:

o cenário, em especial relativo às mulheres, sugere que há bastante espaço para aperfeiçoamento das condições de custódia. Como narrado pelas entrevistadas e confirmado por alguns dados coletados, o fato de estarem grávidas, amamentando, ou terem filhas pequenas 212 não tem motivado os juízes a aplicarem corretamente a legislação prevista. Ao longo de todo o ano de 2015, conforme dados do TISP, de um total de 7715 decisões de conversão da prisão em flagrante em preventiva, apenas 4 foram pela concessão da prisão domiciliar.²⁹

O relatório não abrange ao período posterior a edição das mudanças legislativas trazidas pelo Marco Legal da Primeira Infância, mas estima-se com base em informações retroativas que:

A partir dos dados que foram preenchidos, das 287 mulheres incluídas ao menos 140 (48,8%) eram mães. Ainda, em média a idade dos filhos de 9 anos 34, o que significaria que, segundo recente alteração trazida pelo Marco Legal da Primeira Infância, a prisão preventiva poderia ser substituída por domiciliar. Além do alto número de mulheres presas que são mães, de acordo com o que pudemos observar nas entrevistas, é muito comum também que elas exerçam o papel de chefes de família, sendo as principais responsáveis pelos cuidados dos filhos e por vezes até de pais, irmãos, sobrinhos e netos. Muitas narrativas se referiram a esse papel de cuidado da família atribuído às mulheres.

Diversos autores, organizações relacionadas à criança e à mulher, bem como a Defensoria Pública, defendem que a reforma do art. 318, do CPP permite que todas aquelas mulheres que preencham os requisitos de forma objetiva possam fazer jus de medidas diversas da prisão, como a substituição pela prisão domiciliar. Alegam ainda que, no Direito Penal, a interpretação deve favorecer sempre a ré de modo que a norma penal benéfica deve retroagir. Com base nisso, defendem que todas as prisões que preencham tais condições sejam revistas. Além disso, quando o legislador menciona “poderá” na verdade deve ser lido como uma “obrigação”, ou seja, deve a medida ser aplicada a todas aquelas que preencherem os requisitos de forma objetiva.

Recentemente, ao conceder o HC nº 134.73424, o Ministro Celso de Mello do STF ressaltou que o artigo 318, do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras

²⁹ *Ibidem*.

²⁴ CONJUR, *Consultor Jurídico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-abr-05/celso-mello-autoriza-prisao-domiciliar-mae-pobre-bebe>>. Acesso em: 15 out.17.



de Bangkok. Esta alteração no CPP foi dada pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016).

O fato de ser mãe, por si só, não basta para a conversão da prisão preventiva em domiciliar, sendo preciso analisar a conduta e a personalidade da presa e, sobretudo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor. Todas as circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, de modo que, a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança.

Diante desta interpretação restritiva e das mudanças recentes, percebe-se um comportamento bem tímido por parte do Poder Judiciário. Tendo em vista que este é quem produz a decisão final, seja com relação à aplicação de medida cautelar diversa da prisão, bem como aplicação de medidas alternativas a prisão, urge a necessidade do debate com relação à adequação de medidas efetivas que possam atender ao desencarceramento feminino e ao Marco Legal da Primeira Infância.

CONCLUSÃO

Diante das informações apresentadas e discutidas, percebe-se que o encarceramento feminino cresce em números vertiginosos, apesar da Constituição ter elevado os direitos dessas mães no cárcere e da criança a uma categoria de direito fundamental. Preservar a essência da dignidade da pessoa a partir de tais direitos ainda é um desafio para os poderes.

Atualmente, o Poder Legislativo não consegue acompanhar as demandas e suprir os anseios desta pequena parcela da sociedade composta por essas mulheres e filhos que vivem o cárcere. Com base nas pesquisas, o crescimento do encarceramento feminino está associado a situações de extrema pobreza e ao fato de que a maior parte dessas mulheres não cometeram, em sua essência, crimes com extrema violência. Esses pontos em conjunto com a falta de políticas para sanar de maneira efetiva tal quadro só aumentam e segregam essa população carcerária.

O Poder Executivo também colabora com esse grave quadro no encarceramento feminino. De acordo com o relatório do DEPEN, tal poder deveria atuar buscando o desencarceramento e, quando este não fosse possível, a convivência deveria se dar em ambiente confortável e saudável para ambas as partes. Apesar dos pequenos avanços em relação a promulgação da Lei nº 13.257/16, que estabelece a prisão domiciliar, deve ser repensada a questão de o tráfico de drogas ser considerado crime hediondo, inclusive na sua modalidade privilegiada.

Tal medida poderia causar um impacto positivo na política de desencarceramento beneficiando muitas mulheres. É necessário repensar as formas de punição buscando a adoção de medidas despenalizadoras ao invés de enxergar a aplicação da pena no sentido retributivo, ou seja, quando o apenado comete um mal deve pagar preso. A prisão não deve ser vista como primeira medida nesses casos, outras ações como a adoção de políticas de ensino e o acesso à educação devem ser priorizadas para favorecer a ressocialização. É importante lembrar que a maior parte destas mulheres vão parar no cárcere por viverem em situações de extrema pobreza com seus filhos.

Com relação ao Poder Judiciário, a sua função precípua é analisar a legalidade dessas prisões, permitir um julgamento célere, aumentar as audiências de custódia, bem como analisar o conjunto probatório apresentado por aquela mulher, seja ela gestante ou com filhos até 12 anos incompletos, sem fazer nenhum tipo de distinção econômica para conceder tal benefício. Cabendo uma análise objetiva de preenchimento ou não dos requisitos. A edição da Lei nº 13.257, ao assegurar o marco da primeira infância, promoveu pequenas reformas no ordenamento jurídico e algumas modificações legislativas passaram a permitir a adoção da prisão domiciliar de inúmeras mulheres que compoem tal quadro.

Cabe ao Poder Judiciário efetivar essas mudanças através de decisões eficazes, ainda que o STF tenha feito a ressalva no HC nº 134.734 que a análise do caso concreto deve atender as especificidades, tem-se que a Constituição menciona que a lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu. Sendo assim, devem ser adotados critérios objetivos de revisão das penas, ou seja, basta que a mulher comprove que está gestante ou tenha filhos menores de 12 anos que dependam economicamente dela para ter direito ao benefício. Tal medida permite que esta mulher seja posta em prisão domiciliar e contribua para o desencarceramento.

Portanto, a questão do desencarceramento feminino e da maternidade, tanto no cárcere quanto fora dele, são pautas mundiais. Com a adoção de Convenções Internacionais, especialmente, as regras de Bangkok, que foram internalizadas pelo Brasil, houve a necessidade do diálogo entre os Poderes em âmbito interno para que a dignidade da pessoa humana bem como diversos direitos fundamentais não sejam vistos apenas como normas programáticas, na qual são meros ideais a serem perseguidos. Não se trata mais de adotar diretrizes, mas tomar cada vez mais eficaz as ações que visam atender as especificidades desse grupo, buscando proteger essa parcela da sociedade já tão vulnerável.

Diante dessas questões, é imprescindível que sejam feitos investimentos em educação, cursos profissionalizantes e sejam ofertadas vagas de trabalho para essas mulheres



em prisão domiciliar. Para aquelas que não podem ser beneficiadas com tal medida, devem ser proporcionadas boas condições de saúde e higiene para que possam conviver e exercer a maternidade no cárcere de forma digna, como estabelecido nas convenções internacionais e no marco legal da primeira infância. Com isso, evita-se o aumento do encarceramento e quiçá diminua os números tão alarmantes, o qual, nos moldes atuais, produz efeitos deletérios sobre as mulheres e seus filhos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *CNU*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>> acesso em 14 out.2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*. Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. <http://www.cnj.jus.br/files/contudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf> acesso em 28 set.2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: < “ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm acesso em 01/10/2017>

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01.out.2015.

_____. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN Mulheres*. Junho de 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 28 set. 2017.

_____. *Lei nº13.257/16*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm> acesso em 27 set.2017.

_____. *Lei nº13.434/17*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13434-12-abril-2017-784610-publicacaooriginal-152355-pl.html> acesso em 14 out.2017

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº351.494*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Noticias/Sala%20de%20Noticias/Noticias/HC351494.pdf> Acesso em 27 set.2017.

GOMES, Camila de Magalhães. *Mulheres e prisão. Blogueiras Feministas*, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2013/02/mulheres-e-prisao/>>. Acesso em: 22 abr.2015.



INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA – ITTC. Disponível em: <http://ittc.org.br/wpcontent/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf> Acesso em: 14 out.2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). C003 - *Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade)*. Disponível: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm>, acesso em 01/10/2017.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Interesse da criança. Celso de Mello autoriza prisão domiciliar a mãe pobre com filha de um ano.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-05/celso-mello-autoriza-prisao-domiciliar-mae-pobre-bebe>>. Acesso em: 15 out.17.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia das direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010.



O CONFLITO NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR ANÔNIMO, O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO DOS PAIS DE FORMAR UMA ENTIDADE FAMILIAR: O DESEJO DE SE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA DEVE SUPLANTAR OS INTERESSES DO CONCEBIDO?

Andressa Vidal de Figueiredo Fortes

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela FMBR.

Resumo – Neste trabalho, será tratada a questão dos problemas que a reprodução assistida heteróloga ocasiona, posto que envolve três direitos fundamentais: o direito à intimidade do doador do material genético, o direito à liberdade de se constituir família e o direito da criança ao conhecimento de sua origem genética, visto ser um elemento que compõe o direito da personalidade. Será ressaltado, ainda, o problema da ausência de uma legislação específica sobre o tema, sendo regulado exclusivamente por resoluções do Conselho Federal de Medicina, que são alteradas constantemente, fato que gera insegurança jurídica. Assim, mostrar-se-á a necessidade de ser feita uma ponderação entre os princípios fundamentais envolvidos.

Palavras-chave – Direito de Família. Filiação. Doador anônimo de sêmen. Direito à Identidade genética.

Sumário – Introdução. 1. O direito ao planejamento familiar, ao anonimato do doador de gametas e à identidade genética da criança. 2. A busca pela origem genética como uma das formas de realização do direito da personalidade. 3. A necessidade da ponderação dos direitos fundamentais envolvidos na reprodução heteróloga e o problema da falta de legislação específica para disciplinar a matéria. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática da reprodução assistida heteróloga e o conflito entre os direitos fundamentais dos envolvidos nesse tipo de procedimento, ou seja, os direitos de constituir família, o do anonimato do doador de material genético e o da criança de saber a sua identidade genética.

No Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que conferiu especial proteção a todo tipo familiar, o conceito de família passou por diversas mudanças. Houve um abandono da base patriarcal, constituída por pessoas de sexes diferentes e formada apenas por filhos "legítimos", que era a antiga denominação para aqueles havidos na constância de casamento entre homem e mulher.

Portanto, atualmente o que caracteriza a noção entre duas ou mais pessoas como família é muito mais do que as formalidades exigidas no passado, como o casamento. A visão mais moderna sobre o que é uma entidade familiar é encarada sob a ótica da afetividade. Assim, não há mais apenas um conceito de família, porquanto existem diversas configurações familiares, fato que deixa completamente de lado os padrões do passado.

Dessa forma, para ser família e gozar da devida proteção conferida pelo atual ordenamento jurídico pátrio, não é mais preciso que ela seja constituída por homem e mulher casados e com filhos havidos na constância do casamento, basta haver nos vínculos afetivo entre as pessoas e a vontade de ser uma unidade familiar.

Assim, cada um é livre para constituir sua própria família da maneira que entender mais conveniente, com base apenas no critério da afetividade e na vontade de formar um vínculo familiar.

A discussão está justamente instalada nessa liberdade de constituir família da maneira que for mais conveniente porque, sob a justificativa do sonho de formar uma entidade familiar, um casal ou até mesmo uma pessoa solteira pode recorrer aos meios modernos da medicina, como é o caso da inseminação heteróloga.

O problema reside no fato de que, nesse tipo de inseminação, não é permitida a revelação da identidade do doador de sêmen, fato que entra em conflito com o direito fundamental da criança de saber a sua identidade genética. Isso nos remete a diversas questões, dentre as quais algumas serão tratadas nos capítulos deste trabalho.

No primeiro capítulo, o foco será no seguinte questionamento: até que ponto o direito ao anonimato do doador deve ser preservado, tendo em vista que isso implica na ofensa do direito da criança à identidade genética? Dessa forma, cada direito fundamental colidente será explicitado e confrontado.

No segundo capítulo serão postas as seguintes perguntas: o desejo de se constituir família deve ser realizado a qualquer custo, a ponto de colocar em risco os interesses da criança? Não estariam os futuros pais, e até mesmo as poucas regras existentes sobre o assunto, mais interessados em seus interesses e deixando de lado quem mais deveria ser protegida em toda essa relação, ou seja, a criança? O objetivo será mostrar que o anonimato da doação de sêmen acarreta diversas consequências negativas para os envolvidos e até mesmo para terceiros, principalmente para a criança, que estará privada do conhecimento da sua ascendência genética.



No terceiro capítulo, o problema suscitado é o status do direito brasileiro em relação ao procedimento da reprodução heteróloga e a proibição de essa matéria ser tratada somente por meio de resolução do Conselho Federal de Medicina. Além disso, é levantada a necessidade da ponderação dos interesses envolvidos, uma vez que se tratam de direitos fundamentais.

Para tanto, posições doutrinárias serão abordadas a respeito do tema, de modo a conseguir discuti-lo, fazendo uma ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos e valorizando o melhor interesse da criança. Tudo isso por meio do método hipotético-dedutivo, no qual serão deduzidas hipóteses em que a inseminação heteróloga poderá causar constrangimentos à sociedade, além de ofender os direitos fundamentais da criança. Para que esse objetivo seja alcançado, será utilizada bibliografia pertinente à temática abordada, que serão doutrina e legislação.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR, AO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS E À IDENTIDADE GÊNICA DA CRIANÇA

O direito fundamental ao planejamento familiar é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil de 1988, explícito no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88.

Não há como estabelecer um conceito detalhado do que seja dignidade da pessoa humana e, tampouco, elencar todos os direitos fundamentais decorrentes desse princípio, sendo, portanto, uma cláusula geral do ordenamento jurídico, que visa a promover o bem-estar do ser humano.

Com o advento da Constituição de 1988, a pessoa humana passou a ser o ponto principal da tutela do Estado e, dessa forma, ela não seria mais apenas um meio integrante da sociedade, agindo em prol desta, mas sim, um fim em si mesmo, dotada de deveres e direitos indispensáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Com essa mudança do paradigma, as atividades estatais, atualmente, devem estar direcionadas para atender às pessoas, com a finalidade de garantir a sua dignidade. Assim, para Faria¹:

¹ FARIA, Roberta Elzy Simiqueti. A Autonomia da Vontade e Autonomia: Uma Distinção Necessária. In: FILIZA, César; SÁ, Maria de Fátima Figueira de; NAVES, Bruno Turquesato de Oliveira. *Dirigido Civil Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 64.

(...)o Direito volta-se, hoje, para a valorização da pessoa como centro do ordenamento jurídico, devendo o Estado garantir ao ser humano as condições necessárias para o exercício desse poder de autodeterminação, como, por exemplo, as condições materiais mínimas de existência, sem as quais torna-se inviável o exercício da liberdade entendida em seu sentido positivo.

Dessa forma, do princípio da dignidade da pessoa humana surgem vários outros de natureza fundamental, defendidos pelo ordenamento jurídico, e um deles é a liberdade, que está consagrada no artigo 5º da CRFB, mas não em tal extensivo.

A liberdade se manifesta por diversas formas, gerando vários outros direitos e, dentre eles, está a autodeterminação, que é a possibilidade de a pessoa estabelecer os rumos de sua própria vida. Um desses rumos é o livre planejamento familiar. Dessa forma, o indivíduo pode constituir sua família da maneira que achar mais conveniente, para assim atingir sua realização pessoal.

O referido direito está expresso em âmbito constitucional, no artigo 226, parágrafo 7º da CRFB/88, no qual é afirmado que o planejamento familiar, fundado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, é de livre decisão do casal, sendo vedado ao Estado qualquer forma coercitiva, cabendo a ele apenas propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Importante ressaltar que a referida norma constitucional foi repetida na esfera infraconstitucional, no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, §2º.

Desse modo, nem o Estado e, tampouco, qualquer outra pessoa poderá se imiscuir no âmbito da autonomia da vontade e, conseqüentemente, na escolha do indivíduo na forma que vai conduzir a sua vida familiar.

Assim, a autonomia privada pode ser encarada como a liberdade existente no ordenamento jurídico que o indivíduo dispõe para realizar seus projetos de vida e, assim, conseguir alcançar sua busca pela felicidade, que também é um princípio implícito na Constituição de 1988. Dessa forma, Taisa Maria Macena de Lima² afirma:

O princípio da autonomia privada justifica a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia privada assume novas dimensões, como a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental, etc), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para paternidade apenas biológica, a união homoafetiva, entre outros.

² LIMA apud *Ibidem*, p. 63.



No entanto, por diversas razões, nem todos casais ou até mesmo pessoas solteiras, não conseguem procriar por métodos naturais. Assim, utilizam-se das modernas técnicas de reprodução que a medicina oferece. Uma delas é a inseminação artificial heteróloga.

Neste trabalho, a discussão se funda nas polêmicas que essa técnica de reprodução suscita e, portanto, nos atrevemos a ela. Assim, de acordo com Fernandes:³

Por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga "a *matre*", quando o gameta doador for o feminino, "a *patre*", quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

Quem doa o material genético para esse tipo de reprodução tem o direito ao sigilo de suas informações genéticas e de sua identidade, ou seja, direito ao anonimato quanto à doação de gametas, fundamentado no Princípio da Inviolabilidade da Intimidade, previsto na CRFB/88 em seu art. 5º, X.

No entanto, mesmo que o doador ou os pais socioafetivos da criança queiram que as identidades dos envolvidos nesse processo de reprodução sejam reveladas, isso não é possível, tendo em vista a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, pois esta afirma ser obrigatório o sigilo do doador e do receptor:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- (...)
- 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Essa vedação gera a discussão deste trabalho, tendo em vista o conflito dos direitos fundamentais envolvidos.

Segundo Lafar⁴, o direito à intimidade reflete o direito conferido a toda pessoa de "excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada".

³ FERNANDES, Tyrcho Brato. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p.58.

⁴ LAFAR, Celso. *A Escrupulosidade dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 239-240.

Assim, de acordo com esse entendimento, caberia somente ao doador a escolha pela disposição dos seus gametas sem que ninguém precisasse saber disso, pois se trata de um assunto ligado à esfera de sua liberdade e de sua intimidade, direito fundamental garantido no artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, o indivíduo deve ter garantido o seu direito de dispor de substâncias de seu corpo, sem que outra pessoa possa se intrometer em sua intimidade.

Além disso, o sigilo se faz importante para evitar possíveis demandas alimentícias ou de filiação contra o doador, que não tem a intenção de assumir o produto da inseminação heteróloga como filho e, muito menos, ter incumbências econômicas em decorrência disso, sendo, portanto, meramente um ato de generosidade.

Por sua vez, a criança, produto dessa técnica de reprodução, também tem direitos fundamentais formadores de sua personalidade, que devem ser protegidos. Um dos desdobramentos dessa personalidade é o conhecimento da identidade genética.

O direito ao conhecimento da identidade genética não está disciplinado explicitamente na Constituição Federal de 1988 e, tampouco, em leis infraconstitucionais. No entanto, é evidente que ele decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, pois é um dos atributos inerentes a ela.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira⁵:

Saber de onde vem, conhecer a progenitura proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raças, etnia) socioculturais, saber quem nos deu a nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano, na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação [...].

(...)

Deflagra-se o biológico como o primeiro fator a compor a pessoa humana, que carrega consigo o dado correspondente à herança genética. Portanto, ele é inegável na composição de sua ontologia. O direito ao conhecimento da origem genética, que ora denominamos de fundamental, traz consigo a revelação da memória genética, que pode coincidir – ou não – com a memória familiar, componente indelével da historicidade pessoal.⁶

Como pertencente ao direito da personalidade, a identidade genética é permeada pelo melhor interesse da criança. Saber a origem genética, além de outros benefícios, contribui para proteção da saúde, visto ser de suma importância que o indivíduo saiba o

⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biogenética*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 64

⁶ *Ibidem*, p. 64-65.



histórico de saúde dos seus parentes biológicos próximos para poder evitar possíveis doenças genéticas, contribuindo, assim, para uma vida digna e saudável.

No panorama aqui apresentado, percebemos que há uma nítida colisão entre os direitos fundamentais dos envolvidos no processo de inseminação artificial heteróloga, sendo necessário, portanto, a ponderação desses interesses.

2. A BUSCA PELA ORIGEM GENÉTICA COMO UMA DAS FORMAS DE REALIZAÇÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE

É inegável que a família dos dias atuais já não tem mais os mesmos contornos que outrora, podendo-se falar em direito das famílias e não direito da família. Hoje, o que caracteriza a união de duas ou mais pessoas para formar uma família, é muito mais a afetividade do que as formalidades exigidas no passado.

Dessa forma, houve o abandono da base patriarcal, constituída por pessoas de sexo diferente e formada apenas por filhos "legítimos", antiga denominação para a prole havida na constância do casamento, com material genético do marido e da mulher. Assim, no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de família passou por diversas mudanças. De acordo com Dias⁷:

As relações familiares são as mais sujeitas a mutações, pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade. O gradual afastamento da sociedade da moral judaico-cristã rompeu o modelo conservador da família, que dispunha de um perfil patriarcal, hierarquizado, patrimonial, matrimonializado e heterossexual. A revolução feminista, bem como o surgimento dos métodos contraceptivos e de reprodução assistida, produziu profundas alterações na estrutura familiar. O desafio foi abandonar o tradicional conceito de família, identificado exclusivamente com o casamento, e encontrar novos referenciais, para albergar as organizações que se formaram fora do laço da oficialidade. O comprometimento mútuo decorrente de um elo de afetividade levou a doutrina a chamar de família a multiplicidade de vínculos que se identificam pelo afeto.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a Justiça!:* as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 12-13.

Na visão de Matos⁸, "a nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida".

É preciso frisar que não foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a mudança da sua concepção ocorreu, ou seja, o constituinte de 1988 não criou um novo conceito. Ele apenas positivou o que já existia no mundo das fatos, fazendo com que todo tipo de família ficasse protegido.

Portanto, para ser família e ter a devida proteção pelo ordenamento jurídico, não é mais necessário que ela seja constituída por homem e mulher, casados e com filhos havidos na constância dessa união. Basta que haja um vínculo afetivo entre as pessoas e a vontade de ser uma unidade familiar. Dessa forma, cada um é livre para construir sua família da maneira que achar mais conveniente, com base apenas no critério da afetividade.

Na reprodução assistida heteróloga, a vontade de constituir família afeta os direitos do próprio filho que, desde a sua concepção, tem uma parte do seu direito da personalidade tolhido, uma vez que será privado de saber quem foi o doador do seu material genético, tendo em vista que a Resolução nº 2.121/ 2015 do Conselho Federal de Medicina veda a possibilidade de conhecimento do doador, visto que assegura o seu anonimato:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

(-)

2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

(-)

4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por solicitação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, respeitando-se a identidade civil do (a) doador(a).

Essa violação ao direito da personalidade do fruto da reprodução heteróloga é criada deliberadamente pelo seu genitor, uma vez que os próprios pais já estariam colocando a criança em uma condição de privação de um direito fundamental, que seria o conhecimento da sua origem genética, fato que afeta diretamente a sua dignidade humana.

⁸ MATOS, Ana Carla Horowitz. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.29.



Além disso, estar-se-ia contrariando outro pilar do ordenamento jurídico pátrio, que é o melhor interesse da criança, uma vez que ela não estaria usufruindo dos seus direitos fundamentais de maneira plena, visto que estaria tendo seu direito à personalidade desenvolvido de maneira deficiente.

Desse forma, os pais, mais preocupados em satisfazer um desejo pessoal de gerarem uma vida, esquecem que poderão estar negando o exercício pleno do direito da personalidade do próprio filho e não levam em consideração de que o que está em jogo, na verdade, é o melhor interesse da criança e não o dos pais.

A Resolução nº 2.121/2015 do CFM, que trata do assunto, também parece estar mais preocupada com a intimidade do doador do que com o fruto da inseminação, que deveria estar no centro das preocupações e dos direitos tutelados.

A atual Constituição consagra e coloca no centro de todos os objetivos do Estado a Pessoa Humana, e os direitos da personalidade se destinam a realizar a pessoa enquanto ser humano, a conferir individualidade e identidade a ela.

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana só será exercida plenamente quando o ser humano tiver satisfeito o seu direito à personalidade, que possui como desdobramento o direito a conhecer a origem genética. Isso permite que o indivíduo possa ter um autoconhecimento mais profundo, se não for assim, ele não terá plena ciência de quem é, uma vez que não terá explicações para suas características físicas e psicológicas, decorrentes de herança genética.

Importante destacar que os direitos da personalidade não estão restritos apenas àquelas previstas expressamente em lei e já são inerentes ao indivíduo no momento em que ele nasce. Dessa forma, não há ser humano sem direito à vida, à liberdade, ao nome, à identidade e à integridade física e moral. Sob essa perspectiva, não se poderia negar o acesso à origem genética de uma pessoa, pois esse direito já teria nascido com ela, visto estar diretamente relacionado à composição da sua identidade.

O respeito aos direitos da personalidade é essencial para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada, uma vez que eles são atributos inatos ao indivíduo e integram a pessoa humana, podendo estar ou não disciplinados expressamente no ordenamento jurídico.

Portanto, o conhecimento da origem genética está diretamente relacionado ao direito da personalidade e, segundo Hammerschmidt⁹: "o estudo sobre o genoma humano

⁹ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética e Direitos de Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 19.

e a consequente revelação do mapa genético do novo espécime constituirá um novo marco de referência para o estudo e a própria tutela dos direitos da personalidade”.

A origem genética é integrante do direito da personalidade e, de acordo com Ana Claudia Brondão¹⁰:

Consiste em saber sua origem, sua ascendência, seus raízes, de entender seus traços (aptidões, ocupações, raça, etnia) socioculturais, conhecer a herança genético-cultural básica. Conhecer sua ascendência é uma essência natural do homem, que busca saber, por suas origens, suas justificativas e suas possíveis destino. Não há como seguir o direito a conhecer a verdade biológica, pela importância enquanto direito de personalidade.

(—)

Ná maioria das vezes, pretende-se ter acesso à origem genética por questões psicológicas, pela necessidade de se conhecer. Em certos casos concretos, o fato de não se saber de onde veio, do ponto de vista biológico, pode comprometer a integração psíquica da pessoa¹¹.

Portanto, dar possibilidade de o filho conhecer a verdadeira origem genética é fazer com que ele possa exercer plenamente o direito da personalidade, porque ele terá a oportunidade de buscar nos pais biológicos as explicações para suas dúvidas a respeito de si próprio, que somente são possíveis se não usadas se a pessoa tiver conhecimentos de seus antecedentes consanguíneos.

Assim, o ser humano poderá entender melhor suas características hereditárias, temperamentais, dentre vários outros benefícios. De acordo com Wanessa Alvim Bigonha Alvim¹²:

Conhecer a paternidade biológica também significa a valorização do próprio homem. Impedir o apuramento da verdade genética constitui agressão ao filho pois que se expõe constantemente ao seu direito de personalidade e identidade.

Enfim, a verdadeira e efetiva proteção dos direitos humanos, objetivo de toda a ordem sócio-jurídica, só se cumpre com o respeito do direito da criança e do adolescente em conhecer sua paternidade biológica, que engloba não somente a sua origem genética, mas, representa a possibilidade de construção de laços de afetividade, pela regular da relação paterno-filial.

Dessa forma, não há como a Resolução nº 2.121/1015 proteger mais o anonimato do doador em detrimento do conhecimento da origem genética, uma vez que esta é um dos desdobramentos do direito da personalidade e sem o qual, a dignidade da pessoa humana é profundamente abalada.

¹⁰ FERAZ, Ana Cláudia Brondão de Barros Curcio. *Representação humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 133.

¹¹ *Ibidem*, p.134.

¹² ALVIM, Wanessa Alvim Bigonha. O Judiciário como efetivação do direito ao conhecimento da filiação biológica. In: BASTOS, Eliete Ferreira. LUIZ, Antônio Fernandes da. *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey. IJDEFAM, 2006. p. 369.

3. A NECESSIDADE DA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E O PROBLEMA DA FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA DISCIPLINAR A MATÉRIA

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao conhecimento da origem genética, ao planejamento familiar e à intimidade estão no mesmo patamar, ou seja, possuem a qualidade de direitos fundamentais. Por essa razão, gozam da mesma proteção jurídica. No entanto, quando se trata de reprodução assistida heteróloga, eles entram em colisão.

Como são direitos fundamentais, os critérios de resolução de conflitos das normas infraconstitucionais, como o método da especialidade, o da hierarquia e o do silogismo, não são próprios para a solução dos embates entre os princípios constitucionais. Dessa forma, segundo Barroso¹⁸:

A colisão entre princípios constitucionais decorre (...) do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento jurídico e compromissório que é a Constituição (...) Não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.

Direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites, e, por serem geralmente entendidos como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. O limite dos direitos fundamentais, quando não estiver diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional.

Assim, é preciso que, diante dos problemas apresentados na reprodução assistida heteróloga, seja feita uma ponderação de interesses, técnica interpretativa apropriada para a resolução de colisões entre os princípios constitucionais:¹⁹

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão em aplicação do direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior - a norma - incide sobre a premissa menor - os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. (...). Esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.

Na ponderação, há a subordinação de qual norma, no caso concreto, deve prevalecer sobre a outra sem, no entanto, suprimi-la por completo. O princípio preponderante apenas

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355-356.

¹⁹ *Ibidem*, p. 357.

irá prevalecer no caso concreto em particular, mas não vai deixar de existir no mundo jurídico. Assim:¹³

Será preciso ainda decidir qual interesse em grupo de normas- e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fim confirmar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Dessa forma, no caso da reprodução assistida heteróloga, devem ser sopesados os direitos fundamentais envolvidos. E, para a ponderação desses direitos fundamentais, é preciso ter como base o princípio norteador de todo o sistema jurídico, que é a dignidade da pessoa humana. Assim, deve prevalecer a norma que mais realize o mencionado princípio, utilizando-se a razoabilidade e a proporcionalidade.

No caso em questão, o direito ao conhecimento da origem genética é o que possui uma maior carga de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que trata da vida do ser humano e da sua identidade. Dessa forma, na ponderação de interesses, é muito mais importante o direito à vida do que o direito à intimidade ou ao à liberdade de se constituir família, uma vez que estamos diante de uma situação de composição do ser humano, ou seja, da construção da sua identidade.

O grande avanço da ciência experimentado nos últimos anos afeta diretamente as relações sociais, modificando conceitos e paradigmas, gerando situações que não foram previstas no ordenamento jurídico, fato que ocasiona dificuldade em uma eventual resolução de conflitos, decorrente dessas novas tendências.

Outro problema latente na reprodução assistida heteróloga, é o status do direito brasileiro com relação a esse tipo de procedimento, uma vez que não há lei específica sobre o assunto. O ideal seria que houvesse um acatamento legislativo para normatizar a situação dos doadores, receptores e dos indivíduos, frutos dessa técnica.

O que há no quadro brasileiro são somente resoluções do Conselho Federal de Medicina e, atualmente, a resolução que rege a matéria em questão é a Resolução nº 2.121/2015 do CFM. Essa resolução limita nitidamente direitos previstos em normas superiores, ao vedar a possibilidade de conhecimento do doador do material genético.

Assim, o direito fundamental da personalidade, implícito na ordem constitucional, está sendo limitado por essa resolução, que é uma norma infralegal. Portanto, essa

¹³ *Ibidem*, p. 359.

limitações não seriam legítimas, uma vez que desrespeitam a hierarquia das normas, que rege o sistema jurídico brasileiro, como podemos perceber no seguinte trecho:

O Brasil possui um sistema normativo complexo que dispõe sobre o sistema da hierarquia das normas, consagrado no art. 59 da Constituição Federal de 1988. De acordo com a disposição determinada pelo mencionado artigo, as regras jurídicas seguem uma disposição de prevalência, de tal modo que as normas de hierarquia inferior não podem conflitar com as normas de hierarquia superior.²⁰

Por ser regulada exclusivamente por resoluções do Conselho Federal de Medicina e, conseqüentemente, não passando por todo o trâmite legislativo, a modificação dessa matéria se torna mais fácil do que se fosse tratada por lei, fato que gera insegurança jurídica para os envolvidos nesse tipo de procedimento.

No Código Civil Brasileiro de 2002, o único dispositivo que versa sobre a reprodução heteróloga é o art. 1.597. Portanto, é de se perceber a necessidade da modificação desse quadro de celeridade normativa.

Por conseguinte, é preciso haver a produção de normas que consigam abarcar as questões aqui levantadas, para que os conflitos que vierem a surgir possam ter um sólido arcabouço legislativo, podendo, assim, ser dirimidos com maior eficácia e segurança.

Além disso, pelo fato de não haver lei sobre o assunto, a busca pelo direito material, eventualmente lesado nesse tipo de relação, pode ficar prejudicada, uma vez que não há previsão de ações específicas para essas situações.

Por exemplo, não há uma normatização para prover uma ação adequada para o conhecimento da identidade genética, na hipótese de o indivíduo querer conhecer o doador do material genético, utilizado para o seu nascimento. Isso dificulta a busca pelo direito dos envolvidos nesse procedimento.

Diante desse cenário, conclui-se que a atividade legislativa brasileira precisa evoluir e atender à necessidade de se criar uma lei específica para o tratamento da matéria.

Dessa forma, o ordenamento jurídico, deve na medida do possível, acompanhar toda essa alteração comportamental, moral e ética, a fim de servir de base para os problemas que possam surgir.

²⁰MANIINSKI, Evandro; MANIINSKI, Geraldo. *Direito Civil: Parte Geral*. Porto Alegre: verbo eletrônica, 2012, p. 19.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi abordado o tema da inseminação artificial heteróloga, que é um tipo de reprodução assistida, no qual há um terceiro, atuando ao casal, que doa os gametas para a fecundação.

O referido procedimento de reprodução gera diversas polêmicas, porque envolve direitos fundamentais que colidem quando diante desse processo. Dessa forma, de um lado há, o direito à intimidade do doador, protegido por Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Assim, quando submetidos a esse método reprodutivo, os envolvidos não podem ter conhecimento da identidade um dos outros.

Há também o direito à liberdade de se constituir família da maneira que se entender mais conveniente, uma vez que a Constituição Federal protege a autodeterminação e todos os tipos de família.

Ainda existe o direito do principal afetado na reprodução heteróloga: a criança. Esta, com as vedações impostas pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, tem o seu direito à personalidade tolhido, posto que não pode usufruir de uma parte dele, ou seja, é vedado a ela o conhecimento à sua identidade genética, visto que a identidade do doador fica preservada, causando assim, um dano irreversível à sua formação completa como ser humano, porque há um default no conhecimento da sua própria origem biológica.

Chegar-se à conclusão de que, como o direito ao conhecimento da identidade genética se trata de um direito concernente diretamente à existência humana, é ele que deve prevalecer quando efetivamente discute da reprodução assistida heteróloga.

Além disso, ressaltou-se a dificuldade de se trabalhar com esse tipo de situação, devido à falta de lei específica sobre o tema. O que há, atualmente, são apenas resoluções do Conselho Federal de medicina, fato que gera insegurança jurídica com relação a todos os envolvidos nesse tipo de tratamento.

Assim, diante da ausência de um regulamento próprio da matéria e da magnitude dos direitos envolvidos, afirmou-se ser necessária uma ponderação entre eles, visto serem verdadeiros princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Wanessa Alpino Bigonha. O Judiciário como efetivação do direito ao conhecimento da filiação biológica. In: BASTOS, Elirio Ferreira; LIZ, Antônio Fernandes da. *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em : 09 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a Justiça!*: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIA, Roberta Elay Simioneli. A autonomia da vontade e autonomia: uma distinção necessária. In: PIUZA, César; SÁ, Maria de Pátima Friete de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Thyago Brabo. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão do Bairro Coimbra. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Jurua, 2011.

LAPER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Taisa Maria Macena de. 2004, p. 5, *apud* FARIA, Roberta Elay Simioneli. A autonomia da vontade e autonomia: uma distinção necessária. In: PIUZA, César; SÁ, Maria de Pátima Friete de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MANJINSKI, Evosten; MANJINSKI, Geraldo. *Direito Civil: parte geral*. Ponta Grossa: versão eletrônica: 2012.



MATOS, Ana Carla Haematink- *união entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Reis de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Anna Beatriz Batista dos Santos Pereira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduada em Ciências
Criminais e Segurança Pública pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente estudo tem por objetivo apresentar ao leitor as controvérsias acerca do instituto da condução coercitiva, com previsão legal no artigo 260 do Código de Processo Penal. Por carecer de regulamentação adequada, a norma deu origem a inúmeros questionamentos que a doutrina e a jurisprudência tentam elucidar. Aborda-se o atual cenário social, relacionando o referido instituto com a urgência no controle da criminalidade. No entanto, malgrado a necessidade de resposta à sociedade quando da prática de qualquer delito, é cediço que toda medida determinada no âmbito da persecução criminal deve guardar consonância com o texto constitucional vigente. Portanto, o cerne do presente artigo científico é a análise da condução coercitiva, a partir da obrigatoriedade de observância dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Palavras-chave – Condução coercitiva. Ampla defesa. Autodefesa. Direito à não autoincriminação. Interpretação à luz da Constituição Federal. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Sistemas processuais e aspectos controversos da condução coercitiva. 2. Desdobramentos da ampla defesa segundo a doutrina e a jurisprudência. 3. Interpretação do artigo 260 do código de processo penal à luz da Constituição Federal – Normas inquisitoriais x Princípios constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No atual cenário social, o controle da criminalidade e a luta contra a impunidade são duas questões de grande preocupação por parte do Estado. As medidas tomadas pelos setores de segurança pública são quase sempre inadequadas e ineficazes, o que acaba por transferir tal responsabilidade ao poder judiciário. Os juízos criminais, neste sentido, recebem uma demanda cada vez maior de ações e sofrem, da população, enorme pressão para que contenham a violência, em especial, por meio da prevenção geral negativa: a pena aplicada ao autor da infração deve funcionar como intimidação, apta a gerar na sociedade uma advertência acerca da existência do Direito Penal.

Dentro de um contexto punitivo-criminal, a polícia judiciária e os juízos criminais atuam de maneira conciliada com vistas à reunião de elementos que comprovem a materialidade e autoria de determinado delito. Logo, as autoridades judiciária e administrativa podem



determinar, de acordo com a lei, uma série de atos a serem cumpridos pelas pessoas envolvidas no processo ou no procedimento de investigação.

A condição coercitiva, com previsão legal no artigo 260 do Código de Processo Penal, é exemplo desses atos e considerada controversa, já que há patente necessidade de abordagem doutrinária específica e regulamentação legal apropriada.

Inicialmente, cumpre salientar que a doutrina pátria faz distinção entre o instituto da condição coercitiva como medida cautelar e da condução coercitiva como instrumento da prisão. O art. 260 do CPP se refere à primeira hipótese, quando há determinação, pela autoridade, de condução de pessoa contra a qual não existe mandado de prisão expedido. Trata-se, portanto, de condução como medida isolada. Na segunda hipótese, o ato é considerado como meio ou instrumento para a execução de qualquer das espécies de prisão processual (em flagrante, temporária ou preventiva). O presente estudo aborda apenas a primeira hipótese.

Como ponto de partida, é certo que quando realizada a condução coercitiva, o acusado ou investigado será privado de sua liberdade de locomoção pelo período de tempo necessário para ser levado à presença da autoridade judiciária ou administrativa e colaborar com ato processual ou de investigação policial no qual sua presença seja considerada imprescindível. Do ponto de vista legal, deve-se verificar a presença de três requisitos: (a) prova da materialidade com indícios de autoria, (b) estrita necessidade da presença física do acusado ou investigado e (c) falta injustificada à notificação para comparecer ao ato.

A relevância deste trabalho consiste na recente utilização desmedida da condução forçada, pelos agentes de polícia judiciária, em um contexto político no qual a população, incentivada pela mídia, anseia por verdadeiros espetáculos em torno do poder-dever punitivo estatal.

Nesse sentido, o primeiro capítulo versa sobre os sistemas processuais (inquisitivo e acusatório), a fim de associar suas práticas com a possibilidade de determinação da referida condição forçada do sujeito passivo da persecução penal. O segundo capítulo trata da autodefesa e do direito à não autoincriminação, consectários lógicos do princípio constitucional da ampla defesa. O terceiro capítulo apresenta ao leitor o aspecto central do estudo ao expor os resultados da interpretação da condução coercitiva à luz da Constituição Federal. Ao final, a conclusão apresenta os dados mais relevantes da pesquisa, além de propor uma solução viável para os problemas que foram enfrentados.

O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, apoiado em um viés teórico, que oferece as ferramentas necessárias ao alcance dos objetivos, uma vez que se preocupa em explicar as



razões da aplicação de determinada teoria a respeito de um fato ou fenômeno ao abordar os elementos que contribuem para sua formação.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS E ASPECTOS CONTROVERSOS DA CONDUÇÃO COERCITIVA

No âmbito da justiça criminal, a prestação jurisdicional se vale de duas fases: a fase policial e a fase judicial. Cada uma delas comporta seus atos específicos, prevalecendo na primeira a investigação, e na segunda a instrução probatória. Cumpre salientar ambas as fases devem seguir o procedimento estabelecido por lei, de forma que a sucessão de atos configure o exercício do poder-dever punitivo estatal, de um lado; e oportunidade de defesa do investigado/acusado, de outro.

Assim, fica estabelecido o conceito de Direito Processual Penal, que para Frederico Marques¹ "é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares".

Com vistas ao exercício da prestação jurisdicional em matéria penal, a justiça brasileira se vale de dois sistemas processuais que orientam sua prática. O sistema inquisitivo tem como característica central a concentração, na pessoa do juiz, das principais funções relativas ao processo penal: acusar, defender e julgar. Os procedimentos são escritos e secretos, nos quais se verifica a mitigação dos direitos e garantias individuais.

Segundo Távora e Alencar², "o discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos".

Por outro lado, o sistema acusatório delimita as principais funções processuais, estabelecendo que incumbe ao Ministério Público a instauração da ação penal (art. 129, I da CRFB/88) e ao juiz, o julgamento da causa. Dessa forma, as funções de acusar, defender e julgar ficam nas mãos de diferentes pessoas, garantindo-se, em regra, o contraditório e a ampla defesa.

¹ MARQUES apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivem, 2012, p. 34.

² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivem, 2012, p. 40.

O Código de Processo Penal Brasileiro, como é cediço, tem inspiração fascista, e as características do sistema inquisitivo estão em diversos dispositivos, cujas constitucionalidades são frequentemente questionadas. Nesse sentido, surgem as principais controvérsias acerca do instituto da condução coercitiva: o acusado ou indiciado poderia ser forçado a cooperar com a justiça, sujeitando-se aos interesses do Estado? Como se dá a aplicação do instituto em cada uma das fases policial e judicial?

Assevera Diogo Malan³ que o mandado de condução coercitiva é “ato por meio do qual a autoridade judiciária competente ordena que o acusado seja trazido à sua presença, pela força, se necessário”. Para o referido jurista, a condução coercitiva tem natureza jurídica de medida cautelar de coação pessoal.

É certo que o instituto foi elaborado para garantir que os fatos, sob análise da autoridade, sejam apurados com o maior número de elementos possível. O objetivo é evidente: na sentença condenatória, o magistrado deve fundamentar sua decisão, apresentando todos os elementos que se relacionam com a autoria e a materialidade do delito.

Quanto à análise da possibilidade de a condução ser determinada no âmbito do inquérito policial ou do processo, esclarece Renato Brasileiro de Lima⁴ que “o art. 260 do CPP faz referência apenas à autoridade. Não estabelece se se trata exclusivamente da autoridade judiciária ou se, na verdade, também abrange a autoridade policial”. O Supremo Tribunal Federal⁵, em precedente isolado, se manifestou sobre o tema para entender que também pode a autoridade policial determinar a condução coercitiva do investigado a fim de obter as informações que julgar necessárias. No entanto, o mencionado autor faz severas críticas à posição do Supremo, por entender que autorizar que a autoridade policial determine a condução seria “retroceder à concepção autoritária do acusado como objeto de prova”. Salienta ele que, pelo regramento legal, a determinação caberia apenas ao juiz da causa, eis que se trata de medida cautelar que restringe a locomoção, portanto, sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, na forma do art. 282, §2º do CPP.

A despeito de toda controvérsia legal sobre a aplicação da referida condução no âmbito do processo ou do inquérito penal, o estado democrático de direito, instituído pela CRFB/88 sintetizou novos paradigmas em relação às garantias conferidas ao acusado ou investigado. A principal delas foi a mudança na posição ocupada por estas pessoas, que passou a ser de sujeito

³ MALAN, Diogo. *Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal*. Boletim - 266 - Janeiro/2015 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Códigos de processo penal comentados*. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 722.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107644*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1520251>>. Acesso em: 11 out. 2017.



processual e não mais objeto, não sendo obrigadas, portanto, a produzirem provas contra si mesmas, conforme se verá adiante.

2. DESDOBRAMENTOS DA AMPLA DEFESA SEGUNDO A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

A situação da defesa em matéria criminal tem como principais instrumentos os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, definidos no art. 5º, inciso LV da CRFB/88. A Carta Magna garante que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assevera Nicolitt⁶ que:

o contraditório é a organização dialética do processo através de tese e antítese legitimadoras da síntese, é a afirmação e negação. Ou seja, os atos processuais se desenvolvem de forma bilateral (bilateralidade dos atos processuais), possibilitando às partes manifestar-se sobre cada ato do processo. O autor apresenta razões, o réu contrarrazões, uma parte produz uma prova, a outra pode apresentar contraprova e assim sucessivamente.

O princípio do contraditório é de suma importância para a legitimidade das decisões judiciais. No entanto, imprescindível para este estudo é a análise da ampla defesa.

De acordo com entendimento da doutrina pátria, o referido princípio se subdivide em defesa técnica e autodefesa, razão pela qual a Constituição o denomina de “ampla” defesa e não somente “defesa”. A defesa técnica, ainda para o professor Nicolitt⁷ “consiste na necessidade de intervenção de um profissional habilitado, ou seja, advogado ou defensor público”, enquanto a autodefesa:

reside na possibilidade de o próprio acusado defender-se independentemente de seu defensor, como ocorre notadamente no interrogatório – quando o acusado tem a possibilidade de dar sua versão dos fatos ao magistrado; na possibilidade de recurso do acusado mesmo quando o defensor não recorre (art. 577 do CPP), além do direito de estar presente ou ausente nos atos do processo.

A imprescindibilidade das duas espécies de defesa opera de modo diferente: enquanto a defesa técnica é sempre obrigatória, em atenção à paridade de armas no processo penal; a autodefesa, como indicado por Távora e Alencar⁸, “está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio”. Verifica-se que a doutrina

⁶ NICOLITT, op. cit. p. 39.

⁷ Ibid, p. 39.

⁸ TÁVORA, ALENCAR, op. cit. p. 60.



se manifesta de forma não unânime, ao indicar os direitos decorrentes da própria autodefesa. Para os autores anteriormente mencionados, por exemplo, ela se subdivide em duas subespécies. A primeira trata do direito de audiência, que é a oportunidade de influenciar a defesa da causa por meio do interrogatório. A segunda trata do direito de presença, que consiste na possibilidade de o réu se manifestar, em qualquer momento, sobre as provas produzidas. Para Luiz Flávio Gomes⁹, por outro lado, a autodefesa dá origem a outros diversos direitos, como o direito de ser ouvido e o direito a intérprete. Todavia, não há na doutrina desacordo em relação ao mais relevante deles: o direito à não autoincriminação.

A garantia da não autoincriminação ou *nono testar se delogare*, significa que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Sua origem remonta à Idade Média e às práticas da Inquisição ordenadas pela Igreja. Naquele contexto, a confissão era considerada a rainha das provas e passível de ser extraída de qualquer pessoa por meio da tortura. Considerando que o sistema era inquisitivo, o acusado era visto como mero objeto de prova e não sujeito de direitos. As evoluções sociais, contudo, impuseram alterações neste paradigma, e as práticas de tortura, ao menos de forma ostensiva, foram sendo abandonadas pelas autoridades.

Conforme acentua André de Carvalho Ramos¹⁰:

o direito de não ser obrigado a se auto-incriminar consiste na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado ou acusado em processo de caráter sancionatório (em geral, criminal) para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam agravar sua condenação. É, assim, o direito de todo investigado ou acusado à presunção, pois este não precisa provar sua inocência.

Entende, no mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes¹¹ que a referida garantia possui várias dimensões, tais como: “direito de não colaborar com as investigações ou com a instrução criminal, direito de declarar o inverídico sem que prejudique terceiros”, entre outras; sendo a mais relevante o direito ao silêncio.

Leccionam, complementarmente, Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner¹² que:

a autodefesa negativa reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indispensável, a autodefesa é renunciável. (...) A autodefesa positiva deve ser compreendida como direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <<https://lfj.jusbrasil.com.br/artigos/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-contenido-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em 08 out. 2017.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanchez; TAQUERIS, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

¹¹ GOMES, op. cit.

¹² LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 479.



acusações, reconhecimentos, etc. Em suma, praticar os atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.

Não será obrigatória, portanto, a manifestação pessoal do acusado ou investigado. Em verdade, há casos em que a melhor estratégia de defesa compreende sua fala, em nome próprio, mas há outros em que seus interesses estarão protegidos quando ele se mantiver em silêncio.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner¹³ observam que:

O direito de calar também estipula um novo dever para a autoridade policial ou judicial que realiza o interrogatório: o de abster-se de que não está obrigado a responder às perguntas que lhe foram feitas. Se calar constitui um direito do imputado, e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o correspondente dever do órgão estatal a que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional.

No mesmo sentido entendeu o STF¹⁴ ao decidir que “a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas”.

A possibilidade de o sujeito passivo de se manter calado, previsto no art. 5º, LXIII da Carta Magna passou, desta forma, a ser interpretada ampliativamente, assegurando, além do direito ao silêncio, o direito de não produzir prova contra si mesmo. O resultado consiste na limitação imposta ao Estado, que não poderá, em regra, exigir do investigado/rém cooperação para obter elementos favoráveis à acusação. É assim entende o STF¹⁵ em diversos julgados que ressaltam a necessidade de autorização do sujeito passivo para a realização do ato de interesse público.

É relevante apontar que, em certos casos, com base na garantia da não autoincriminação, a defesa técnica pode orientar o acusado ou investigado a sequer comparecer ao ato de interrogatório, em sede policial ou judicial.

¹³ LOPES JR.; GLOECKNER. *op. cit.* p. 485.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78706. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?x1=%20lc%20NUMERO%20+OU+lc%20ACMS%20%20base=baseAcordoes>>. Acesso em: 11 out. 2017.

¹⁵ São os entendimentos dos julgados: (a) Sem consentimento do réu ou prévia autorização judicial, é ilícita a prova, colhida de forma coercitiva pela polícia, de conversa travada pelo investigado com terceira pessoa em telefone celular, por meio do recurso “viva-voz”, que conduziu ao flagrante do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. STJ. 5ª Turma. REsp 1630097-RJ, Rel. Min. Ives Ramo, julgado em 18/4/2017 (Info 603). (b) O incidente de insanidade mental é prova pericial constituída em favor da defesa. Logo, não é possível determiná-lo compulsoriamente na hipótese em que a defesa se opõe à sua realização. STJ. 2ª Turma. HC 133.078/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 6/9/2016 (Info 838). (c) Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado. STF. 2ª Turma. RHC 122279/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/8/2014 (Info 754).



Não obstante, conforme se verificou anteriormente, o Código de Processo Penal ainda prevê a possibilidade de o sujeito passivo em matéria criminal ser levado à presença da autoridade, contra sua vontade, ou seja, conduzido coercitivamente.

Ante o exposto, é chegado o momento de abordar o instituto da condução coercitiva a partir da perspectiva constitucional. Sendo certo que o ordenamento jurídico é uno, todo e qualquer ato emanado pelo poder público deve se basear nas normas constitucionais, que harmonizam o exercício da jurisdição. Logo, cumpre verificar se há compatibilidade entre o instituto em comento e as garantias constitucionais.

3. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 260 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NORMAS INQUISITORIAIS x PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como se pôde observar, o instituto da Condução Coercitiva tem fundamentos no sistema inquisitivo ainda observado no Código de Processo Penal. No entanto, com o advento da Constituição de 1988, há relevantes reflexos que devem ser considerados, em especial, em relação à sua interpretação conforme os princípios constitucionais vigentes.

É certo que parcela da doutrina, como Engênio Facelli¹⁶ faz severas críticas à extensão da garantia constitucional prevista no inciso LXIII do art. 5º da Carta Magna, entendendo que o Direito Brasileiro se equivocou ao interpretar a referida norma de forma abrangente. Para o mencionado autor, nem o período obscuro da história brasileira, em que mais direitos individuais foram violados, seria capaz de permitir que a norma originária do direito comparado recebesse tamanha interpretação ampliativa. Entretanto, a previsão legal da condução coercitiva no Código de Processo Penal não se mostra compatível com a Constituição Federal, com dispositivos mais recentes do próprio Código e nem com o modelo acusatório de instrução processual.

Por outro lado, há outros, como Luiz Flávio Gomes¹⁷, que afirmam que a restrição na interpretação:

seria inconstitucional e inconvencional, porque do direito ao silêncio, do direito de não declarar contra si mesmo e do direito de não confessar (CP, art. 5º, LXIII; CADH, art. 8º, 2, g; PIDCP, art. 14.3, g) fazem parte, implícita e naturalmente, todas as demais dimensões da não auto-incriminação, que tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade (ou em uma atividade não prejudicial a terceiros).

¹⁶ OLIVEIRA, Engênio Facelli. *Breves notas sobre a não Autoincriminação*. Boletim - 222 - Maio/2011 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim.

¹⁷ GOMES, op. cit.



O atual Código de Processo Penal, datado de 1941, entrou em vigor na vigência do texto constitucional de 1937, cujo alcance em nada se assemelha ao atual. Assimila Paulo Vargas Groff¹⁸ que:

Getúlio Vargas promoveu um golpe de Estado, em 1937, apoiado pelos militares, para permanecer no poder, instalando o denominado “Estado Novo”. Falava um mês para as eleições presidenciais, e Getúlio não era candidato a reeleição. A versão oficial do regime para o golpe foi a ameaça comunista e integralista que pairava sobre a nação. O fundamento para o golpe foi um plano que tratava de um projeto de golpe de Estado pelos comunistas, chamado “plano Cohen”, mas que na verdade se tratava de um plano elaborado pelo governo. O regime imposto tentou assegurar alguma legitimidade, apresentando uma nova Constituição. Diante dessa conjuntura ditatorial, os direitos fundamentais ficam sem qualquer garantia.

Restalte-se que a Carta Magna de 1937 teve como orientação a Constituição polonesa de 1935. Inspirada no regime fascista italiano e alemão, aquela constituição, embora tenha assegurado um extenso rol de liberdades individuais, em seu artigo 122, não logrou êxito em efetivá-las.

Prumulgada a Constituição de 1988, o país experimentou, pela primeira vez, um alarmante avanço no que diz respeito à garantia desses direitos. A maioria da doutrina e da jurisprudência pátrias entendem que o “direito ao silêncio” contido no inciso LXIII deve ter ampla interpretação, devendo ser entendido como o direito a “não autoincriminação” já mencionado.

A relevância dessa diferenciação, como já se concluiu, consiste na proibição, a qual está sujeita o Judiciário, de exigir do indiciado/acusado a disposição de seu corpo como meio de prova. Nesse sentido é a consolidada jurisprudência do STF, sendo disso exemplo o HC 96.219, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que ressaltou:

A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que não inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquela que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e a fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

¹⁸ GROFF, Paulo Vargas. *Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/inf/infstore/infstore/inf/id/178526/000842780.pdf?sequence=1>> Acesso em: 22 out. 2017.

Também orientou Celso de Mello¹⁹, no julgamento do HC nº 99.289-MC/RS:

Não constitui demais assinalar, por necessário, analisada a função defensiva sob uma perspectiva global, que o direito do réu à não autoincriminação e à presunção de inocência, especialmente quando preso, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa (mais especificamente da prerrogativa de autodefesa), também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados.

Em outra vertente, é importante frisar que o silêncio do investigado/acusado não pode ser interpretado em seu desfavor, conforme indicou a Ministra Cármen Lúcia²⁰ no julgamento do HC nº 93.916:

Direito de não produzir prova contra si mesmo: *non tenetur se detegere*. (...) Lesões corporais e homicídio culposo no trânsito. (...) Não se pode presumir a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspenso ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: (...).

A condução coercitiva é medida que não se revela, portanto, compatível com os princípios constitucionais vigentes que regulam a proteção dos direitos individuais. Verifica-se que, tanto a dignidade da pessoa humana quanto a liberdade são diretamente atingidas na imposição ao indiciado/acusado de comparecer a ato da investigação ou da instrução que irá lhe causar prejuízo.

Ademais, parcela da doutrina crítica, ainda, a afetividade do referido instituto. Isso porque não haveria utilidade alguma na condução do sujeito passivo, considerando que se ele não desejasse se manifestar nos atos do inquérito ou do processo, apenas quedaria silente, servindo o ato tão somente para movimentar os órgãos jurisdicionais de maneira imotivada.

Assevera Renato Brasileiro de Lima²¹ que:

doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que, na medida em que a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos asseguram ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo, não é possível que o juiz determine a condução coercitiva do acusado para a realização de sua interrogatória. Afinal, se o interrogatório é meio de defesa, é evidente que o acusado pode abair não do seu direito de ser ouvido pelo magistrado, deixando de comparecer à audiência para instrução e julgamento, razão pela qual, nesse caso, não se pode determinar sua condução coercitiva.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 99.289-MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cone/orticiaNoticiaStf/mess/HCS9289CM.pdf>>. Acesso em 22 out. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 93.916. Relatora: <Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>>. Acesso em 22 out. 2017.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manuais de Processo Penal*. Salvador: Jus Podivom, 2014, p. 632.



Não sendo possível a condução do sujeito passivo para produzir prova contra si mesmo, surgiram dúvidas acerca da possibilidade de ainda utilizar o instituto em raras hipóteses. Na opinião de Renato Brasileiro de Lima²², mesmo ante a impossibilidade de condução do acusado para seu interrogatório, ainda caberá sua condução quando: (a) tiver sido determinado seu reconhecimento pessoal – art. 226 do CPP e (b) houver necessidade de sua identificação criminal – art. 3º da Lei nº 12.037/09. Sobre a possibilidade de identificação criminal, soma-se a orientação da jurisprudência²³ no sentido de que a pessoa a ser interrogada não pode fornecer dados falsos ou se negar a identificar-se. Em ambos os cenários, justifica o autor que “quando se tratar de meio de prova cuja realização não demande nenhum comportamento ativo por parte do investigado (ou acusado), logo, não protegido pelo direito a não autoincriminação, é perfeitamente possível a expedição de mandado de condução coercitiva”.

A danosa possibilidade de condução forçada revela-se contrária, pois, aos princípios garantistas edificados por Ferrajoli. Seus estudos apontam a necessidade de instituição de um sistema nitidamente acusatório, em que o ônus da acusação não possa ser transferido para o sujeito passivo. Destacam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner que:

o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. E, muito menos, com defesa da impunidade, como querem fazer crer alguns manipuladores. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios – Como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia.

Neste diapasão, diversos órgãos vêm se manifestando sobre o tema, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que requereu que o Supremo Tribunal Federal reconheça a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do artigo 260, do Código de Processo Penal, no que se refere à aplicação da condução coercitiva na fase de investigação criminal. O requerimento está sendo abordado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 444, ajuizada, com pedido de liminar, pela entidade.

²² LIMA, op. cit. p. 632.

²³ O STF, no RE 640139 DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 13/10/2011, fixou o entendimento de que “O princípio constitucional da auto defesa (art. 5º, inc. LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar fatos antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”. No mesmo sentido, Eugênio Greco, no Código Penal Comentado, p. 908, afirma que “O agente pode até mesmo dificultar a ação da Justiça Penal no sentido de não revelar situações que seriam indispensáveis à elucidação dos fatos. No entanto, não poderá eximir-se de se identificar. É um direito do Estado saber em face de quem propõe a ação penal e uma obrigação do indiciado-acusado revelar sua identidade. Essa autoatribuição falsa de identidade nada tem a ver com o direito de auto defesa, ou de, pelo menos, não fazer prova contra si mesmo, de não autoincriminar-se. São situações, segundo nosso raciocínio, insuscetíveis.”

Para a OAB²⁴:

a norma prevê a condução coercitiva do acusado para fins de restrição de interrogatório e outros atos no âmbito do processo judicial, mas a regra tem sido interpretada em contrariedade com os ditames constitucionais ao se permitir a sua utilização para a constituição de atos no curso da investigação criminal. Sustenta ainda que a medida tem sido sistematicamente adotada sem a observância da premissa do próprio artigo 260 do CPP, "ou seja, sem que o cidadão tenha descurado anterior intimação".

Caso não seja acolhido o pedido principal, a entidade pede que seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação ampliativa do dispositivo do CPP, a fim de que não seja permitida a condução coercitiva sem prévia intimação e não comparecimento injustificado do acusado.

CONCLUSÃO

Não obstante a mencionada ADPF pretender o afastamento da condução forçada apenas da fase policial, diante da sua recente utilização midiática arbitrária e da previsão legal do art. 260 do CPP, é certo que o instituto em comento vai de encontro à proteção dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal. Trata-se de mais uma norma inquisitiva, não impostando a fase em que é determinada (policial ou judicial), e ainda que atendidos os requisitos legais.

É necessário, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal se manifeste em definitivo acerca da norma para que a declare inconstitucional ou que imponha sua interpretação conforme a Constituição, de maneira que a redação atual do dispositivo perca sua eficácia e sobrevenham apenas os atos investigatórios que garantam a presença dos sub-princípios constitucionais decorrentes da ampla defesa e do devido processo legal.

Restalte-se que o modelo de prestação jurisdicional, em matéria criminal, que se pretende atingir, dispensa a equivocada relação estabelecida entre defesa das garantias constitucionais e a impunidade ou a proteção de criminosos. A observância do devido processo legal e das normas constitucionais é, na verdade, o que garante a efetivação do Estado Democrático de Direito que se pretendeu edificar com a Constituição Federal de 1988.

²⁴ BRASIL. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332948&acao=Busca=N>>. Acesso em: 22out. 2017.



REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOTTINO, Thiago. *A inconstitucionalidade da condução coercitiva*. Boletim - 285 - Agosto/2016 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal ADPF n° 395/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgj/documentos/adpf-395.pdf/view>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal HC n° 107644*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1520251>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal HC 78708*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<HTTP://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal HC n° 99.289-MC*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC99289CM.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal HC n° 93.916*. Relatora: <Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338948&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 out. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Técnicas gerais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <<https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-contenido-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em 08 out. 2017.



GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação* / Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flávio Gomes (coordenação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GROFF, Paulo Vargas. *Dirreitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>>. Acesso em 08 out. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. Salvador: Jus Podivum, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Jus Podivum, 2014.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALAN, Diego. *Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal*. Boletim - 266 - Janeiro/2015 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim.

NICOLITTI, André Luiz. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Brevs notas sobre a não autoincriminação*. Boletim - 222 - Maio/2011 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Dirreito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivum, 2012.



A INCONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPÇÃO EXTRAJUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB O FILTRO DA PROPORCIONALIDADE

Anna Beatriz Espínola de Souza Almeida Aranha

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – A usucapião extrajudicial é regulada pela lei que criou o incipiente Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), na parte final, que por meio do artigo 1.071 alterou a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), para nela incluir as disposições do referido instituto. Contudo, trata-se de um procedimento que confere uma acentuada insegurança jurídica, tendo em vista que retira o controle judicial da demanda e exige que usucapido e usucapiente estejam de acordo, o que é algo que não se verifica recorrentemente na prática, a menos que haja má fé entre os requerentes ou se esteja diante, em verdade, de simulação de um negócio jurídico subjacente. Assim, analisa-se que o instrumento da usucapião extrajudicial promove a razoável duração do processo de maneira muito ínfima e com pouca efetividade ao mesmo tempo em que não assegura a adequada segurança jurídica conferida nas demandas judiciais, exigida em relação ao uso de um instituto sobre o qual paira forte interesse público. Dessa forma, ponderando-se a razoável duração do processo com a segurança jurídica promovidas, compreende-se que o instituto não atende ao critério constitucional da proporcionalidade e, por esta razão, deve ser declarado inconstitucional.

Palavras-chave – Direito Civil e Processual Civil. Usucapião Extrajudicial. Razoável Duração do Processo. Acesso à Justiça. Segurança Jurídica. Ponderação. Proporcionalidade. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. A ausência de efetividade significativa no escopo da promoção da razoável duração do processo. 2. A insegurança jurídica que emerge do instituto da usucapião extrajudicial. 3. A proporcionalidade como filtro constitucional para a usucapião extrajudicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico visa a discutir sobre o vício de inconstitucionalidade existente na possibilidade de reconhecimento da usucapião de maneira extrajudicial, da forma como veio regulamentada pelo Novo Código de Processo Civil, perquirindo se este instituto atende ao princípio da proporcionalidade. Essa análise é feita a partir de uma ponderação entre a razoável duração do processo que o instituto visa a promover e a segurança jurídica que pode ser colocada em cheque.

A usucapião extrajudicial é regulada pela lei que criou o incipiente Código de Processo



Civil (Lei nº 13.105/2015), na parte final, que por meio do artigo 1.071 alterou a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), para nela incluir as disposições do referido instituto.

A possibilidade de se declarar a usucapião administrativamente não é inteiramente uma novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil, porquanto já era prevista pela Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida (Lei nº 11.979/09). Contudo, era aplicável a uma hipótese muito restrita, qual seja, para aqueles que detivessem o título de legitimação de posse conferido pelo ente público com o intuito de promover a regularização fundiária.

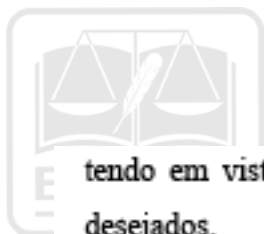
A novidade é que tal instrumento deixou de ser possível apenas para essa hipótese e foi expandido para que qualquer usucapião que possa ser reconhecida judicialmente passe também a poder ser declarada pela via extrajudicial, atendendo aos mesmos requisitos, mediante requerimento do interessado representado por advogado ao cartório.

Não obstante, trata-se de um procedimento que confere uma acentuada insegurança jurídica, tendo em vista que retira o controle judicial da demanda e exige que usucapido e usucapiente estejam de acordo, o que é algo que não se verifica recorrentemente na prática, a menos que ambos estejam de má fé. Dessa forma, a preocupação com a utilização prática do instituto é o que move este artigo, pois trata de um instituto que gera fortes dúvidas sobre a sua efetividade e seus benefícios.

Nessa esteira, no primeiro capítulo, busca-se analisar até que ponto o instrumento da usucapião extrajudicial promove a razoável duração do processo e pode ter efetividade, uma vez que exige o consenso das partes. Objetiva-se tecer uma análise acerca do procedimento da usucapião extrajudicial dada a realidade prática.

Em seguida, passa-se a uma reflexão sobre a ausência de meios para se assegurar no procedimento de usucapião extrajudicial a mesma segurança jurídica conferida nas demandas judiciais, tendo em vista que o tabelião de cartório não possui os mesmos poderes de fiscalização que o magistrado. O escopo é comprovar que o instituto da usucapião extrajudicial promove uma acentuada insegurança jurídica, identificando os malefícios e o modo como a má-fé está sendo facilitada.

Por fim, no terceiro e último capítulo, alcança-se a conclusão sobre se o instituto, então, atende ao princípio da proporcionalidade, ponderando-se a razoável duração do processo com a segurança jurídica promovidas. Com isso, o propósito é comprovar a inconstitucionalidade do instituto, uma vez que a opção legislativa não atende à proporcionalidade em sentido estrito,



tendo em vista que não confere uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados.

O presente trabalho aborda o tema a partir da análise da pouca doutrina que se tem acerca do tema até o momento, com a finalidade de entender qual o procedimento que deve ser seguido para o reconhecimento cartorário da usucapião. Bem assim, considera alguns elementos que são notórios para que se possa estabelecer a ponderação entre a razoável duração do processo e a segurança jurídica na questão em tela.

Assim, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, a fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora se vale da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, jurisprudência e artigos jurídicos) – para sustentar a sua tese.

1 A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE SIGNIFICATIVA NO ESCOPO DA PROMOÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Desde a década de 1970, existe uma enorme tendência de uso cada vez mais recorrente das técnicas alternativas de resolução de conflitos como opção ao sistema jurisdicional tradicional¹. Um dos principais intuitos é certamente desafogar o Judiciário que se revela cada vez mais incapaz de atender às crescentes demandas por “justiça”. Desenvolve-se, assim, na atualidade, um movimento de desburocratização e desjudicialização do Direito, com o escopo de se conferir maior agilidade e efetividade da prestação jurisdicional por meios alternativos.

É certo que a ineficiência e o asoberbamento do maquinário estatal no âmbito do Poder Judiciário importa em grave violação do princípio da razoável duração do processo e, consequentemente, do acesso à justiça. Este dilema moveu os operadores do direito a se depararem com a

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244.



obrigatoriedade de repensar o processo civil brasileiro e instituir novas formas de solução de litígios que fossem igualmente eficazes, porém mais eficientes, fugindo da necessidade de incidência do Poder Judiciário.

É nesse contexto fático e jurídico que se insere o instituto da usucapião extrajudicial (ou administrativa), como um instrumento que se apresenta, dentro de um sistema multipistas², como alternativa para que os cidadãos tenham facilitado o exercício do seu direito de acesso à justiça e possam efetivar com maior celeridade o direito fundamental à propriedade, insculpido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.³

Sobre o acesso à justiça, Mauro Cappeletti⁴, em 1978, já sugeria que:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que os cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encaminhamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios.

É exatamente nessa esteira de se reconhecer a importância dos métodos alternativos de solução de conflito, ao mesmo tempo em que não se deve deixar de lado a preocupação com o impacto e os efeitos da criação de um instrumento como a usucapião extrajudicial, que se questiona em que proporção o instituto é apto a promover a razoável duração do processo e facilitar o acesso à justiça. Ademais, deve-se sempre primar para que um mecanismo que vise a solucionar um problema não cause outros maiores, orientação básica do critério da proporcionalidade.

Importa, então, tecer uma breve síntese e análise sobre o procedimento da usucapião administrativa. O NCPC⁵, como dito, por meio do seu art. 1.071, alterou a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973)⁶, acrescentando-lhe o art. 216-A, no qual é regulamentado o instituto. Nele está previsto que o procedimento deve ter início com o pedido fundamentado do interessado

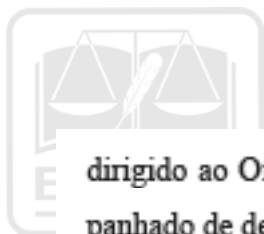
² *Ibid.*, p. 248.

³ BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.

⁴ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12-13.

⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei2015-2018/2015/lei113105.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.

⁶ *Idem*. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.



dirigido ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da localidade da situação do bem, acompanhado de determinados documentos listados no referido artigo.

Em seguida, caberá ao Oficial proceder à intimação das pessoas titulares de direitos reais registrados sobre o imóvel e dos confinantes que não apuseram a sua assinatura no pedido, para que se manifestem no prazo de 15 dias, sendo o silêncio dos intimados interpretado como discordância (art. 216-A, §2º, do CPC). Bem assim, deverão ser cientificados a União, o Estado e o Município e publicado edital em jornal de grande circulação para que terceiros interessados possam tomar conhecimento do requerimento e também se manifestar no mesmo prazo.

Se houver qualquer impugnação, o Registrador deverá remeter os autos ao Juízo competente, onde seguirá então o procedimento jurisdicional comum, devendo o requerente emendar o requerimento para adequá-la aos requisitos processuais de uma petição inicial. Caso não haja nenhuma impugnação e os titulares de direitos reais sobre a coisa, bem como os confinantes, manifestem expressamente a concordância com o pedido, deverá o Oficial analisar o pedido e se convencido da veracidade das alegações registrar a nova titularidade do bem, reconhecendo a prescrição aquisitiva.

Assim, vê-se que o Código⁷ exige concordância expressa de todos os interessados que possuam direitos reais registrados sobre o imóvel ou sobre os imóveis confinantes, não havendo que se falar em anuência tácita. Caso não haja manifestação em sentido positivo de todos os interessados, a demanda terá que ser obrigatoriamente pleiteada em Juízo, sendo inservível a via extrajudicial.

Entretanto, o que se vê comumente na prática não é uma solução amigável em que os titulares de direitos reais sobre o imóvel concedem o seu consentimento expresso quanto à usucapião que se pretende reconhecer. Ao revés, a experiência prática é clara em demonstrar que, na esmagadora maioria das vezes acontece uma das seguintes hipóteses: (i) ou o proprietário mantém-se silente e inerte quanto ao pedido; (ii) ou o contesta, resistindo à pretensão deduzida em juízo; (iii) ou, ainda, muitas vezes sequer é encontrado para tomar conhecimento da demanda. Nenhuma dessas situações permite a solução da demanda por via cartorária. É, portanto, raro se visualizar na realidade concreta hipóteses consensuais que se adequem aos requisitos do instituto

⁷BRASIL, *op. cit.*, nota 5.



em comento. Nesse sentido, é a seguinte reflexão⁸:

[...] considerando-se o contexto social, político e econômico, em que o direito à propriedade se relaciona intrinsecamente ao direito à moradia e, tendo em vista as dificuldades para a sua realização, a usucapião extrajudicial pode não se apresentar como instrumento de massiva regularização fundiária, ante o caráter eminentemente conflituoso das relações que envolvem esse tipo de demanda.

Como bem observado, “presume-se que a usucapião extrajudicial servirá, sobretudo, aos interesses da parte usucapiante e do titular do domínio do imóvel que negociaram, regularizando e formalizando o acordo fixado entre eles”⁹. Contudo, é cediço que a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, que não tem por base um negócio jurídico firmado entre usucapido e usucapiante, mas tão somente uma relação direta do usucapiante com a coisa (relação de posse) que faz exsurgir um direito de propriedade em detrimento do domínio até então vigente.

A usucapião não se pauta (e não deve se pautar) em acordos firmados pelas partes; não é essa a pretensão legislativa ou mesmo do constituinte. A concordância dos titulares de direitos reais prejudicados deve ser indiferente ao pleito, visto que essa anuência é prescindível, além de ser especialmente incomum. É muito difícil pensar-se em um cenário em que o proprietário de um bem concordará gratuitamente com a perda de sua propriedade em prol de terceiro, sobretudo adotando uma conduta ativa no sentido de se manifestar expressamente perante o cartório. Não que seja uma hipótese impossível de se verificar na prática, mas extremamente insólita.

Nesse norte, não é factível esperar que a usucapião extrajudicial contribua para o descongestionamento do Judiciário, tendo em vista que as demandas consensuais de declaração de usucapião refletem empiricamente uma quantidade muito inexpressiva do volume de pleitos que versam sobre o tema.

Bem assim, não é verdade que considerável número de jurisdicionados serão beneficiados pela rapidez e eficiência proporcionados pelo procedimento a ser realizado na seara administrativa, tanto pelo motivo já exposto, como pelo fato de que não se mostra apto ao atendimento da população de baixa renda. Isso porque, no campo jurisdicional, o hipossuficiente econômico pode

⁸CARVALHO, Verônica Akemi Shimada de. *O instituto de usucapião extrajudicial no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.cesjuc.com.br/2016-abr-23/veronica-akemi-instituto-usucapiao-extrajudicial-cpc/>> Acesso em: 08 mai. 2017.

⁹*Ibidem*.



obter a assistência judiciária gratuita prestada pela Defensoria Pública, possibilidade que não se vislumbra em tese para a via administrativa. Ademais, para as ações judiciais existe a oportunidade de obtenção do benefício da gratuidade de justiça, ficando o requerente isento de custas, o que também não tem previsão legal para o procedimento extrajudicial.

2 A INSEGURANÇA JURÍDICA QUE EMERGE DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Embora modernamente alguns autores, como Leonardo Greco¹⁰ e Fredie Didier Júnior¹¹ defendam a ideia de que o exercício da jurisdição não precisa ser, necessariamente, estatal, outros juristas como Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart¹² e Alexandre Câmara¹³ lecionam, seguindo uma concepção clássica, que a jurisdição deve ser compreendida como uma função essencialmente estatal, não podendo ser delegada, posição que parece ser ontologicamente a mais acertada.

Há, ainda, outra importante controvérsia sobre a natureza jurídica da jurisdição voluntária, discutindo-se se é ou não jurisdição. Nesse ponto, entende-se que a lide não é elemento essencial para a caracterização da jurisdição, razão pela qual a necessidade de submissão ao Poder Judiciário de uma demanda pacífica, para fins de fiscalização estatal e de segurança jurídica, não desconfigura o exercício do poder jurisdicional¹⁴. Sendo atividade jurisdicional, o provimento deve ser produzido por meio de um verdadeiro processo, em que sejam respeitadas todas as garantias inerentes ao modelo constitucional do Direito Processual Civil brasileiro.

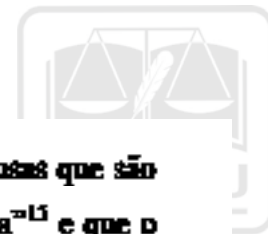
¹⁰GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.

¹¹DEIDIER, JR., Fredie. *Cursos de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 195.

¹²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34. "Dentro de um Estado de Direito, o poder jurisdicional é absolutamente fundamental e este apenas pode ser exercido por juízes."

¹³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 32. "Equivalentes de jurisdição não têm natureza verdadeiramente jurisdicional. Só pode ser jurisdição o que provém do Estado."

¹⁴Ibidem, p. 32-33. "A lide não é elemento essencial à jurisdição, mas um elemento que lhe é meramente acidental. Em outras palavras, até pode haver uma lide subjacente ao processo, mas não é essencial que isto ocorra. É que existem casos de jurisdição sem lide, como se dá, por exemplo, quando é proposta uma "demanda necessária" (ação entendida aquela demanda que se propõe nos casos em que o direito só pode se efetivar através do processo jurisdicional, como por exemplo no caso de anulação de casamento, em que o resultado só pode ser produzido através de um processo jurisdicional, mesmo que não exista uma lide entre os interessados)."



Sendo assim, tem-se que a “Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado através do processo, aplicando a solução juridicamente correta”¹⁵ e que o exercício da atividade jurisdicional é eminentemente atribuída ao Poder Judiciário, não obstante outros Poderes estatais sejam constitucionalmente autorizados a exercer essa atividade de forma atípica e excepcional.

Com isso, não se deixa de reconhecer o importante papel dos atores extrajudiciais no auxílio à composição de conflitos. No entanto é preciso separar o que é jurisdição do que não é, bem assim, o que deve ser submetido ao poder jurisdicional daquilo que precinde deste controle para se verificar o (des)acerto da atribuição de reconhecimento da usucapião ao oficial de cartório.

Não é à toa que a jurisdição é um monopólio do Estado. Isso se deve, além de outros tantos fundamentos, ao princípio da segurança jurídica, decorrência direta do Estado Constitucional de Direito. O referido princípio tutela uma ampla gama de direitos, dentre os quais situa-se o da coisa julgada formal e material, que é o corolário do princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais transportado para o campo judicial¹⁶.

De acordo com o art. 6º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁷, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”, donde extrai-se que somente por meio do exercício do poder jurisdicional é possível o alcance da coisa julgada.

No afã de modernizar o novo Código de Processo Civil e trazer à ordem novos institutos jurídicos que busquem aliviar o congestionamento dos órgãos judiciários, criou-se a usucapião extrajudicial aplicável a qualquer modalidade de usucapião legalmente prevista. Porém, o reconhecimento de um direito como o da usucapião é matéria que não pode ficar sujeita à mera manifestação de vontade das partes perante um órgão cartorário, pois possui diversas implicações jurídicas que escapam da individualidade do interessado e podem atingir a esfera jurídica de terceiros, inclusive do Estado.

¹⁵Idem, p. 33.

¹⁶TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 638.

¹⁷BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.



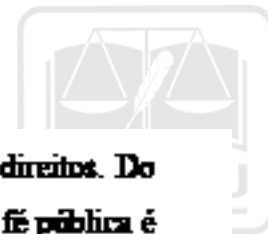
Em primeiro lugar, a usucapião não decorre de um negócio jurídico. É um direito à aquisição originária que a lei atribui àquele que exerce uma posse de fato segundo os requisitos legais, que muitas vezes são calcados em conceitos jurídicos indeterminados, exigindo valoração da situação concreta pelo julgador. Invariavelmente, demanda uma atividade interpretativa para a aplicação do direito ao caso concreto, de forma a reconhecer com caráter definitivo a ocorrência fática dos pressupostos da usucapião e o surgimento do direito correspondente. Constitucionalmente, esse poder, que em essência é jurisdicional, só é dado aos magistrados e jamais a um agente administrativo, pois não se encaixa em nenhuma exceção de exercício atípico da jurisdição prevista na lei fundamental.

É inteiramente diferente a possibilidade, por exemplo, de o notário poder concretizar de juridicamente a dissolução de um casamento, fazendo registrar nos assentos públicos o divórcio consensual. Isso porque, a partir da Emenda Constitucional n.º 66 de 2010¹⁸, qualquer pessoa casada tem o direito de divorciar-se a qualquer momento, não havendo quaisquer requisitos a serem preenchidos e verificados na situação concreta para a realização do direito. Ademais, sendo o casamento um negócio jurídico, é certo que pode dissolver-se igualmente de forma negocial, cuja manifestação de vontade cabe apenas às partes.

Nesses casos, quando o divórcio é feito pela via administrativa, o delegatário do serviço público apenas cumpre a função de proceder ao registro público da modificação do estado civil das partes. O tabelião não se imiscui na análise do direito, não reconhece ou declara direito algum, apenas faz uma verificação formal de documentos e das declarações e efetua o registro. Com efeito, nessas hipóteses dispensa-se a atuação jurisdicional, sendo certo que caso existam filhos menores de idade, o divórcio, ainda que amigável, tem que obrigatoriamente ser feito em sede judiciária, justamente porque pode atingir a esfera jurídica dos menores (terceiros, no caso) e, assim, existem outras questões que demandam uma análise valorativa que precisam ser decididas.

O notário, assim como outros serventários auxiliares da Justiça, é dotado de fé pública, atributo que gera a presunção de que o conteúdo do documento seja verdadeiro, até prova em contrário. Isso não quer dizer, certamente, que possa exercer jurisdição. O oficial de justiça goza

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%2037a7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.



de fé pública e ninguém discute a possibilidade de eu possa reconhecer e declarar direitos. Do mesmo modo, semelhante raciocínio deveria ser aplicado aos oficiais de cartório. A fé pública é uma autenticação e a autenticidade é a característica de uma coisa cuja exatidão ou verdade não se podem contestar, ou cuja origem é indubitável.¹⁹ Quanto ao preenchimento dos requisitos da usucapião, o registrador não pode ter nenhuma certeza que o permita examinar uma declaração dotada de fé pública de que a pessoa de fato exerceu a posse *ad usucapionem* conforme prescreve o legislador, pois não estava lá para ver.

A usucapião é um direito que para ser reconhecido depende de prova do preenchimento dos requisitos correspondentes, não sendo a manifestação de vontade das partes suficiente para assegurar que o direito existe. Assim como, no processo penal, a confissão, por si só, não é suficiente para fundamentar uma condenação, por dever ser confrontada com outros meios de prova; na seara civil, a concordância das partes diretamente interessadas não basta para a declaração do direito, pois existe um interesse público que recai sobre esses procedimentos.

Também chamada de prescrição aquisitiva, a usucapião "é modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado (entre eles a servidão e o usufruto) pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei"²⁰, como coisa hábil, a posse *ad usucapionem*, o tempo, o justo título, a boa-fé etc.²¹ Cada um desses requisitos requer produção de provas e respectiva valoração, a partir dos quais o julgador dirá se a usucapião se concretizou ou não. Não é requisito para nenhuma modalidade de usucapião a concordância dos titulares de direitos reais que incidam sobre o bem, tampouco essa concordância tem o poder de suprir os requisitos legalmente postos.

Assim, é gravemente temerário que a partir de meras afirmações dos interessados e da juntada de documentos que não cumprem satisfatoriamente a função de demonstrar de forma inequívoca o preenchimento dos requisitos, o tabelião possa registrar a propriedade em nome do requerente.

É certo que, embora a má-fé não se presume, a usucapião é um modo excepcional de aquisição da propriedade, que requer as devidas cautelas para que o instituto não seja mal utiliza-

¹⁹ SANTIAGO, Emerson. *Fé Pública*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/fe-publica/>> Acesso em: 02 out. 2017.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 256.

²¹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.



do e sua finalidade não seja desvirtuada. Por ser um modo de aquisição originária, o usucapiente recebe a coisa livre de quaisquer ônus, bem como não precisa pagar imposto de transmissão. Além disso, recente julgamento do Supremo Tribunal Federal²², com repercussão geral, entendeu que a usucapião especial urbana não precisa respeitar o tamanho do módulo mínimo de lote estabelecido pelo Município²³. Destarte, paira sobre a ação de usucapião um interesse público na constatação segura do direito a ser reconhecido, pois há diversas consequências jurídicas de interesse público que dele decorrem e é possível que o instituto esteja sendo desvirtuado para obtenção de fins ilegítimos, como, por exemplo, para burla à norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, por via reflexa.

3 A PROPORCIONALIDADE COMO FILTRO CONSTITUCIONAL PARA A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Fixados como premissas a constatação de que a usucapião extrajudicial não é apta a promover de forma significativa o direito à razoável duração do processo e o acesso à justiça, bem como que o instituto não oferece adequada segurança jurídica, abrimo uma acentuada brecha para fraudes, cumpre ponderar se sob o filtro constitucional da proporcionalidade a norma em tela deve ser considerada válida perante o nosso ordenamento jurídico.

É cediço que ao produzir normas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Destarte, são fatores presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os

²²*Idem*. Supremo Tribunal Federal. RE nº 422349/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28EM%20DULO+M%20NULO+USUCAPI%20%20base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/yecqjshp>>. Acesso em: 16 out. 2017. “Presenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).”

²³*Idem*. Supremo Tribunal Federal. RE nº 422349/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/filamentado/informativo783.htm>>. Acesso em: 02 out. 2017. “Presenchidos os requisitos do art. 183 da CF (“Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”), o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).”



motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios²⁴. No caso concreto, a usucapião extrajudicial é o meio que tem por motivo desafogar o Poder Judiciário de um pleito de demandas com base na desjudicialização e a finalidade de promover a razoável duração do processo e o acesso à justiça.

Cuida a proporcionalidade em sentido técnico-jurídico de um critério de aferição da constitucionalidade de leis, que encontra alicerce nos valores de racionalidade, eficiência, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição aos atos arbitrários²⁵, de modo a tornar possível a convivência em abstrato de direitos colidentes.

A proporcionalidade, de acordo com a sua raiz germânica, pode ser extraída do princípio do Estado de Direito (art.1º, *caput* da CRFB/88)^{26,27}. Entretanto, para a corrente doutrinária que admite a sua equiparação com o princípio da razoabilidade, para alguns intercambiáveis²⁸, pode a proporcionalidade ser reconduzida ao devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), deitando raízes no direito norte americano e encontrando espeque no art. 5º, LIV, da CRFB/88²⁹. Indene de dúvidas, portanto, que a proporcionalidade possui estatuto constitucional, caracterizando-se como uma norma implícita na Constituição Federal de 1988³⁰.

Há controvérsia jurídica a respeito da natureza jurídica do teste de proporcionalidade, havendo bastante dissenso na doutrina. Paulo Bonavides³¹ entende que se trata de princípio em razão de ser um postulado fundamental do constitucionalismo. Por outro lado, Luís Virgílio Afonso da Silva³² entende que a proporcionalidade encerra uma regra jurídica, porquanto é aplicada na lógica do tudo ou nada, entendendo a proporcionalidade como mandamento definitivo e não como mandamento de otimização, este aplicável em dimensões de grau. Divergindo destes enten-

²⁴BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291.

²⁵*Ibid.*, p. 292/293.

²⁶AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e a razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-50.

²⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

²⁸BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 359.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 391.

³⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 26.

³¹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 360-361.

³²AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Dirêito Constitucional: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. Malheiros, 2011, p. 168.



dimentos, Humberto Ávila³³ sustenta que a proporcionalidade se caracteriza como um postulado normativo aplicativo, porquanto metanorma, isto é, norma que incide sobre a aplicação de outra norma, a denominada norma de 2º grau.

Cumpre destacar, entretanto, que as divergências nessa seara encontram-se muito mais nas conceituações que cada autor atribui às normas jurídicas do que em relação às questões de cunho prático. Ou seja, se a premissa do autor parte de um critério estruturante bipartite (Alexy³⁴ e Virgílio³⁵), tripartite (Humberto Ávila³⁶) ou não estruturante, de acordo com a importância dentro do ordenamento jurídico (Paulo Bonavides³⁷), tem-se uma abordagem diferente do fenômeno.

Contudo, tal divergência possui muito mais um viés acadêmico do que prático, de modo que neste trabalho se aborda a proporcionalidade como filtro ou teste, com o fito de demarcar o seu viés de aplicabilidade, escapando ao escopo deste ensaio a análise aprofundada da conveniência em se falar da proporcionalidade como princípio, regra ou postulado normativo aplicativo.

Assim, no que concerne à sua aplicabilidade, tem-se razoável consenso na doutrina a respeito dos três critérios de aferição do teste: a) adequação ou conformidade; b) necessidade ou exigibilidade; c) proporcionalidade em sentido estrito³⁸.

Releva destacar que o conteúdo desses critérios ou etapas de investigação será analisado sob o prisma da proibição de excesso e não sob o viés da proibição de proteção insuficiente. Com efeito, a proporcionalidade possui uma dupla face, servindo ao mesmo tempo como critério de controle para a legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção³⁹. No caso em testilha, trata-se de analisar se há excesso numa conduta estatal comissiva, isto é, a criação da usucapão extrajudicial para promover o acesso à justiça e a razoável duração do processo em conumélia de uma restrição da segurança jurídica.

³³ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173.

³⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

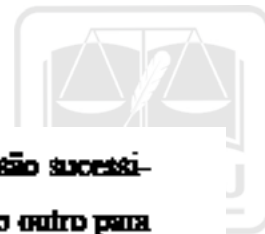
³⁵AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.44-46.

³⁶ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.133-135.

³⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 228-229.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINGONI, Luiz Guilherme; MITTERRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.

³⁹*Ibid.*



Os exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são sucessivos, de modo que respondido positivamente um, passa-se necessariamente à análise do outro para que o ato estatal se repete proporcional. Caso respondido negativamente qualquer deles, o ato é considerado desproporcional. Vale dizer, os exames possuem entre si uma relação de subsidiariedade⁴⁰. Ademais, a proporcionalidade observa uma ordem estrita, que começa pela adequação em primeiro lugar, a necessidade em segundo e a proporcionalidade em sentido estrito em terceiro, de forma que a ordem jamais pode ser trocada⁴¹.

O exame da adequação consiste em indagar se a medida adotada é apta a fomentar a realização do objetivo perseguido. O ato deve ser necessário a promover, estimular ou incentivar o fim almejado, não sendo necessário que efetivamente alcance o fim, o que se dá em razão da fortíssima carga probatória exigida neste sentido⁴².

Já o critério da necessidade é um teste comparativo. Um ato estatal é comparado a outras medidas alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade e eficiência. A medida é desnecessária quando exista medida tão eficiente quanto, porém menos gravosa à proteção do determinado direito fundamental em rota de colisão. Busca-se sempre a medida que restrinja menos direitos⁴³. Em suma, o exame da necessidade envolve duas fases: i) aferição da igualdade de adequação dos meios, significando que o meio comparativo deve ser ao menos tão eficiente quanto o meio adotado; ii) exame do meio menos restritivo⁴⁴. Em suma, somente se passa para a análise do meio menos restritivo se este meio individualmente analisado for ao menos igualmente adequado e eficiente ao meio adotado.

Por fim, caso o meio seja adequado e necessário, deve ser analisada a proporcionalidade em sentido estrito. Consiste esta no denominado “sopesamento” entre os direitos envolvidos⁴⁵. É um juízo de custo-benefício na proteção/sacrifício dos direitos em jogo, tendo como função evitar

⁴⁰ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 169.

⁴¹ *Idem*. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-50.

⁴² *Idem*. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168.

⁴³ *Idem*. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 172-173.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 165.

⁴⁵ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-50.



que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restringem direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar⁴⁶.

Nessa moldura, observa-se de acordo com os critérios mencionados que a usucapião extrajudicial é desproporcional. Explica-se.

No tocante ao juízo de adequação, tem-se que a medida estatal de desjudicialização passa no primeiro teste. Isso porque, sem dúvida o meio extrajudicial da usucapião promove ou estimula a razoável duração do processo e o acesso à justiça, ainda que seja bastante questionável se alcança tais finalidades em grau significativo, consoante desenvolvido nos capítulos anteriores.

Passa-se à análise da necessidade. A usucapião extrajudicial é necessária segundo um critério técnico-jurídico, porque não existem medidas alternativas que sejam tão eficazes (primeira dimensão de análise da necessidade) no combate à morosidade do Poder Judiciário em comparação a retirar matérias do âmbito da tutela judicial primária. Ou seja, não há meio igualmente adequado para promover a razoável duração do processo e o acesso à justiça da coletividade de jurisdicionados brasileiros do que a desjudicialização, o que ocorre por motivos óbvios.

A questão central, destarte, reside na proporcionalidade em sentido estrito. E é justamente nessa fase que se verifica que a usucapião viola o teste de proporcionalidade. Isso porque, há uma gigantesca restrição operada sobre o princípio da segurança jurídica, em vista da enorme facilitação de fraudes e desvios do instituto da usucapião, a qual é enormemente favorecida pela forma extrajudicial nos termos positivados pelo legislador ordinário. Em contrapartida, os benefícios de acesso à justiça e razoável duração do processo são extremamente diminutos, dada a baixíssima aplicabilidade da situação abstrata de incidência da norma legal no espectro de ações de usucapião judicializadas no Brasil. Quantos jurisdicionados altem mão expressamente de defender o seu direito de propriedade em relação ao possuidor que pleiteia o reconhecimento da aquisição do referido direito real via ação de usucapião? Certamente, a quantidade não é significativa para fins de uma restrição desta ordem. É dizer, não há justa medida na malfeição da segurança jurídica em larga escala para que se promova o acesso à justiça e a razoável duração do processo em grau tão ímbricio.

⁴⁶*Ibidem*. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. Malheiros, 2011, p. 172-173.



CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente trabalho, conclui-se que a norma que estabelece a possibilidade de usucapião extrajudicial instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 deve ser declarada inconstitucional pela Corte Suprema, em sede de controle concentrado, ou pelas instâncias ordinárias, em controle difuso, porquanto não se pode aprová-la pelo critério constitucional da proporcionalidade.

Isso porque, como visto, a usucapião extrajudicial possui uma ínfima aplicabilidade para o motivo fático que a determina ao mesmo tempo em que representa uma patente vulnerabilidade para a segurança jurídica e para o interesse público no controle e reconhecimento legítimo da usucapião constitucional ou legalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, não se pode conceber que para alcançar um determinado fim inquestionavelmente querido o legislador faça vigurar uma norma cujos efeitos possuem uma potencialidade muito mais danosa do que benéfica ao interesse público. Postos em uma balança, o pêndulo da ponderação inclina-se a apontar que a insegurança jurídica provocada pelo instituto em tela é mais acentuada que as vantagens que potencialmente a novel forma de reconhecimento da prescrição aquisitiva lançada pode realizar. Flagrante está a disparidade entre os fins almejados e a gravidade dos meios escolhidos com altos riscos de danos para a sociedade, razão pela qual, consoante o que foi abordado, deve ser reconhecida a invalidade da norma por violar o requisito da proporcionalidade em sentido estrito.

Não se pode permitir que escolhas extremamente deletérias exercidas pelo legislador surtam efeito vulnerando sobremaneira o interesse público. Casos como este permitem o controle judicial como freio e contrapeso da atividade legislativa compatível com a separação dos Poderes. Não se trata de indevida interferência na função legislativa constitucionalmente atribuída aos representantes eleitos do Congresso Nacional, mas de análise de questão jurídica realizada pelo Poder Judiciário ao se reconhecer que um preceito constitucional está sendo maculado pelo legislador. É certo que estes também estão sujeitos e adstritos às normas da Constituição e a elas devem obediência.

A preocupação com o congestionamento de demandas instauradas no Poder Judiciário é legítima e relevante, porém não se pode tentar promovê-la a qualquer custo. É esse o limite im-



posto pelo requisito da proporcionalidade em sentido estrito. O meio só é válido se os seus sacrifícios forem compensados à altura pelas conquistas previstas, o que não ocorre em potencialidade com o instituto da usucapião extrajudicial. Como explicado, embora possa haver um caso ou outro que se beneficie licitamente com o instituto em tela esse contingente certamente será mínimo, de forma que não justifica a restrição da segurança jurídica que deve permear as relações sociais, bem assim do interesse público de que a usucapião seja reconhecida àquele que realmente fizer jus a esse direito. Sendo assim, a usucapião extrajudicial é inconstitucional e deve ser retirada do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. *O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapião-extrajudicial-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

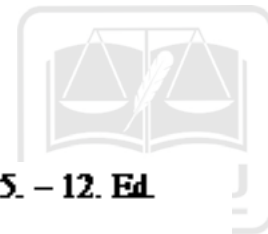
BRASIL. Código Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ata2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Verônica Akemi Shimoda de. *O instituto da usucapião extrajudicial no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/veronica-akemi-instituto-usucapião-extrajudicial-cpc>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.



CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Revis. Vol. 5. – 12. Ed.* Fortaleza: Editora Juspodium, 2016.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *A Desjudicialização Enquanto Ferramenta de Acesso à Justiça no CPC/2015: a nova figura da usucapião por escritura pública.* *Revista da EMERJ.* Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

DIDIER, JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Salvador: Jus Podivm, 2017.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. V.1.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOBO E ORLANDI ADVOGADOS. *Usucapião extrajudicial: Sugestões para qualificação no registro de imóveis.* Disponível em: <<https://www.oficioeletronico.com.br/Downloads/cartilha-usucapiaoadm.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento. V. 2.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário: Teoria e Prática.* 9. ed. São Paulo: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinard. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.



A DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE NO NOVO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL.

Aparecida Maria Pereira da S. Lopes

Graduada pela Universidade de Nova Iguaçu. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo

O trabalho enfoca a temática da regulamentação da Dissolução Parcial da Sociedade pela Lei n. 13.105/15, necessidade de uma análise quanto ao rito previsto no novo ordenamento, comparando ao previsto no Código de Processo Civil de 1973. A possibilidade de ex-cônjuge ou companheiro do sócio requerer apuração de haveres sem a dissolução parcial da sociedade, interferindo na *affectio societatis*. Outro ponto relevante na regulamentação pela nova legislação está na exigência de citação de todos os sócios da sociedade na ação de dissolução parcial da sociedade, dificultando a retirada do sócio que não deseja mais fazer parte da sociedade.

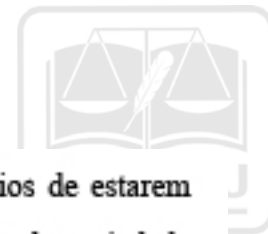
Palavras-chave – Direito Societário. Dissolução Parcial da Sociedade. Lei n. 13.165/2015.

Sumário – Introdução. 1. Previsão no novo ordenamento processual civil de rito especial e aplicabilidade do código de processo civil de 1973. 2. Possibilidade de requerimento de apuração de haveres por ex-cônjuge ou companheiro do sócio. 3. Citação dos sócios na dissolução parcial: extensão dos efeitos da sentença para a sociedade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Presente pesquisa científica discute a regulamentação da dissolução parcial da sociedade prevista na Lei n. 13.105/15 do Código de Processo Civil 2015, dentro de um contexto processual, em comparação ao regime do Código de Processo Civil de 1973. Procura-se demonstrar que as normas previstas nos artigos 599 a 609, do CPC/15, poderão dificultar processualmente o sócio que não deseja mais fazer parte da sociedade.

As sociedades empresárias surgem através do acordo de vontades, em realizar esforços comuns no desenvolvimento da atividade empresarial ou não econômica para obtenção de



lucros. Nesse contexto, surge a *affectio societatis*, ou seja, o desejo dos sócios de estarem juntos, na escolha quanto à pessoa para construir uma sociedade. A dissolução da sociedade ocorre com a quebra da *affectio societatis*.

O Ordenamento Processual Civil veio regulamentar o que já era de construção doutrinária e jurisprudencial: a dissolução parcial da sociedade.

Este trabalho enfoca o exame da dissolução parcial da sociedade sob a égide do ordenamento processual civil – Lei nº 13.105/15, comparando ao CPC de 1973, que aplica as regras previstas no CPC de 1939, e ainda a previsão de normas inovadoras que poderão ser prejudiciais sua aplicação para a atualidade.

A Lei nº 13.105/15 supre a falta de regulamentação para o procedimento de dissolução parcial da sociedade, deixando dúvida quanto sua revogação por definitivo à previsão do CPC/1939. Seria um retrocesso ou avanço? O ex-cônjuge ou companheiro do sócio pode pedir a dissolução parcial da sociedade, como ficaria o artigo 1.027, do CC/2002? Tendo em vista a exigência de citação dos sócios para figurar na relação processual, e dispensando a da sociedade, ela se sujeita aos efeitos da sentença?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “Sociedade” e compreender como esse conceito no ordenamento jurídico pátrio em se tratando de sociedade de pessoas, busca a afinidade entre os sócios na realização de esforços, o que muito se compara ao instituto do matrimônio, ocorre que com advento da regulamentação de dissolução parcial da sociedade, em aspectos processuais poderá dificultar a saída do sócio pela quebra de afinidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da alteração do rito previsto no CPC de 2015, e revogando se o previsto no CPC de 1973.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o ex-cônjuge ou companheiro do sócio poderá requerer a apuração de haveres, como parte legítima na ação de dissolução parcial da sociedade.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a exigência para o sócio que não deseja mais fazer parte da sociedade ao ingressar com a ação de dissolução parcial terá que incluir no pólo passivo todos os sócios para serem citados.

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. PREVISÃO NO NOVO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL DE RITO ESPECIAL E APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, criou o título III, que trata dos procedimentos especiais, a ação de dissolução parcial de sociedade, artigos 599 a 609. O Código de Processo Civil de 1973 não dispôs sobre o assunto e o Código de Processo Civil de 1939 disciplinava a ação de dissolução e liquidação das sociedades nos artigos 655 a 674.

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1939, o Novo Código de Processo Civil trata da dissolução parcial e não da dissolução total da sociedade, isto porque até a entrada em vigor do Código Civil, em 2002, existia apenas a hipótese da dissolução total da sociedade com a sua conseqüente liquidação e extinção, nos termos dos artigos 335 e 336 do Código Comercial e artigo 1.399 do Código Civil de 1916.

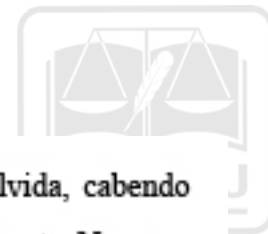
O Código Civil de 2002, no livro II, passou a regular o direito de empresa, e nos artigos 1.028 a 1.032 tratou da resolução da sociedade em relação a um sócio, revogando o Código Civil de 1916 e os dispositivos do Código Comercial que tratavam das sociedades comerciais.

A jurisprudência antes da entrada em vigor do Código Civil 2002 já permitia a dissolução parcial, com a intenção de preservar a continuidade das atividades econômicas desenvolvidas, e dar efetividade do princípio da preservação da empresa e da função social.

Como o Código de Processo Civil de 1973 não fez previsão à ação de dissolução de sociedade, os dispositivos do Código de Processo Civil de 1939 nos artigos 655 a 674 continuaram com aplicabilidade por força do disposto no inciso VII do artigo 1.218 do CPC de 1973, em que o rito adotado era o ordinário.

A dissolução parcial é criação doutrinária e jurisprudencial, por primazia da preservação da empresa, uma vez que não tinha regramento processual próprio. Como bem afirma Fábio Ulhoa Coelho¹: “a *affectio societatis* é a disposição dos sócios em formar e manter a sociedade uns com os outros”.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 390.



Quando ausente essa vontade, ela não se constitui ou deve ser dissolvida, cabendo assim, a sua dissolução parcial, com a devida apuração de haveres do sócio retirante. No caso, um ou alguns sócios se retiram da sociedade desfazendo-se os vínculos societários apenas em relação a estes.

A jurisprudência já firmava esse entendimento como o previsto na súmula 265 do STF²: “Na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou”

Na vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916 prevalecia à teoria contratualista, que privilegiava a vontade dos sócios sobre o interesse institucional da atividade econômica desenvolvida pela sociedade. Posteriormente foi ganhando força o princípio da preservação da empresa, que trata a sociedade não como um mero contrato de capitais, mas como um instrumento jurídico que viabiliza a própria atividade econômica³.

Deste modo, os tribunais passaram a entender que um ou alguns sócios ou acionistas - Companhias Fechadas - não podem impor sua vontade em dissolver a sociedade sobre a vontade contrária dos demais sócios ou acionistas. Conseqüentemente ao invés de ocorrer à dissolução procede-se a retirada do sócio retirante com apuração dos seus haveres.

A dissolução parcial da sociedade pelo Princípio da Preservação da Empresa e de sua função social, veio evitar a dissolução e liquidação da sociedade quando ocorre a quebra da *affectio societatis*. Neste caso, ocorre a resolução da sociedade em relação a um ou alguns sócios, desfazendo-se os respectivos vínculos. Portanto, nada mais é do que a resolução ou resilição do contrato de sociedade em relação a um ou mais sócios, mediante a existência de motivos capazes de provocar a extinção do contrato societário.

A dissolução por si só não extingue a sociedade, apenas inicia a fase de liquidação ao fim da qual esta se encerra. Para a extinção da sociedade são necessárias três etapas: dissolução, liquidação e extinção. Isto porque a dissolução é um ato declaratório que inicia o processo de liquidação, que por sua vez conduz ao ato declaratório de encerramento da sociedade, que representa a confirmação do ato de dissolução e aprovação da liquidação.

O Código Civil não utiliza o termo dissolução parcial, em razão da sua falta de precisão, como ressaltado anteriormente, mas resolução da sociedade em relação a um sócio.

² BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Súmula n° 265*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3021>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 3. rev. e atual. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7.



Para as sociedades anônimas a dissolução da sociedade é regulada no artigo 206, da Lei 6.404/76⁴, e pode ser de pleno direito, por decisão judicial e por decisão administrativa.

Na dissolução parcial efetua-se a liquidação da quota do sócio retirante, excluído ou dos sucessores, que se tornam credores da sociedade. Nestes casos em que a sociedade se resolve em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota e a quota liquidada será pago em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

O legislador pátrio denominou novo procedimento como especial, disposto na Lei nº 13.105/15⁵, como ação de dissolução parcial da sociedade, de forma que engloba a resolução, como a apuração de haveres devido ao sócio. Como se pode observar do disposto no art. 599 e seguintes, do código de processo civil⁶, a maior ênfase é dada à apuração de haveres que a própria desconstituição do vínculo societário.

O artigo 603, § 2º do novo diploma⁷, prevê o procedimento comum no caso de controvérsias entre as partes sobre a dissolução parcial ou não da empresa. O procedimento especial previsto no Capítulo V, do Título III⁸, será observado, na fase da liquidação da sentença, ou seja, para apuração e pagamento dos haveres.

Sendo assim, a especialidade do procedimento previsto no CPC/15, de forma substancial, aplica-se na fase de apuração de haveres, pois na tramitação da ação de dissolução parcial correrá pelo procedimento comum, sem maiores peculiaridades até à liquidação.

⁴ BRASIL. Lei nº 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

⁶ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

⁷ *Ibid.*, Art. 603 Havendo manifestação expressa e unânime pela concordância da dissolução, o juiz a decretará, passando-se imediatamente à fase de liquidação. §1º Na hipótese prevista no caput, não haverá condenação em honorários advocatícios de nenhuma das partes, e as custas serão rateadas segunda a participação das partes no capital social. §2º Havendo contestação, observar-se-á o procedimento comum, mas a liquidação da sentença seguirá o disposto neste Capítulo. *Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF*, v. 06, n. 11, pp. 365-388, mai/ago, 2016.

⁸ *Ibid.*



Dessa forma, o procedimento especial em análise foi restringido pelo legislador pátrio, em que este regulou exclusivamente a dissolução parcial da empresa, não prevendo para dissolução total.

A dissolução parcial da sociedade era aplicada somente nas sociedades de pessoas, por quebra da *affectio societatis*, posteriormente passou-se a admitir a dissolução da sociedade anônima fechada *intuito personae*.

Isso porque a dissolução é um ato declaratório que inicia o processo de liquidação, que por sua vez conduz ao ato declaratório de encerramento da sociedade, que representa a confirmação do ato de dissolução e aprovação da liquidação.

As causas da dissolução parcial são elencadas nos artigos 1.028, 1.029 e 1.030, do Código Civil⁹: a morte do sócio, o direito de retirada em razão de justa causa e a exclusão do sócio por motivos de falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente.

O artigo 1.035, dispõe que o contrato social pode estipular outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas. Deste modo, as causas de dissolução não são taxativas.

Para as sociedades anônimas fechadas a dissolução da sociedade é regulada no artigo 206, da Lei nº 6.404/76¹⁰, e pode ser de pleno direito, por decisão judicial e por decisão administrativa.

2. POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DE APURAÇÃO DE HAVERES POR EX-CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DO SÓCIO

Não parece razoável a ideia de admitir que no caso de extinção do casamento por divórcio ou morte do cônjuge de sócio, o ex-cônjuge ou seus herdeiros pudessem tomar parte na sociedade; seria ferir a *affectio societatis* e à própria consecução do objeto social.

Há dois interesses confrontados: de um lado, o do cônjuge do sócio no caso de extinção do casamento; e de outro, o da sociedade e dos demais sócios, de ver preservada a sociedade, blindada em relação às relações conjugais de sócio. Inicialmente, preservou o

⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.



segundo interesse art. 1.027, Código Civil¹¹. Agora, preserva o primeiro conforme dispõe o parágrafo único do art. 600 do CPC/15¹².

Ocorreu a revogação tácita do art. 1.027, do CC¹³? Parece que sim, mas o novo dispositivo depende de interpretação extensiva, uma vez que trata apenas do interesse do ex-cônjuge de sócio em caso de extinção da relação, mas não dos herdeiros de tal cônjuge quando da sua morte. Sendo idênticos os interesses, não se admitem tratamentos diversos.

O Código Civil, ao dispor no art. 1.027¹⁴, a partilha das quotas no caso de separação judicial ou divórcio, conferiu o direito ao ex-cônjuge na divisão periódica dos lucros, e não a efetiva dissolução parcial da sociedade, em que não faz parte como sócio, tendo direito apenas ao seu quinhão nos lucros distribuídos até ocorra a liquidação da sociedade, se configurando uma sub sociedade pela meação, de cunho patrimonial das cotas.

Sendo assim, o ex-cônjuge não tem o chamado *status socci*, condição de sócio, pelo fato de, *socci mei socius nm est* - sócio do meu sócio, meu sócio não é-.

O CPC/15, no parágrafo único do artigo 600¹⁵, passou a reconhecer o cônjuge ou companheiro do sócio, em que a relação conjugal terminou a legitimidade para requerer a apuração de seus haveres na sociedade pela meação do sócio.

Em razão da aparente divergência entre os artigos 600, parágrafo único, do CPC/15, e o artigo 1.027, do CC¹⁶, sendo o primeiro posterior, vindo a derogar a norma material prevista no Código Civil, há posicionamentos, como de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁷, conforme segue:

[...] a ideia de que o referido dispositivo, com a entrada em vigor do CPC, (...) “está derogado por este CPC 600 par. ún., pois o CPC não só é lei posterior ao CC, como também é norma que trata especificamente de processo e, portanto, hermeneuticamente mais autorizada a dispor sobre a questão da legitimidade¹⁸”.

Pela análise do parágrafo único do artigo 600, compreende-se que não foi intenção do legislador processual revogar implicitamente a norma de direito material disposta no artigo

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

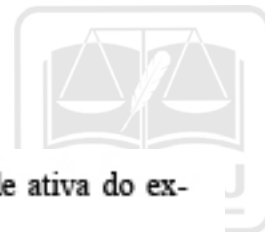
¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. nota 10, art. 600, p. 529.

¹⁸ Ibid.



1.027, do CC¹⁹, nem tão pouco regulamentar, mas sim, regular a legitimidade ativa do ex-cônjuge não sócio.

Todavia, a disposição prevista no parágrafo único do artigo 600 do CPC/15²⁰, está prevista no Capítulo da Ação de Dissolução Parcial da Sociedade, o legislador a inseriu para regular a legitimidade do ex-cônjuge não sócio, para propositura da ação judicial em face da sociedade para garantir indenização compensatória da parte partilhada, em sua respectiva quota, requerendo apuração de haveres quando esta encontrar-se em liquidação, sem a necessidade de demandar contra o seu ex-cônjuge.

Pela legitimidade ativa conferida ao ex-cônjuge ou companheiro de sócio que se separou, trazida pelo CPC/15, revogando assim o disposto no artigo 1.027, do CC, em que previa que o ex-cônjuge de sócio não poderia exigir, desde logo a parte que lhe couber na quota social, cabendo tão somente concorrer à divisão periódica dos lucros, até a liquidação da sociedade.

O artigo 1.027 do CC, sofreu críticas dos doutrinadores, por não permitir que ex-cônjuge se desligue da sociedade.

Acerca do tema, dispõe Priscila M. P. Corrêa da Fonseca²¹ que:

Parece intuitivo que não se possa constranger o ex-cônjuge ou herdeiros deste a ficar indefinidamente jungidos à sociedade, em situação que se denota, à evidência, inconstitucional – eis que violadora do comando contido no art. 5º, XX, da Lei Maior. Cuida-se, ademais, de condição bastante incômoda e iníqua. É que, não tendo qualquer possibilidade de ingerência sobre a administração e o destino da sociedade, ficarão aqueles à mercê dos demais sócios [...]

Com o novo diploma encerrou divergências já existentes antes mesmo do CC/2002, sobre a possibilidade ou não do ex-cônjuge ou companheiro requerer a apuração de haveres, corroborando entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº 114.708-MG –BRASIL, 2001-, no qual o Ministro Carlos Alberto Direito asseverou:

Com mais razão, reconhecendo a controvérsia sobre a matéria e a linha do precedente da Corte, entendendo agora que a mulher que recebeu em partilha a metade das cotas sociais tem legitimidade ativa para apurar os seus haveres, divergindo, assim, com todo o maior respeito, do voto do eminente Ministro Waldemar Zveiter, por quem tenho conhecida admiração. Não autorizar que tal seja possível, ou seja, vedar a legitimidade ativa nesses casos, significa negar valor ao bem partilhado, gerando conseqüências lesivas ao patrimônio do cônjuge meeiro. Se

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁰ Ibid.

²¹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 109.



sócio não é, não se lhe pode negar o direito de apurar os seus haveres, que judicialmente foram-lhe deferidos²².

A regulamentação no novo ordenamento processual civil trouxe o procedimento especial previsto no art. 600³, parágrafo único, veio encerrar divergências doutrinárias a cerca da possibilidade de ex-cônjuge ou companheiro, cujo casamento, união estável ou convivência terminou, o direito de pleitear não a dissolução parcial da sociedade em que não figura como sócio, mas apenas lhe conferir legitimidade na apuração de haveres da sociedade quando esta encontrar se em liquidação.

3. CITAÇÃO DOS SÓCIOS NA DISSOLUÇÃO PARCIAL: EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA PARA A SOCIEDADE

A sociedade é ente personificado com interesses próprios que não necessariamente colidem com os dos sócios, sendo possível ocorrer conflitos de interesses.

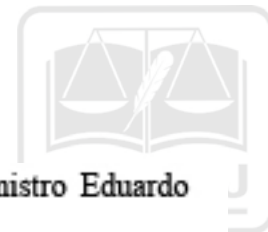
Sendo a sociedade constituída por contrato, como ocorre nas Sociedades Limitadas, os sócios devem figurar no pólo passivo da demanda, para que não fiquem alheios a decisões que possam vir afetá-los.

O Art. 601, do CPC/15²³, prevê um litisconsórcio obrigatório entre a sociedade e os sócios, conforme dispõe o Parágrafo Único, sendo citado todos os sócios, a sociedade se sujeitará aos efeitos da decisão e a coisa julgada.

Dessa forma, o correto é que a sociedade deve estar presente na demanda, tendo em vista que as relações jurídicas se estabelecem não somente entre os sócios, mas entre eles e a sociedade, que tem personalidade jurídica própria. A decisão da dissolução parcial ou total da sociedade afetará a sua estrutura, devendo a mesma se manifestar na ação, ocorrendo um litisconsórcio necessário. Assim sendo majoritariamente o entendimento nos Tribunais como o voto do Ministro Eduardo Ribeiro:

²² BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 114.708-MG*, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatoria para o Acórdão: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Acórdão de 19.02.2001. DJ 16.04.2001, p. 105, RSTJ, P. 277, vol. 148. Disponível em: <www.stj.jus.br/portal/site/stj>. Acesso em: 06 jan. 2018.

²³ BRASIL, op. cit., nota 6.



Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro no julgamento do Recurso Especial nº 44.132/SP (BRASIL, 2015)²⁴:

“Passa a petição de recurso a sustentar a ilegitimidade da sociedade para figurar no processo. Malgrado o brilho com que exposta, a tese não merece ser acolhida. Certo que a pretensão de retirada, enquanto envolve modificação do contrato social, haveria de ser atendida pelos demais sócios e não pela sociedade. Entretanto, julgada procedente a ação, o patrimônio da sociedade, e não o pessoal dos sócios, é que arcará com o pagamento do que for devido aos que se retiram. Justifica-se, pois, sua presença no processo.” No mesmo diapasão, entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 105.667/SC (BRASIL, 2000) e 77.122/PR (BRASIL, 1996)²⁵.

Tendo a sociedade existência distinta de seus sócios, importuno que fique alijada de demanda em que, pela natureza da relação jurídica sofrerá de imediato os efeitos da decisão proferida.

A CRFB/88 no art. 5º, inciso LV e LVI, consagra os Princípios Constitucionais do devido processo legal, e do contraditório, garantindo a efetiva participação da sociedade que se sujeitará aos efeitos da decisão suportando o ônus processual.

Não obstante o disposto no parágrafo único do citado artigo, o legislador pátrio prevê a dispensa de citação da sociedade quando ocorrer à citação de todos os sócios, contudo, ficando a sociedade sujeita aos efeitos da decisão. Citação é o ato de convocação do réu para se defender em juízo.

Mas certo também é que a sociedade deve estar presente no feito, visto que as relações jurídicas se estabelecem não somente entre os sócios, mas também entre eles e a sociedade, que tem personalidade jurídica própria. A sociedade será diretamente afetada em sua estrutura, devendo assim manifestar-se na ação. No pedido de dissolução total será a pessoa jurídica quem será dissolvida e na dissolução parcial será ela também quem será parcialmente desfeita. Ademais, os haveres do sócio que se despediu ou foi excluído do corpo social constituem crédito deste em face da sociedade. Será ela quem, na fase de execução, deverá ser compelida a pagá-los.

²⁴ REIS, Isabela Salomon. A dissolução parcial da sociedade a luz do novo CPC: uma visão crítica da legislação. *Alethes*: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF, v. 06, n. 11, p. 365-388, maio/ago., 2016.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 44132/PR*. Relator: Eduardo Ribeiro – Terceira Turma. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 01 abr. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400044348&dt_publicacao=01/04/1996>. Acesso em: 06 jan. 2018.



Desse modo, não há como a sociedade, que tem existência distinta da de seus membros, possa ficar submetida a demanda em que, pela natureza da relação jurídica estabelecida entre ela e os sócios, sofrerá diretamente os efeitos jurídicos da decisão.

Não se afigura plausível, nem tampouco legítimo, que o pólo passivo de ação de dissolução de sociedade seja integrado exclusivamente pelos demais sócios da pessoa jurídica dissolvida.

Em primeiro lugar, a sociedade deve exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório, para proteger os seus interesses; em segundo, e neste caso o mais importante, porque a pessoa jurídica sofrerá, diretamente, os reflexos da decisão, inclusive com a redução do capital social.

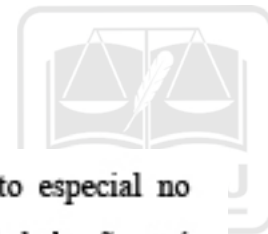
Em consonância com o exposto, merece destaque lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em sua obra "Direito de Empresa":

Aliás, como a sociedade tem a função de simplificar as relações jurídicas, materializando-se no instrumento que representa o conjunto dos sócios nas suas relações com cada qual deles e com terceiros, a citação deve ser feita na sua pessoa, exclusivamente, nos termos dessa representação. De fato, o negócio jurídico de constituição de uma sociedade (de associação ou de uma fundação) não pode ser visto apenas sob o liame que une os sócios para sua formação. Da vontade por eles manifestada nesse negócio, ao contrário do que ocorre com todos os outros, surge um novo ente, capaz de direitos e obrigações, com patrimônio próprio e distinto dos sócios que participaram de sua constituição. A partir daí, os bens e recursos que os sócios trouxeram para o empreendimento comum deixam de lhes pertencer e passam ao domínio da pessoa jurídica assim formada.²⁶

Sendo assim, resulta que, se os sócios, depois de constituída a sociedade, só têm relações jurídicas com a sociedade e, através dela, com os demais sócios, a ação para dissolver tal sociedade deve ser dirigida contra ela, que representa os sócios em conjunto, e não contra cada qual deles individualmente considerados. É o que está previsto, aliás, para o caso de dissolução por causa falimentar, por exemplo, em que ré na respectiva ação é a sociedade. A lei anterior só facultava aos sócios das sociedades não revestidas da forma de sociedade por ações comparecer voluntariamente ao processo - sem exigência da respectiva citação-, para manifestar sua oposição à quebra, quando fundada em requerimento de sócio - Dec. Lei nº 7.661/1945, art. 11, § 4º²⁷ - o que não é mais previsto na lei vigente.

²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 425-427.

²⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 jul. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.



Ocorre certa discordância nos dispositivos previstos no procedimento especial no parágrafo único do art. 600, com o art. 602 do novo Código²⁸. Naquele, a sociedade não será citada, se de forma regular todos os sócios o foram não fazendo parte da demanda. Neste, prevê, que ela poderá formular pedido de indenização compensável com os haveres.

Dessa forma, como a sociedade não sendo citada, logo não faz parte da relação processual poderá pleitear pedido indenizatório? Flávio Luiz e Felipe Yarshell do Amaral Matos questionam tal hipótese:

(...) e se nem todos os sócios estiverem de acordo com o pleito de indenização? A hipótese longe de ser remota, é ponderável porque é possível que os sócios remanescentes, embora continuem na sociedade, tenham entre si posições diferentes acerca das providências a adotar em relação ao sócio que deixa ou que deixou a sociedade.²⁹

Observa-se ainda, que há desarmonia também do disposto no parágrafo único do Art. 600 com o Art. 604, em que a sociedade ou aos sócios que permanecerem, o juiz determinará depósito dos haveres, sendo incongruente a parte “sociedade” ser estendida os efeitos decisórios.

Contudo, pelo procedimento previsto no ordenamento pátrio, no novo Código de 2015, em razão de algumas desarmonias entre dispositivos, o legislador conferiu o poder de convencionar conforme dispõe o art. 190, do Código de Processo Civil de 2015³⁰, a possibilidade das partes preverem regras aplicáveis ao contrato social, no qual poderá ser aplicada de forma diversa ao previsto no procedimento especial de dissolução parcial da sociedade.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁹ YARSHELL, Flávio Luiz; MATOS, Felipe do Amaral. O procedimento especial de dissolução (parcial) de sociedade no projeto de CPC. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti; YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 211-238

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.



As sociedades empresárias nascem do acordo de vontades dos sócios, que representa a *affectio societatis*, que é o princípio basilar para constituição e permanência da sociedade, onde há o critério imperativo dos deveres e responsabilidades entre os sócios. No momento em que ocorre a falta dos pilares que a mantêm, nasce a pretensão da dissolução (total ou parcial) da sociedade.

Com a evolução da legislação e o passar dos anos, se tornou possível às formas de dissolução da sociedade, que até então só ocorria a total.

Hoje o ordenamento jurídico permite a dissolução parcial, em suas modalidades, com a finalidade da preservação da empresa, ainda que algum, ou alguns sócios estejam insatisfeitos com a sociedade.

A análise discorrida no trabalho exposto, não esgota a discussão sobre o tema ainda prematuro no cenário nacional. Contudo, o Código de Processo Civil de 2015, veio regulamentar a lacuna existente sobre a matéria, que já vinha sendo aplicada pelos Tribunais e pela doutrina.

Com isso, a legislação, a doutrina e a jurisprudência vêm evoluindo para dar solução aos novos conflitos societários que vêm surgindo, sempre com o objetivo de preservar a sociedade ao invés de dissolvê-la.

Conclui-se que a Lei nº 13.105/15, inovou disciplinando a dissolução parcial da sociedade, revogando a previsão do Código de Processo Civil de 1939, que se manteve no Código de Processo Civil de 1973, não há que se falar em retrocesso, em razão da regulamentação dar efetividade a preservação da empresa e a função social, de forma célere quando ocorrer a quebra da *affectio societatis* por um de seus sócios. Contudo, o Código de Processo Civil de 1973, mantém sua aplicação quando se tratar de dissolução total da empresa conforme dispõe o art. 1.218, VII do Código de Processo Civil de 1973, por força do disposto nos art. 655 a 674, do Código de Processo Civil de 1939.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 jul. 1945. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 dez. 1976.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 44132/PR*. Relator: Eduardo Ribeiro – Terceira Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 abr. 1996. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400044348&dt_publicacao=01/04/1996>. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 114.708-MG*, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatoria para o Acórdão: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Acórdão de 19.02.2001. DJ 16.04.2001, p. 105, RSTJ, P. 277, vol. 148. Disponível em: <www.stj.jus.br/portal/site/stj>. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Súmula nº 265*. Disponível em:

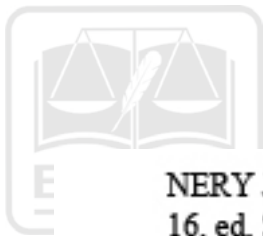
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/memuSumarioSumulas.asp?sumula=3021>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. 3. rev. e atual. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz; MATOS, Felipe do Amaral. O procedimento especial de dissolução (parcial) de sociedade no projeto de CPC. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti; YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.



NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1,195 do Código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REIS, Isabela Salomon. A dissolução parcial da sociedade a luz do novo CPC: uma visão crítica da legislação. *Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF*, v. 06, n. 11, p. 365-388, maio/ago., 2016.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EXECUÇÃO FISCAL: NÃO APLICAÇÃO DO ART. 133 DO CPC AO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Ariadne Lucy Esteves Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá
– UNESA. Advogada.

Resumo: O novo Código de Processo Civil inclui como uma das novidades ao processo judicial o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Em razão dos questionamentos se esta nova norma procedimental seria aplicável aos casos que envolvem matéria tributária, mais especificamente, aos processos de execução fiscal em que se permite o redirecionamento da ação em face do responsável tributário, surge a relevância de se indagar sobre a aplicação das regras processuais do incidente em tela às hipóteses do art. 135 do Código Tributário Nacional – Redirecionamento da Execução Fiscal. Diante desse contexto, pretende-se apresentar distinções entre responsabilidade tributária e desconconsideração da personalidade jurídica, bem como examinar no atual cenário o princípio da especialidade e a aplicação subsidiária do código de processo civil ao rito da execução fiscal. Além disso, faz-se mister harmonizar os institutos em busca de um processo mais ágil e efetivo com a não violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Palavras-chave – Direito Tributário. Redirecionamento da Execução Fiscal. Novo Código de Processo Civil. Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica.

Sumário – Introdução. 1. Diferença entre responsabilidade tributária e desconconsideração da personalidade jurídica. 2. Princípio da especialidade da Lei nº 6.830/80 e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao rito da execução fiscal. 3. Processo Justo: Princípio do contraditório versus princípios da razoável duração do processo e eficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica consubstancia-se na análise do novo incidente da desconconsideração da personalidade jurídica, introduzido no ordenamento jurídico por meio do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, e seu reflexo no processo especial para cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, regulado pela Lei de Execuções Fiscais, Lei nº 6.830/80, quando for necessário incluir novos devedores no polo passivo de uma ação executiva fiscal (redirecionamento da execução fiscal).

Na acepção do Código Tributário Nacional, a prática do redirecionamento atribui responsabilidade pessoal ao agente no que tange às obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Ocorre,

como regra, após a formação do título executivo, ou seja, durante o curso do processo judicial de cobrança (execução fiscal) e não se confunde com as causas que ensejam o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse contexto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema com o objetivo de conseguir demonstrar que o redirecionamento da execução fiscal não depende do *novel* incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Para melhor compreensão da questão, busca-se apresentar breves noções sobre a desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento dos executivos fiscais, e, assim, despertar a atenção para a impossibilidade de equiparação deles quando da aplicação na esfera tributária.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a distinção entre as figuras jurídicas da responsabilidade tributária e a desconsideração da personalidade jurídica, com o objetivo de fundamentar a diferença do tratamento processual e a não adoção do incidente de desconsideração da personalidade jurídica às hipóteses de responsabilidade tributária.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a subsidiariedade do Código de Processo Civil à Lei de Execuções Fiscais fazendo uma digressão histórica quanto ao surgimento da LEF, tal como analisando o Princípio da Especialidade.

O terceiro capítulo destina-se a justificar a prevalência dos princípios da celeridade e da duração razoável do processo em detrimento do contraditório, já que, ao contrário do que se discute, a garantia constitucional do contraditório não deve ser aplicada de forma ampla e irrestrita a ponto de justificar um processo de execução lento e moroso.

A pesquisa é desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, visto 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. DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Novo Código de Processo Civil (CPC), como já previa o Código de 1973, também prevê que contra o responsável, aquele previsto em lei, possa a execução fiscal ser diretamente proposta ou redirecionada. Nesse sentido, art. 779, VI, do Código de Processo Civil, conjugado com os artigos 4^o, V, da Lei de Execução Fiscal (LEF) e 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN)¹.

Em razão da inovação trazida pelo Código de Processo Civil - O Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica - passou-se a confundir desconsideração com responsabilidade tributária, de forma que impede distinguir tais institutos, já que são figuras jurídicas diferentes, cujo tratamento processual não se confunde.

A desconsideração da personalidade jurídica teve origem no sistema *common law*, a partir do século XIX, quando os meios jurídicos viram crescer a utilização da pessoa jurídica de forma diversa daquela que levou à sua instituição. Desenvolvem-se, na jurisprudência norte-americana (*Disregard Doctrine*), com o fim de combater o mau uso da pessoa jurídica e de sua autonomia patrimonial (fraudes e / ou abusos).

Ainda que diversos autores mencionem como primeiro caso de desconsideração da personalidade jurídica o inglês *Salomon v. Salomon & Co.*, julgado em 1897, de acordo com a professora Suzy Elizabeth Cavalcante Koury², o primeiro *leading case* da *Disregard Doctrine* é de origem norte-americana, julgado em 1809, no caso *Bank of United States v. Devaux*.

A teoria da desconsideração consiste, basicamente, na separação existente entre o organismo e as pessoas que o integram. De forma que será possível, em caso de desvio

¹Art. 779, CPC: A execução pode ser promovida contra: [...] VI - o responsável tributária, assim definido em lei: BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

Art. 4^o, da LEF: A execução fiscal poderá ser promovida contra: [...] V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado. BRASIL. Lei n^o 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

Art. 135, CTN: São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto: [...] III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. BRASIL. Lei n^o 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

²KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração de personalidade jurídica e os grupos de empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Florence, 2011, p. 87/88.



de função ou uso abusivo, ignorar a personalidade jurídica e alcançar o patrimônio de seus integrantes.

No ordenamento jurídico brasileiro, a desconconsideração da personalidade jurídica tem previsão em vários diplomas legais,³ mas é prevista materialmente no Código Civil (Lei nº 10.406/02), no art. 50.⁴ Contudo, em razão de o mencionado artigo permitir uma interpretação aberta quanto à possibilidade de desconconsideração, o instituto foi instrumentalizado a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil entre os artigos 133 ao 137.⁵

A desconconsideração é uma das modalidades de intervenção de terceira. Pode acarretar uma ampliação subjetiva da demanda (litisconsórcio passivo facultativo) por força do resultado nele produzido. E exceto nos casos em que a desconconsideração foi requerida na petição inicial, o incidente processual é meio adequado para desconsiderar a separação entre a personalidade da sociedade e a do sócio, a fim de alcançar os bens deste para garantir o pagamento de dívidas daquela.

Já na esfera tributária, com relação à responsabilidade, doutrinadores como Betina Treiger Grunpenmacher e Denise Lucena Cavalcante confundem as figuras da desconconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade do administrador. Elas afirmam que com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, as infrações previstas

³Art. 28, da Lei nº 8.078/90; art. 4º, da Lei nº 9.525/98 e art. 14, da Lei nº 12.846/2013.

⁴Art. 50, CC: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica: BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

⁵Art. 133, CPC: O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134, CPC: O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica foi requerida na petição inicial, hipótese em que será citada o sócio ou a pessoa jurídica.

§3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135, CPC: 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.

Art. 136, CPC: Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137, CPC: Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, lavada em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente: BRASIL. op. cit., nota 1.

no art. 135, do CTN autorizam a desconconsideração da personalidade jurídica,⁶ fato é que a responsabilidade tributária foi tratada sob fundamento jurídico diverso.

O Direito Tributário, por ter uma característica invasiva sobre o patrimônio das pessoas, seja ela natural ou jurídica, é regido pelo princípio da legalidade e vinculado à regulação por meio de lei complementar para, assim, traduzir a segurança jurídica do Estado e do Contribuinte.

Diferentemente do que ocorre com a desconconsideração da personalidade jurídica, que no art. 50, do Código Civil, ao prever que "pode o juiz decidir", incorpora ao instituto da desconconsideração um grau de liberdade interpretativa do magistrado; no Direito Tributário, mais precisamente na responsabilidade tributária, não há que se falar em hipóteses abertas, dado que o julgador da causa está limitado às condições devidamente previstas no Código, notadamente no art. 135, do CTN.⁷

Dessa maneira, se a própria lei fixa os parâmetros que autorizaram a responsabilidade tributária do administrador, não é o fato de as execuções fiscais de pessoas jurídicas estarem sujeitas, frequentemente, ao redirecionamento da respectiva cobrança aos sócios/diretores da empresa, que é correto afirmar que a responsabilidade tributária dependerá do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. De pronto, nos termos do já citado art. 135, do CTN⁸, quando verificada alguma das hipóteses descritas na Lei, estará automaticamente configurada a responsabilidade tributária.

Além disso, impõe-se, pois, ressaltar que se a intenção do legislador fosse tornar obrigatória a observância e, por conseguinte, a aplicação do novo incidente a todas as hipóteses de responsabilidade de terceiros no direito civil e tributário, assim teria feito de forma expressa, fato que não ocorreu. Dito de outra forma, da leitura do art. 795, do Código de Processo Civil, o legislador somente previu a obrigatoriedade do incidente de desconconsideração quando, por dívida da pessoa jurídica, os bens pessoais dos sócios forem atingidos em razão da desconconsideração da personalidade jurídica⁹. Não havendo,

⁶CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. de (Coord.). *Novo CPC e o Processo Tributário*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015, p. 36 e 42.

⁷Art. 135, CTN: São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado: BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

⁸*Ibidem*.

⁹Art. 795, CPC: Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.



portanto, obrigatoriedade do incidente nas demais espécies de sujeição patrimonial de um terceiro, dentre as quais se inclui a responsabilidade tributária.

Na mesma linha, já se manifestou Luciano Amaro¹⁰:

No direito tributário, encontramos, igualmente, casos de responsabilidade de terceiros. O Código Tributário Nacional (CTN), prevê, no art. 135, situações que, por abstenção do representante legal da pessoa jurídica, ele é pessoalmente responsabilizado por obrigações tributárias que, formalmente, seriam da empresa.

(—)
quando a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa, para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal.

(—)
Em suma, quando o direito já fornece o remédio legal, não é preciso "superar" ou "penetrar" nenhuma forma jurídica. Basta aplicar a solução legal, que já se apresenta sociologicamente concreta.

Ratificando a não aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos executivos fiscais, o seminário "Os impactos do novo Código de Processo Civil na execução fiscal" realizado pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARE) em conjunto com o "Grupo de Estudo do Fórum de Execuções Fiscais" aprovou o enunciado de número 06, em que se estende pela inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos débitos tributários: "Enunciado 06: A responsabilidade tributária regulada no art. 135, do CTN não constitui hipótese de desconsideração de personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133, do CPC/2015¹¹."

Pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, no evento "O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil", houve também a aprovação do enunciado 53, que dispensa o novel incidente para

§1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

§2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desentranhados, bastem para pagar o débito.

§3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

§4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *op. cit.*

¹⁰AMARO, Luciano. Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 88, p. 72-75, out./dez. 1992.

¹¹ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Os impactos do novo Código de Processo Civil na execução fiscal. Enunciado 06*. Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/enunciadosfiscas2015.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

todas as execuções fiscais (e não apenas as tributárias). Veja o texto: “Enunciado 53. O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 133, do CPC/2015¹².”

De acordo com que, pelo acima exposto, decorre ser inaplicável, em sede tributária, o incidente da desconconsideração da personalidade jurídica em sede de execução fiscal. Ainda que o efeito prático dos institutos seja a possibilidade de sujeição do patrimônio de um terceiro não obrigado originalmente, a Responsabilidade e a Desconconsideração possuem origens e fundamentos diferentes.

2. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DA LEI Nº 6.830/80 E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO RITO DA EXECUÇÃO FISCAL

Na ordem hierárquica das leis, acima de todas as normas está a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). No campo das leis complementares é possível citar como exemplo o Código Tributário Nacional e demais leis de normas gerais em matéria tributária. Descendo na hierarquia, tem-se a Lei de Execução Fiscal e, no mesmo nível, o Código de Processo Civil.

Adentrando no fato histórico com relação ao surgimento da LEF, que em 24 de setembro de 2017 completou 37 anos de vigência¹³, é importante destacar que ela foi publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e surgiu da imprescindibilidade de um rito específico para execução de dívida ativa. Essa imprescindibilidade decorreu de o Código Processual à época (CPC/73) não ter previsto rito para a Fazenda Pública cobrar seus créditos¹⁴.

¹²ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS MINISTRO SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. *O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil*. Enunciado 53. Disponível em: <<http://www.enfiam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

¹³Nas palavras de Bianca Starato Fernandes, “é fruto de um grupo de trabalho instituído pela Portaria Interministerial nº 273, de 15 de julho de 1976, composta pelos seguintes membros: Gilde Corrêa Ferraz (Presidente e Subprocurador Geral República), Cid Heráclito de Queiroz (Coordenador e Subprocurador Geral da Fazenda Nacional), Carlos Geminiano da Franca (Procurador da República), Pedryvio Francisco Guimarães Ferreira, Gilberto Siqueira Rangel e Leon Fredja Seklarovsky (Procuradores da Fazenda Nacional). Participou ainda dos trabalhos Milton Baptista Sestini, Procurador do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social”. DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jansen. (Org.). *A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 32.

¹⁴Sobre o assunto, dispõe a exposição de motivos da LEF: “O novo Código de Processo Civil tratou as dívidas consideradas líquidas e certas no nível das próprias sentenças, na modalidade de execução que denominou de ‘título executivo extrajudicial’ (arts. 583 e 585). Mas ao fazê-lo, não só deu ao crédito

Nos dias atuais, com a entrada em vigor do novo cenário processual civil (Lei nº 13.105/2015), parte da doutrina sustenta o acolhimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aos executivos regido pela LEF, sob o fundamento da aplicabilidade das normas subsidiárias do CPC¹⁵.

No entanto, observa-se que o legislador optou por manter a LEF como lei extravagante, tendo em vista que continua não prevendo procedimento destinado à execução da dívida fazendária; além disso, não menciona expressamente a aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ao rito da execução fiscal, a exemplo do que ocorreu no caso dos juizados especiais (art. 1.062, do CPC)¹⁶.

Acerca do assunto, o art. 1º, da LEF dispõe sobre o princípio da especialidade da lei e aplicação subsidiária das normas gerais de processo civil¹⁷. E indo ao encontro desse dispositivo, o Código de Processo Civil, em seu art. 1.046, §2º, prevê a permanência dos procedimentos regulados em disposições especiais, e conseqüentemente, a aplicação de forma suplementar deste¹⁸.

Na doutrina, sobre a aplicação subsidiária das regras do CPC à LEF, impõe-se observar as colocações de Leandro Paulsen¹⁹:

A ação de execução fiscal é via processual adequada para o sujeito ativo da relação tributária, munido da Certidão de Dívida Ativa (CDA) como título executivo extrajudicial, obter do sujeito passivo (contribuinte, substituto ou responsável tributário), a satisfação compulsória do seu crédito.

(...)

A execução fiscal é regida pela Lei n. 6.830/80, denominada Lei de Execução Fiscal (LEF), aplicando-se, ainda, subsidiariamente, o CPC, especialmente os dispositivos que regulam o processo de execução.

público o mesmo tratamento da nota promissória e da letra de câmbio, títulos comerciais, como permitiu que outras espécies de obrigações, v.g., as obrigações para com entidades financeiras, tivessem um rito de execução – com fase extrajudicial – muito mais eficaz, rápido e com privilégios que jamais foram conferidos ao crédito público”. BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁵Mary Elze Queiroz e Antonio Carlos F. de Souza Júnior sustentam que, em virtude da ausência de regra específica na Lei de Execução Fiscal, a regular procedimento de responsabilização tributária, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicado não só para os casos de “redirecionamento da execução fiscal”, mas para todos os casos em que se pretende imputar responsabilidade tributária a um terceiro após a constituição do crédito tributário. CUNHA, *op. cit.*, p. 270-271.

¹⁶Art. 1.062, CPC: O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

¹⁷Art. 1º, da LEF: A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. BRASIL, Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

¹⁸1.046, CPC: Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicam desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.889, de 11 de janeiro de 1973. [...] §2º Permanecerá em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código. *Ibidem*.

¹⁹PAULSEN, Leandro. *Cursos de Direito Tributário Completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 499.



Tal posição, a propósito, é também a de Ronaldo Cramer ao comentar a regra do art. 1046, §2^o:

O §2^o revela que o novo CPC não revoga os dispositivos dos procedimentos especiais regulados em leis extravagantes, mas se aplica supletivamente a esses ritos, quando houver lacuna ou quando não for contrário às previsões daquelas leis. Essa regra confirma a prevalência da lei especial anterior sobre a lei geral posterior.

Na jurisprudência, albergando o Princípio da Especialidade da LEF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando instado a se manifestar sobre o procedimento peculiar da LEF, decidiu, em mais de um julgado, pela afastabilidade das regras do CPC quando não houver lacuna na LEF que necessite de integração²¹.

Partindo de igual perspectiva, o enunciado de súmula 435, do STJ²² prevê procedimento específico construído pela jurisprudência para os casos de redirecionamento da execução fiscal. Tal enunciado, na ausência de regramento em contrário e por força da ampla adoção de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil, deve continuar sendo aplicado.

Com isso, é imperioso concluir pelo afastamento do incidente de Desconsideração, visto que toda e qualquer análise referente à incidência do CPC sobre as execuções fiscais deve partir da premissa de que a LEF é regida pelo Princípio da Especialidade da LEF.

3. PROCESSO JUSTO: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO *VERSUS* PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E EFICIÊNCIA

²⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2361.

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1434142*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <http://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34009461&num_registro=201400253683&data=20140320&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1386171*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44722419&num_registro=201403409851&data=20150406&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2017.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado de Súmula nº 435*. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixou de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCCN/sumulas/doc.jsp?lme=@num=927435%27>>. Acesso em: 22 set. 2017.



O direito fundamental ao processo justo está positivado nas normas constitucionais de 1988, mais precisamente no artigo 5º, incisos XXXV (inafastabilidade da jurisdição), LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa) e LXXVIII (razoável duração do processo)²³. Também está presente na atividade jurisdicional brasileira, por meio do fenômeno da constitucionalização, que estabelece premissas metodológicas para que os princípios processuais constitucionais pautem a aplicação das normas infraconstitucionais.

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, teve como principal objetivo na sua elaboração, adequar o processo civil brasileiro às normas e princípios constitucionais. Em confirmação com os direitos fundamentais, consagra no seu Capítulo I as regras processuais infraconstitucionais e, no seu art. 7º, parte final²⁴, prestigia a garantia constitucional ao Contraditório.

Do mesmo modo, por imposição do modelo constitucional de processo²⁵, o CPC prevê os princípios da Razoável Duração do Processo (art. 4º) e Eficiência (art. 8º) como parâmetro para tornar o processo civil mais célere, justo e menos complexo. Tal desiderato é extraído da Exposição de Motivos do CPC que afirma: "O Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa".

A execução fiscal (Lei nº 6.830/80), assim como qualquer outro processo executivo, também busca fundamento no modelo de processo constitucional, com vistas não só à satisfação do crédito, mas também à proteção das garantias fundamentais do cidadão. E é a partir daí que a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de redirecionamento da execução fiscal, coloca frente a frente, em

²³A CRFB privilegia o direito fundamental ao processo justo em outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, no Título IV, Capítulo III, que dispõe sobre a Organização do Poder Judiciário e a necessidade de motivação das decisões judiciais, art. 93, IX. 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: 01 out. 2016.

²⁴Art. 7º, CPC: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

²⁵O professor Alexandre Freitas Câmara destaca que a expressão "modelo constitucional de processo civil" designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Gen, 2016, p.1.

lados opostos, os princípios da ampla defesa e contraditório, e os princípios da razoável duração do processo e eficiência.

Como já exposto no presente artigo, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é, rigorosamente, um caso de intervenção de terceiro que tem como característica principal acarretar uma ampliação subjetiva da demanda. Ele permite ao sócio requerer o esgotamento dos bens da pessoa jurídica, além de suspender o processo de execução enquanto o incidente não tiver conclusão sobre a responsabilidade. (art. 134, §3º, do CPC)²⁶.

O redirecionamento da execução fiscal, por sua vez, é o instrumento que permite ao fisco, de forma célere, alcançar, ainda no bojo da execução fiscal, o patrimônio do sócio da pessoa jurídica contribuinte. Conforme acentua André Luiz Santa Cruz Ramos²⁷, nesses casos a Fazenda Pública não requer, tecnicamente, a desconconsideração da personalidade jurídica, mas tão somente o redirecionamento da execução contra os sócios administradores ou diretores da sociedade que praticaram atos com excesso de poder ou com infração da lei ou do ato constitutivo.

Por certo, a aplicação do incidente aos executivos fiscais prestigia o contraditório e ampla defesa, criando mais uma possibilidade de discussão sobre a responsabilidade tributária. Conquanto, em razão da instauração do incidente, ocasionar um aumento no tempo de tramitação da execução, tem-se por via reflexa, uma violação da eficiência e da duração razoável do processo.

Registre-se, aqui, o estudo publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça²⁸, que, no Relatório Justiça em Números 2015 (ano-base 2014), divulgou a realidade dos tribunais brasileiros, detalhando a estrutura e litigiosidade da Gestão Judiciária. Nesse relatório, os processos de execução fundados em títulos fiscais são os grandes responsáveis pela morosidade e congestionamento do judiciário: aproximadamente 75% do total de casos pendentes de execução proporcional a 91% de taxa de congestionamento.

²⁶Art. 134, CPC: O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. [...] §3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º; BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

²⁷RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Cursos de Direito Empresarial*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 344.

²⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA *apud* DUARTE, Fernanda; BGMFIM, Gilson; MURAYAMA, Inessen. (Org.). *A LRF e o novo CPC: reflexões e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 139.



Nessa linha, qualquer interpretação que seja no sentido de protelar o processo de execução, sob o argumento de efetivo contraditório, vai de encontro aos fins e aos objetivos do Código de Processo Civil que busca solucionar a causa em tempo razoável, sem dilações indevidas, impondo a exigência de que o processo produza o máximo de resultado com o mínimo de esforço. Nas palavras do Professor Alexandre Câmara²⁹, "quanto menos onerosos (em tempo e energias) os meios empregados para a produção do resultado (e desde que seja alcançado o resultado constitucionalmente legítimo), mais eficiente terá sido o processo.

Impõe-se ainda ressaltar que o redirecionamento da execução fiscal é medida extrema e excepcional; não importa no afastamento da responsabilidade solidária da pessoa jurídica³⁰. Além do que, o redirecionamento não é requerido de forma genérica contra todo e qualquer sócio, mas precisamente àqueles investidos de poderes de administração da sociedade.

Nessa dicção, ainda que o CPC tenha sido propagado como o Código que se dedicou a prestigiar o contraditório e ampla defesa, é evidente que a aplicação do incidente de descon sideração às hipóteses de responsabilidade tributária violaria substancialmente o trâmite das execuções fiscais, razão pela qual se justifica a inaplicabilidade do incidente da descon sideração aos casos de redirecionamento da execução fiscal.

CONCLUSÃO

A aplicação do Código de Processo Civil levará estudiosos e operadores do Direito em geral a desafios e inovações. Contudo, é forçoso reconhecer que o novo incidente de descon sideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137, do Código de Processo Civil não deve ser instaurado quando houver pedido de redirecionamento da execução fiscal para terceiros responsáveis.

Ao contrário do redirecionamento tributário, que somente é cabível nas hipóteses de responsabilização expressamente prevista na lei tributária (art. 135, do Código

²⁹CÂMARA, *op. cit.*, p. 16.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recursos Especiais* n° 1435499. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <http://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35726516&num_registro=201401212506&data=20140925&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 out. 2017.

Tributário Nacional) e está condicionado à regulamentação por meio de lei complementar, o novel incidente de desconsideração, por se tratar de instituto que visa a instrumentalizar a cláusula material prevista na legislação privada (Código Civil, art. 50), está apenas sujeito à apreciação discricionária do magistrado por ser uma disposição aberta.

Também pelo fato de as execuções fiscais serem regidas, prioritariamente, por lei específica (Lei nº 6.830/80) em que tal incidente não é previsto, sob o aspecto processual, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da especialidade: aplicação da Lei de Execução Fiscal em detrimento da norma geral de Processo Civil.

Além disso, a ponderação dos princípios do devido processo legal e o da celeridade, simplicidade e razoável duração do processo indica que, na presente hipótese, a celeridade deve prevalecer, pois evidente que a aplicação do incidente de desconsideração às hipóteses de responsabilidade tributária impactaria substancialmente o trâmite das execuções fiscais, tornando-as mais lentas e complexas, congestionando, por via de consequência, ainda mais o dia a dia das varas e serventias judiciais.

Por fim, os enunciados aprovados nos primeiros eventos referentes ao Código de Processo Civil, em sede regional e nacional, emitiram conclusões semelhantes às expressas neste texto, sinalizando uma futura consolidação jurisprudencial nessa direção.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 88, out./dez. 1992.

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: 01 out. 2016.

_____. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5172.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acessos em: 11 jun. 2017, 01 out. 2017.

_____. *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: 11 jun. 2017.



_____. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1434142*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34009461&num_registro=201400253683&data=20140320&tipo=91&formato=FDF>. Acesso em: 22 set. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Gen, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA apud DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jamssen. (Org.). *A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. de (Coord.). *Novo CPC e o Processo Tributário*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015.

DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Jamssen. (Org.). *A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Os impactos do novo Código de Processo Civil na atuação fiscal*. Enunciado 06. Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/enunciadosfresfec2015.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS MINISTRO SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. *O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil*. Enunciado 53. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A descon sideração da personalidade jurídica e os grupos de empresa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Florence, 2011.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Andre Luiz Santa Cruz. *Curso de Direito Empresarial*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Brevés comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA PELO MÁXIMO DA PENA EM ABSTRATO: REFLEXÃO SOBRE O RISCO SOCIAL DA PERICULOSIDADE DAQUELE QUE SOFRE A MEDIDA DE SEGURANÇA AO RETORNAR AO CONVÍVIO SOCIAL SEM A GARANTIA DA CURA

Bárbara Barreiros da Silva

**Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.**

Resumo – O sistema prisional brasileiro vive em constante crise quanto as bases legais e a realidade dos apenados. A aplicação das medidas de segurança nos hospitais psiquiátricos de custódia também possui suas dificuldades e isso se contrapõe a medida de segurança por tempo indeterminado. Os tribunais superiores entendem ser a medida de segurança *ad eternum* inconstitucional e foi sumulada tal aplicação pelo tempo máximo da pena em abstrato. A essência do trabalho está na liberação desses doentes sem a garantia de cura ou controle, o que põe em cheque a ordem pública e a paz social que devem ser asseguradas pelo Estado.

Palavras-chave – Direito Penal. Sanção. Medida de Segurança.

Síntese – Introdução. 1. Controvérsias quanto ao tempo de duração da Medida de Segurança após a Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça. 2. A liberdade após o tempo máximo da pena em abstrato sem a efetiva cura. 3. O risco social e as medidas jurídicas cabíveis: há solução?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da aplicação da medida de segurança pelo máximo da pena em abstrato e as questões acerca do risco social da periculosidade daquele que sofre a medida de segurança ao retornar ao convívio social sem a garantia da cura. O objetivo do presente estudo é identificar a melhor solução jurídica para cuidar daqueles que após a medida de segurança não ficam curados, já que não podem sofrer medida de segurança por tempo indeterminado sem que isso fira a Constituição.

O STJ trouxe enunciado de súmula mudando o tempo de aplicação da medida de segurança para resolver a inconstitucionalidade de uma sanção que podia ser “*ad eternum*”. A questão agora é entender quais medidas judiciais cabíveis para aqueles que com a nova forma de aplicação da medida de segurança não ficam curados e causam um risco social pela periculosidade.



A presente pesquisa científica discute a aplicação da Medida de Segurança pelo máximo da Pena em Abstrato. Procura-se demonstrar a reflexão sobre o risco social da periculosidade daquele que sofre a Medida de Segurança ao retornar ao convívio social sem a garantia da cura.

Para tanto, aborda-se a jurisprudência do STJ que trouxe enunciado de súmula mudando o tempo de aplicação da medida de segurança para resolver a inconstitucionalidade de uma sanção que podia ser *"ad aeternum"*. A questão agora é entender quais medidas judiciais cabíveis para aqueles que com a nova forma de aplicação da medida de segurança não ficam curados e causam um risco social pela periculosidade.

O Estado não pode sustentar o tratamento daqueles que sofrem Medida de Segurança até que o apenado morra, não existe pena perpétua no ordenamento brasileiro. Contudo, não há nenhuma garantia de tratamento após o apenado cumprir o tempo máximo da pena em abstrato de tratamento em hospital judiciário. Sem esta garantia a sociedade fica exposta à periculosidade que esse agente possui.

Antes da Súmula 527 do STJ o tempo da Medida de Segurança era até que o apenado ficasse curado, ou seja, havia garantia de cura ao conceder a liberdade deste agente. Agora, se o tempo máximo da pena em abstrato não for suficiente para a cura não há medidas públicas que resolvam o problema ocasionando risco para a coletividade.

O tema é controverso porque aborda a aplicação da medida de segurança pelo máximo da pena em abstrato e as questões acerca do risco social da periculosidade daquele que sofre a medida de segurança ao retornar ao convívio social sem a garantia da cura.

Para melhor compreensão do tema, busca-se identificar a melhor solução jurídica para cuidar daqueles que após a medida de segurança não ficam curados, já que não podem sofrer medida de segurança por tempo indeterminado sem que isso fira a Constituição. Pretende-se, ainda, apontar medidas judiciais cabíveis que possam solucionar o impasse causado com a liberdade do apenado que sofreu a Medida de Segurança e não ficou curado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a análise da Decisão do STJ que considerou inconstitucional o tempo da Medida de Segurança até que o apenado ficasse curado, que podia ser *"ad aeternum"*, e tomou como limite o tempo máximo da pena em abstrato. Deve-se ressaltar que, neste capítulo busca-se demonstrar as consequências da mudança da jurisprudência para o cotidiano jurídico.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que há risco social em decorrência da periculosidade do apenado que recebe a liberdade da Medida de Segurança sem estar curado.



Persegue-se ponderar, se a decisão que considerou inconstitucional o tempo da Medida de Segurança até que o apenado ficasse curado, que podia se ad eternum, foi uma decisão acertada.

O terceiro capítulo destina-se a examinar as medidas judiciais cabíveis que possam solucionar o impasse causado com a liberdade do apenado que sofreu a Medida de Segurança e não ficou curado. O trabalho mostra quais as medidas judiciais cabíveis para garantir o tratamento do apenado que sofre Medida de Segurança pelo máximo da pena em abstrato e não fica curado.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético, pois o pesquisador almeja considerar que os fatos não podem ser analisados fora de um contexto social; as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que requerem soluções.

Para tanto, abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, visto que o pesquisador pretende se valer da qualificação dos dados coletados, durante a análise do problema. Tais dados serão advindos da jurisprudência, legislação e doutrina.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO AO TEMPO DE DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA APÓS A SÚMULA 527 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aplicação da Medida de Segurança já foi demasiadamente injusta, era baseada no sistema "duplo binário" onde os imputáveis e semi-imputáveis sofriam conjuntamente pena e medida de segurança, o que violava o princípio do "ne bis in idem". Mesmo que os fins de cada sanção sejam distintos, o indivíduo que apenado é o mesmo, logo, o indivíduo era punido pelo mesmo crime duas vezes. A Reforma Penal de 1984 trouxe a inovação do Sistema Vicariante que aboliu a concomitância da pena com a medida de segurança, tais sanções possuem regras específicas aplicadas de forma autônoma a depender da condição do agente.

No sistema atual pena e medida de segurança não se confundem e possuem fundamentos diferentes. O que justifica a pena é a culpabilidade, já a medida de segurança se fundamenta na periculosidade e incapacidade do agente. A pena é aplicada aos imputáveis, enquanto a medida de segurança se dirige aos inimputáveis, os semi-imputáveis podem sofrer pena ou medida de segurança ficando a escolha ao arbítrio do juiz. Outra distinção se faz no



marco temporal, a pena tem tempo determinado na sentença, mas a medida de segurança é a princípio por tempo indeterminado, conforme mostra a lei penal¹:

Art. 97 - Se o agente for imputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A imposição legal de tempo indeterminado para a medida de segurança trouxe exaustivo debate sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal. O cerne do debate está na vedação que a Constituição Federal de 1988 à pena perpétua²:

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

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

Sendo a medida de segurança espécie do gênero sanção, pode-se aferir que a medida de segurança por tempo indeterminado seria uma pena perpétua. Dessa forma, estaria verificado grave lesão aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, princípios basilares do direito constitucional. Tal discussão chegou aos Tribunais Superiores que buscaram estabelecer um limite temporal para a aplicação da medida de segurança visando tornar essa sanção mais justa e humanizada.

O Supremo Tribunal Federal iniciou o debate entendendo que a medida de segurança não poderia ultrapassar o limite de trinta anos, já que esta tem caráter de pena e este prazo é o limite da execução das penas, conforme art. 75 do Código Penal Brasileiro. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça também foi acionado a discutir esse tema e de forma diferente entendem que a aplicação da medida de segurança deve ser limitada pelo máximo da pena em abstrato do delito cometido pelo imputável. Deve-se lembrar que verificada a periculosidade e a incapacidade do réu que é imputável, o juiz profere uma sentença absolutória

¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

imprópria em que ordenará a aplicação de medida de segurança, que pode ser tratamento ambulatorial ou internação compulsória.

A base do limite temporal estabelecido na jurisprudência do STJ é o princípio da isonomia aliado aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como se vê nos julgados^{3, 4}:

[...] Em atenção aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, aplica-se, por analogia, o art. 75 do Diploma Repressor às medidas de segurança, estabelecendo-se como limite para sua duração o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, não se podendo conferir tratamento mais severo e desigual ao imputável, uma vez que ao imputável, a legislação estabelece expressamente o respectivo limite de atuação do Estado. [...]

[...] O prazo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido. [...]

É louvável que se pense nos direitos e garantias do indivíduo que sofre medida de segurança, mas determinar que este fique internado compulsoriamente pelo tempo máximo da pena em abstrato do delito que ele tenha cometido alhe lacunas que conflitam com a razoabilidade e proporcionalidade. A finalidade da medida de segurança é a cura do indivíduo, estando este gozando de perfeita saúde mental deve ser desinternado e isso não tem relação com o tempo da medida de segurança, é um assunto médico e não jurídico. Portanto, determinar que o imputável vai sofrer medida de segurança por tempo determinado, que é o tempo máximo da pena em abstrato do delito que ele cometeu, traz a possibilidade do imputável ser desinternado sem a efetiva cura. Desta forma, existe a possibilidade desse indivíduo voltar a cometer delitos e perturbar a ordem pública colocando toda a sociedade em risco.

A forma como o Código Penal trata a medida de segurança pode até conflitar com a Constituição pela falta de limite temporal, todavia verifica-se no dispositivo uma cautela que visa proteger a coletividade e manter a ordem pública. Na verdade, o que a Lei Penal pretende é manter o imputável sob a custódia do Estado até que ele tenha condições de voltar ao convívio social curado e é por isso que o agente passa por avaliações médicas para averiguar sua saúde psíquica. O objetivo do Código não foi estabelecer uma prisão "ad eternum", mas

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 160734*. Relator Ministro Jorge Mello. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumant/toc.jsp?matéria=%27DIRBITO%20PENAL%27.mst>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 357368*. Relator Ministro Nefi Coubeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumant/toc.jsp?matéria=%27DIRBITO%20PENAL%27.mst>>. Acesso em: 05 abr. 2017.



um mecanismo de separar os que possuem doença mental com conduta delitiva, tratando-os para colocá-los de volta ao convívio social sem a chance de voltarem a cometer crimes.

É evidente que para o objetivo do Código Penal de curar os inimputáveis que infringem a lei os estabelecimentos de internação compulsória e tratamento ambulatorial deveriam ser melhorados, mas esta é uma questão de medida pública que leva a outro debate fora do contexto aqui presente. Por mais que a medida de segurança pareça injusta ao agente, em contrapartida ela traz para a coletividade uma segurança diante da periculosidade que o agente inimputável representa. Se este agente fica internado compulsoriamente por trinta anos ou pelo máximo da pena em abstrato do crime que ele cometeu e após o prazo é desinternado sem a cura, a sociedade terá que suportar a insegurança da convivência com alguém que possui transtornos psíquicos que já cometeram crime. Enquanto este agente estava sob a guarda do Estado havia uma segurança garantida de que o mesmo estava isolado e em tratamento, logo, impedido de cometer novos delitos. Após a desinternação não há nenhuma garantia legal de que a família ou qualquer outrem irá se responsabilizar pelo tratamento do agente.

Ao sumular no verbete 527 que a medida de segurança deve durar o máximo da pena em abstrato, o STJ deixou em aberto quais as garantias de que esse agente terá condições de retornar ao convívio social sem risco de novos delitos. Alguns doutrinadores, como Salo de Carvalho e Fernando Galvão⁵, trazem alternativas para este impasse colocando a responsabilidade para o juízo cível que poderia analisar a possibilidade de uma interdição. Entretanto, ainda não existe um regramento legal que estabeleça regras e condições para o cuidado daquele agente inimputável que é desinternado sem a efetiva cura.

O Estado é o garantidor da paz e da ordem pública, consequentemente, é ele quem deve garantir o tratamento e a cura do inimputável que viola a lei penal. Se as condições dos manicômios jurídicos não são adequadas e não proporcionam a cura, é o Estado que tem que suportar o ônus de humanizar tais estabelecimentos e proporcionar o tratamento adequado aos internados. Não é a sociedade que tem que arcar com o ônus de ter em seu convívio um indivíduo psicologicamente doente com potencial delitivo sem tratamento.

5 CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 529-531.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 5. ed. Belo Horizonte: D'placido, 2016, p. 905.

2. A LIBERDADE APÓS O TEMPO MÁXIMO DA PENA EM ABSTRATO

Após a execução da pena cumprida integralmente, o apenado retorna ao *status quo ante* que é a liberdade. Presume-se que nesse momento o apenado está recuperado e em condições de retornar ao convívio social. Quando este apenado cumpriu medida de segurança e não a prisão, essa presunção necessita de um, *plus*, que é a cura do imputável.

A medida de segurança tem natureza jurídica de sanção penal, contudo o seu caráter é mais curativo do que punitivo. O objetivo da medida de segurança é que o apenado seja tratado, visto que as doenças psíquicas interferem na consciência do doente, tornando-o mais vulnerável a cometer crimes. Nesse caso, o senso de realidade e a consciência moral são afetados pela psique, logo, a regeneração desse apenado só é possível com tratamento multidisciplinar.

A concessão da liberdade após o tempo máximo da pena em abstrato não visa a garantia da cura e sim o descongestionamento do sistema penal nos manicômios jurídicos. Figura-se assim um desrespeito ao art. 97, § 1º do Código Penal, a lei esclarece que a duração da medida de segurança se dá com o fim da periculosidade. Contudo, o verbete sumular Nº 527 do STJ não se embasa na periculosidade do agente e sim a na urgente necessidade do Estado em diminuir a população carcerária dos hospitais psiquiátricos mantidos pelo sistema prisional.

Um indivíduo com transtornos mentais que comete crime sob efeito da doença mental é um sujeito com alto potencial de reincidência delitiva. O papel do Estado não é apenas fazer com que esse sujeito cumpra uma sanção, mas o poder público deve garantir a paz e a ordem pública mantendo o controle dessas pessoas.

A lei penal garante que a concessão da liberdade está condicionada a esse controle por meio de laudos médicos que demonstram a cessação da periculosidade. A imposição do STJ não coloca essa condição, basta o caráter temporal para que o apenado volte ao convívio social.

Um laudo técnico que demonstra a cessação da periculosidade não é uma garantia absoluta de que o imputável por doença mental não voltará a cometer crimes sob o domínio da instabilidade psíquica. Há casos na jurisprudência em que apenados que demonstravam



cessão da periculosidade voltaram a cometer crimes da mesma natureza e sobre as mesmas circunstâncias. Dando o ensejo de que a regeneração dessas pessoas é um processo de alta complexidade, como se vê no caso concreto:⁶

PENALEXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. INIMPUTABILIDADE. MEDIDA DE SEGURANÇA. DESINTERNAÇÃO CONDICIONADA. ART. 97, 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRÁTICA DE ATOS INDICATIVOS DE PERSISTÊNCIA DA PERICULOSIDADE DO AGENTE. REINTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - A medida de segurança prevista no Estatuto Repressivo possui prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade do agente. Nesse diapasão, via inversa, a desinternação ou liberação serão condicionadas à não ocorrência, no decurso de um ano, de prática de fato indicativo de persistência de periculosidade, nos termos do art. 97, 3º, do Código Penal.

II - Na hipótese, constata-se que o agente voltou a apresentar comportamentos anormais, indicativos da doença que lhe acomete, causando temor e insegurança a seus familiares e à comunidade local, o que constituiu motivo bastante para sua reinternação, face ao descumprimento das condições do salvo-conduto.

Recurso desprovido.

O limite temporal do máximo da pena em abstrato para a duração da medida de segurança gera uma insegurança jurídica a social. Além de não ficar provada a cessação da periculosidade há uma certeza de um doente mental em liberdade sem controle da doença, isso é um risco social iminente. Tirá-lo da guarda do Estado e do poder de vigilância do sistema penal o coloca fora do controle do tratamento curativo imposto na medida de segurança.

É evidente que o Estado não pode se responsabilizar por tudo arcando com toda a carga de conflitos sociais, o que leva a Teoria do Risco Integral já superada. Contudo, proteger a vida e garantir a ordem pública são deveres inerentes ao poder estatal dos quais ele não pode se eximir pelo argumento de não poder responder por tudo. Dessa forma, há uma responsabilidade do Estado em face do apenado que sofre medida de segurança que vai além de uma sanção penal imposta.

O apenado que sofre medida de segurança é um cidadão sob a guarda do Estado que sofre uma sanção penal imposta por este por ter violado regras sociais. Há uma responsabilidade do poder público em separar esse indivíduo do convívio social a fim de

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 20599*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7058851/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rtx-20599-ta-2006-0268697-1-stj/relatorio-e-voto-12809083?ref=uris-tab>>. Acesso em: 12 set. 2017.

trata-lo e recuperá-lo. Isso visa curar o transgressor e proteger a coletividade dos riscos que ele oferece, colocá-lo em liberdade sem mínimas condições e garantias de sua cura é um risco para o doente e para os que estão ao seu redor.

A aplicação da Súmula Nº 527 do STJ, aparenta uma situação de conforto do poder público. É muito mais fácil e cômodo liberar o criminoso doente mental após o tempo máximo da pena em abstrato do que tratá-lo uma vida inteira sob a guarda do Estado. Esta solução é economicamente bem mais vantajosa do que aquela. Contudo, cuidar de forma incisiva destas pessoas é cuidar também de todos.

A duração da medida de segurança não é apenas uma questão carcerária, mas sim uma questão social de reflexos abrangentes a toda uma coletividade. Limitar o tempo de aplicação da medida sem a análise que torna esta sanção diferenciada, a periculosidade, é assumir riscos perante o apenado doente, sua família e os que estão ao seu redor.

A situação é excepcional e deve ter tratamento específico. Esta sanção não deve ser avaliada e decretada com base em teorias básicas do direito penal aplicadas aos imputáveis. A medida de segurança aplicada por tempo indeterminado não fere a vedação à prisão perpétua, mas é a forma mais eficaz de controlar e prevenir crimes cometidos por pessoas em transtorno mental.

3. O RISCO SOCIAL E AS MEDIDAS JURÍDICAS CABÍVEIS: HÁ SOLUÇÃO?

A situação daqueles que sofrem medida de segurança não é igual, há diversas patologias em graus diferentes que circunstancialmente levam um indivíduo a cometer crime. Logo, não há como generalizar o tratamento e as medidas para todos. O laudo técnico realizado pelo sistema penal nos manicômios jurídicos é o meio de esclarecer as condições pessoais do apenado sob a perspectiva de sua condição mental.

A liberdade após o fim do tempo máximo da pena em abstrato não é capaz de fazer uma avaliação, o único requisito é que se cumpra o tempo, logo, não há critérios nesta medida. A condição específica que levou o condenado a ser submetido a medida de segurança não é considerada na concessão de liberdade nos moldes do entendimento do STJ.



Cria-se um risco para a sociedade e o doente mental, pois se o imputável, mesmo após longos anos de tratamento, não demonstrar qualquer aptidão ao retorno ao convívio em sociedade, pode-se afirmar, até, que a presença dele no seio da sociedade trará riscos para sua própria vida, a depender do caso concreto.

O posicionamento do STJ diante dessa circunstância baseado na Súmula 527 é superficial, pois a complexidade das patologias psiquiátricas exige um olhar específico e apurado em cada caso. Primeiramente deve-se manter a avaliação técnica como manda o art. 97, § 1º do CP, este laudo dá segurança jurídica para o magistrado conceder ou não a liberdade, visto que tem natureza jurídica de prova pericial.

Mediante um laudo médico que esclarece a real condição do doente mental criminoso pode-se decidir qual a melhor medida judicial cabível ao caso. Demonstrada a cessação da periculosidade não há dúvida de que o apenado pode receber a liberdade, mas se a periculosidade permanece é o Estado que deve avaliar o caso e buscar a solução sem colocar em risco a ordem pública e a paz social.

Constatado que permanece a periculosidade do apenado o judiciário em tese deve manter a medida de segurança como manda o art. 97, § 2º do CP, contudo, volta-se ao problema da perpetuidade da medida de segurança. É possível que esse doente mental nunca fique curado e que sua doença seja de extrema dificuldade de controle, mas isto é uma condição específica.

Muito mais que uma doença mental, existem doentes e cada um tem seu processo de cura e tratamento sendo impossível tratá-los de forma igual. Cabe ao poder público encontrar a solução para cada caso protegendo o doente e a coletividade. É importante que a família esteja integrada neste processo tornando-o mais humano e menos degradante para o apenado, já que a sua condição psíquica requer uma atenção diferenciada.

A medida jurídica diante do laudo técnico poderia ser da permanência da medida de segurança por tempo indeterminado até que se averiguasse a cura ou controle da doença. Todavia, a falta de uma previsibilidade de tempo pode gerar um estresse para o doente e para a família, para o Estado isso representa um custo sem proporções. Não é em vão que o judiciário se posicionou que a medida de segurança deve ser pelo máximo da pena em abstrato, esta solução é mais econômica e viável para a máquina pública.

Diante da dificuldade de determinação de solução única para todos os casos é razoável que se avalie a necessidade da perpetuidade da medida de segurança "ad aeternum" ou um tratamento obrigatório e controlado. O instituto jurídico da internação compulsória é uma medida judicial cabível e plausível neste contexto transferindo para o âmbito civil o

problema do sistema penal e tem sido aplicada. Contudo, tal medida retorna para o Estado o custo do tratamento e o controle do doente.

Nesse sentido, Guilherme Nucci⁷ se posiciona contrário a ideia de que é inconstitucional a aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado. Para o autor, a medida de segurança não é pena e a interpretação restritiva do art. 75 do Código Penal pode ser injusta em muitos casos. Ademais, por mais que tenha natureza de sanção penal o propósito desta sanção é curativo e terapêutico que em nada se assemelha a pena de prisão. Enquanto o estiver doente, o sujeito deve permanecer internado sob a custódia do Estado que é o responsável pela manutenção da paz social.

Evidenciando seu posicionamento Nucci⁸ cita:

Seria demasiado aprego à forma transferi-lo de um hospital de custódia e tratamento criminal para outro, onde estão abrigados insanos interditos civilmente, somente porque foi atingido o teto máximo da pena correspondente ao fato criminoso praticado, como alguns sugerem, ou o teto máximo de 30 anos, prevista no art. 75, como sugerem outros.

A transferência da medida de segurança para a internação compulsória apenas transfere para a área jurídica que tenta solucionar o problema. Assim como o doente mental poderá necessitar ficar internado em manicômio jurídico para toda a vida, o mesmo pode acontecer na internação compulsória, o que demonstra que a medida de segurança não tem caráter punitivo e sim curativo. Portanto, a medida de segurança por tempo indeterminado não tem natureza de uma prisão perpétua.

A possível solução da internação compulsória deve também estar embasada em laudos técnicos que determinem a sua necessidade, conforme o art. 6º da lei 10216 de 2001.⁹

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.⁴

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

- I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;
- II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
- III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manuais de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.551.

⁸ *Ibid.* p.551.

⁹ BRASIL. *Lei n 10.216 de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.



O Decreto 24559/34 rege a proteção e assistência à pessoas com psicopatia, que muitas vezes chegam a cometer crimes no auge de crise da doença. A legislação evidencia que há casos em que a internação deve ser por tempo indeterminado e nisso a lei se refere a doentes que não cometeram crime, mas que não reger sua própria vida civilmente, são incapazes.

Se a internação em hospital psiquiátrico por tempo indeterminado de doentes mentais não criminosos se faz necessária, é óbvio que alguém com a mesma patologia que sobre seus efeitos cometeu crime deve receber tratamento semelhante. Nisso está a função da Medida de Segurança, garantir o tratamento efetivo do imputável por doença mental que comete crime, assegurando a ordem pública e evitando riscos para o doente e para a sociedade.

Logo, deve ser uma aplicação casuística a depender da condição do apenado. A aplicação da Súmula 527 do STJ retira a necessidade de uma avaliação técnica das condições de saúde mental do apenado que sofre medida de segurança, já que ela autoriza a concessão de liberdade ao término do tempo máximo da pena em abstrato.

O transtorno mental é condição peculiar para aquele que sofre medida de segurança e por isso a análise da condição mental do agente não pode ser desprezada em nenhum momento. Seja na esfera penal ou na esfera cível, só a avaliação psíquica pode direcionar a medida judicial cabível mais adequada para ser aplicada ao doente mental que cometeu crime.

É evidente que a aplicação da medida de segurança envolve questões muito além de meras jurídicas, a própria causa de existir desta sanção penal é uma doença do campo psíquico que envolve a medicina, a psicologia e o serviço social. Dessa forma, todo o processo que envolve a medida de segurança desde sua decretação até o encerramento deve passar pelo crivo de todas as áreas e questões pertinentes além do direito. O Poder Judiciário não é capaz de resolver esse problema pela perspectiva *kelseniana* de um direito puro.

A solução trazida pelo STJ por meio da Súmula 527, é, na verdade, um presente de grego, aparentemente uma forma eficaz e justa amparada pela constituição de humanizar a condição dos doentes mentais que cometem crimes. Todavia, a aparente solução traz um empasse do que fazer com os imputáveis por doença mental sem cura, visto que após a medida de segurança recebem a liberdade como um apenado comum mesmo não o sendo. A sociedade parece apática e inerte sobre o assunto sem perceber o risco social admitido nesta alteração da duração da medida de segurança.

A interdição ou internação compulsória parecem resolver o problema, porém, não existe nenhuma regulamentação específica sobre esse assunto, há apenas leis esparsas como o

Decreto 24559/34 e lei 10216/01 que auxiliam em possíveis medidas que podem ser aplicadas analogicamente nesses casos.

Em vez de limitar o tempo da medida de segurança, o poder público deve resolver a questão de saúde pública que envolve os hospitais psiquiátricos de custódia. Um tratamento humanizado e eficiente nesses locais tem maior chance de proporcionar a cura ou controle das doenças psíquicas, permitindo em menor tempo a reinserção do doente ao convívio social. Muitas vezes a medida de segurança por tempo indeterminado se faz necessária pela má administração dos manicômios jurídicos.

Se o Estado não é capaz de proporcionar tratamento de qualidade no hospital de custódia é provável que faça o mesmo em clínicas de internação compulsória. Não adianta transferir o doente, o que ele precisa é de tratamento efetivo no local apropriado, nesse caso, o doente mental criminoso deve ser tratado no hospital de custódia e tratamento criminal.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou uma problematização referente a liberdade de doentes mentais que cumprem medida de segurança por tempo determinado sem cura ou garantia de controle da doença. O embate se configura nas garantias sociais atingidas pela liberdade desses indivíduos, como a ordem pública e a paz social, que são obrigações do Estado.

De um lado, os Tribunais Superiores entendem que a aplicação da Medida de Segurança por tempo indeterminado, como está no Código Penal, ofende a vedação a prisão perpétua e por isso é inconstitucional.

Todavia, ao longo da pesquisa reflexões fundamentadas trouxeram supressão de garantias coletivas na aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado, tais como a ordem pública e a paz social. A concessão de liberdade a um doente mental sem a garantia de cura ou controle da doença traz a possibilidade de um problema social.

Na prática, a mudança aplicada ao sistema jurídico brasileiro quanto a medida de segurança reduz a quantidade de doentes sob a custódia do Estado. Contudo, não há solução da problemática que é tratar o doente mental que teve prática delituosa.

O entendimento do pesquisador consubstancia-se no fundamento legal do Código Penal que estabelece a medida de segurança até que o enfermo fique curado. Tal posicionamento do legislador está baseado no objetivo da medida de segurança que é curativo, apesar da natureza jurídica ser de sanção.



O principal argumento usado é que se o objetivo é o tratamento e a cura, não há porque aplicar a medida de segurança como uma pena. Essa forma limitada pelo tempo máximo da pena em abstrato só beneficia o poder público na redução de gastos com internações em hospitais psiquiátricos de custódia. O próprio doente e a coletividade não são contemplados nessa medida, o doente não tem garantia de tratamento e a coletividade ganha o risco da doença se manifestar causando ao enfermo comportamento criminoso.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a melhor de controlar o enfermo mental imputável e garantir a segurança pública é manter a medida de segurança até que haja a cura, como descreve a lei penal.

Ficou evidente, por estas razões que mesmo que o tratamento hospitalar não seja de qualidade ou não proporcione a cura, não é a sociedade que deve ser punida por isso. O problema é de gestão pública e o Estado é que deve melhorar os hospitais psiquiátricos de custódia garantindo um tratamento efetivo e satisfatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 de março de 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de março de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Simula 527*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 03 de março de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *HC 135.271-SP*. Relator: Ministro Sídney Beneti, julgado em 17/12/2013 (Info 533). Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0533.rtf>. Acesso em: 03 de março de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *HC 169.172-SP*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 10/12/2013 (Info 533). Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0533.rtf>. Acesso em: 03 de março de 2017.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



A VIABILIDADE DA REMIÇÃO PENAL COMO ALENTO AO TRATAMENTO DESUMANO EM LOCAIS DE CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL

Bernardo Fonseca e Cruz

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – Diante da nova concepção da função da pena e das importantes conquistas legislativas no tocante aos direitos dos presos, a precariedade do sistema prisional não pode ser tolerada na atualidade. Com efeito, o Poder Judiciário vem exercendo seu papel contramajoritário, porém, soluções de efeitos imediatos ainda carecem no ordenamento jurídico para socorrer aqueles que estão diariamente submetidos a condições degradantes e desumanas em alguns locais de cumprimento de pena. Em razão disso, o Ministro Roberto Barroso alvitou a remição penal como espécie de compensação não pecuniária ao preso que comprovarem dano moral advindo desse tratamento impróprio perpetrado pelo Estado. Entretanto, o referido instituto não encontra respaldo no ordenamento jurídico, ao passo que é necessário embasar a forma de sua aplicação até que o Poder Legislativo, eventualmente, traga força de lei à nova medida de abrandamento penal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Responsabilidade Civil do Estado. Execução Penal. Remição Penal.

Sumário: Introdução. 1. O desafio do Poder Judiciário em consagrar plenamente os direitos fundamentais dos presos. 2. A inadequação da indenização em pecúnia como compensação estatal primária ao dano moral decorrente do tratamento impróprio aos presos. 3. Como compatibilizar a remição penal diante da ausência de previsão legal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de se aplicar a remição penal como forma de compensação não pecuniária de dano moral decorrente do tratamento degradante e desumano pelo Estado em alguns locais de cumprimento de pena no Brasil. Procurar-se-á demonstrar que a compensação por meio de pecúnia não parece adequada para servir de alento aos presos submetidos a tais condições, devendo a remição penal ser utilizada como medida de abrandamento primária, a fim de tutelar o direito dos presos e o interesse público.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir como o Poder Judiciário vem enfrentando demandas relativas ao direito dos presos, bem como se a ausência de previsão legal da remição penal consiste num empecilho para aplicá-la e efetivá-la no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante CRFB/1988, consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, contudo, a



ineficiência estatal em garantir direitos sociais, tais como saúde, educação e segurança contribui para a constante negligência na promoção de políticas relacionadas à estrutura dos locais de cumprimento de pena. Nessa toada, verifica-se que há um tratamento impróprio do Estado na execução penal, de maneira que, em alguns casos, podem ser percebidos e comprovados danos a personalidade dos presos.

Assim, caberia uma compensação do Estado pelo tratamento impróprio aos presos? Qual seria a melhor forma de compensá-los? Para melhor compreensão do tema, busca-se explorar a atuação do Poder Judiciário frente as demandas que têm por pano de fundo a precariedade do sistema prisional brasileiro. Pretende-se ainda criticar uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, explicando que uma solução referendada pela maioria dos ministros não é a melhor, mas, sim, uma outra levantada pelo ministro Roberto Barroso, a qual gerou muita curiosidade e indagações durante o julgamento: a remição penal.

Iniciar-se-á o primeiro capítulo do trabalho demonstrando o desafio do Poder Judiciário em consagrar plenamente o direitos dos presos dentro de um “Estado de Coisas Inconstitucional”, apontando as recentes decisões da Corte Suprema a respeito do tema, sobretudo no RE nº 592.581/RS e no RE nº 580.252/MS.

Em seguida elucidará o porquê a indenização em pecúnia é inadequada para compensar um dano moral decorrente do tratamento degradante e desumano em locais de cumprimento de pena, apresentando no que consiste a remição penal – instituto o qual não possui previsão no ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de se consagrar e efetivar a remição penal, de modo a estabelecer critérios objetivos para que sua aplicação seja uniforme em todo o território brasileiro, até que o Poder Legislativo, eventualmente, traga força de lei à nova medida de abrandamento penal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, visto que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o seu objeto, com o fito de comprová-las argumentativamente e também enriquecer o debate sobre o tema, o qual ainda não possui estudos e precedentes na jurisprudência específicos sobre.

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



1- O DESAFIO DO PODER JUDICIÁRIO EM CONSAGRAR PLENAMENTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

A concepção de poder passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade. O Direito Penal e o processo penal são provas inequívocas de que o poder punitivo do Estado já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, aposta-se do tempo¹.

Michel Foucault², no livro *Vigiar e Punir*, historicando a correlação entre a alma moderna e o novo poder de julgar, já dizia:

que as punições em geral e a prisão se originam de uma tecnologia política do corpo, talvez me tenha ensinado mais pelo presente do que pela história. Nos últimos anos, houve revoltas em prisões em muitos lugares do mundo. Os objetivos que tinham, suas palavras de ordem, seu descontentamento tinham certamente qualquer coisa de paradoxal. Eram revoltas contra toda uma miséria física que dura há mais de um século: contra o frio, contra a sufocação e o excesso de população, contra as paredes velhas, contra a fome, contra os golpes. Mas eram também revoltas contra as prisões-modelo, contra os tranquilizantes, contra o isolamento, contra o serviço médico ou educativo. (...) Quem quiser tem toda liberdade de ver nisso apenas reivindicações cegas ou suspeitar que haja aí estratégias estranhas.

Como visto, malgrado este não ser um problema recente e exclusivo do País, o sistema prisional brasileiro vive em crise. Nele são observadas inúmeras deficiências tais como superlotação, ausência de condições mínimas de saúde, de higiene, de educação, de segurança, de trabalho, de acesso à justiça, dentre outras, resultantes da falta de amparo do Poder Público.

Por outro lado, o direito dos presos passou a ser fortalecido paulatinamente no ordenamento brasileiro, chamando-se atenção para a Lei nº 7.210/1984³, doravante Lei de Execuções Penais (LEP), como importante marco infraconstitucional, e principalmente para a promulgação da CRFB/1988.

Entretanto, o que se observa é a predominância de violações aos direitos dos presos pelo Estado. Ao lado da falta de investimentos no setor, há outros fatores que contribuem para a precariedade do sistema prisional, tais como: 1) O encarceramento rígido; 2) A ausência de

¹ LOPES JR, Ary. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 147.

² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 29.

³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.



meios para se aplicar medidas alternativas à prisão cautelar ou a penas alternativas à restritiva de liberdade; 4) A falta de locais de cumprimento de pena, mormente para o regime semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar); 4) A extrema burocracia na utilização dos recursos proveniente do Fundo Penitenciário Nacional - Funpen.

Nesse contexto, por via de consequência, verifica-se que em muitos locais de cumprimento de pena, a ausência de condições mínimas para o tratamento do preso alcança o patamar da crueldade, da falta de humanidade. A repercussão humanitária da aplicação das penas é visivelmente desconsiderada em certos lugares, não sendo raro ela atingir, de maneira relevante, bem jurídico mais valioso do que aquele que a norma incriminadora pretendia proteger.

No tocante às mulheres, importante salientar que elas sofrem ainda mais neste cenário, tendo em vista a carência de estabelecimentos específicos de acastelamento e o suporte para as gestantes, os quais são direitos constitucionalmente consagrados no art. 5º, incisos XLVIII e L, respectivamente, da CRFB/1988.

Assim, o debate em torno sobre o tratamento aos presos deixou de ser uma mera conversa acadêmica, ganhando ele maiores contornos no Judiciário.

No acórdão prolatado no julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁴, o Ministro Marco Aurélio Mello afirmou que se percebe no sistema prisional brasileiro um “Estado de Coisas Inconstitucional”. A referida expressão foi originalmente criada pela Corte Suprema de Justiça da República da Colômbia, em 1997, podendo ser definida como um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais, assim como falência de políticas públicas, e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Sem dúvidas, a defesa do direito dos presos consiste num tema que ainda encontra resistência numa sociedade marcada por forte seletividade, repressividade e estigmatização⁵. Nesse cenário, os juízes têm consciência de que em diversas oportunidades devem exercer um papel contramajoritário, com o objetivo de assegurar direitos constitucionais das minorias.

Como postula o princípio da dignidade da pessoa humana, seus direitos básicos não podem estar condicionados a cálculos de utilidade social ou a preferências majoritárias. Na perspectiva da dignidade humana, que reconhece o valor intrínseco de cada pessoa, direitos

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portugal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4781560>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁵ GALVÃO, Fernando. *Direitos Penais: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.



são triunfos que tendem a prevalecer sobre metas coletivas, ainda que inspiradas na promoção do bem-estar do maior número de pessoas⁶.

Contudo, historicamente, o maior obstáculo do Poder Judiciário era a impossibilidade de se substituir na figura do administrador. De acordo com a ideologia de Estado liberal, que consagrou o princípio da separação de poderes, incumbe ao Poder Executivo a função de escolher as políticas públicas. Logo, por via de consequência, o Poder Judiciário não tinha legitimidade ou mecanismo de concretização de direitos que precisavam ser protegidos, como o direito dos presos.

Ademais, quando instados pelo Poder Judiciário a tomar providências, os entes públicos costumavam alegar o princípio da reserva do possível, a fim de justificar a falta de recursos para atender todas as obrigações previstas na CRFB/1988.

A expressão “reserva do possível” foi difundida a partir da célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1972, que tratou da validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos⁷. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada⁸.

Entretanto, a jurisprudência do STF foi paulatinamente resistindo tais argumentos, de forma que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas passou a ser permitida quando necessário garantir o mínimo existencial ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, de acordo com a gravidade do caso concreto e a demonstração da omissão estatal, o Estado-juíz poderia se imiscuir no papel do administrador, adentrando não só na proporcionalidade, mas no próprio mérito administrativo.

O entendimento foi consolidado em 2015, no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS⁹, o qual teve reconhecida a repercussão geral e se fixou a seguinte tese jurídica pelo Plenário:

⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 132.

⁷ *Ibid.*, p. 229.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 792.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?trave=790767&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁹ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/p/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 27 nov. 2017.



É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que prescreve o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oporável à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

No entanto, não obstante os avanços no campo jurídico, observando a realidade, verifica-se que novamente as decisões do Poder Judiciário não se demonstram eficientes para tutelar o direito dos presos. O fato de a Administração Pública ser compelida a promover medidas ou execuções de obras emergenciais não parece hábil para proteger o preso que está diariamente enfrentando condições degradantes e desumanas nos locais de cumprimento de pena. Portanto, é necessário uma firma de atuação mais rápida e efetiva do Estado-juiz, visto que os presos que vivem em tais condições têm sua integridade física e moral comprometida.

Paralelamente a esta questão, atualmente, destaca-se no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170, de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual se discute eventual responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos presos em virtude de condições desumanas e degradantes nos locais de cumprimento de pena. A matéria a ser decidida na ADI nº 5.170 é semelhante à do RE nº 580.252/MS¹⁰, o qual teve repercussão geral reconhecida e se consolidou o seguinte entendimento:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

A firma estabelecida no julgamento de compensação ao dano moral foi por intermédio de pagamento em pecúnia, todavia, a compensação pecuniária parece inadequada e ineficaz para combater violações por tratamento impróprio aos presos, como será melhor detalhado a seguir.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 580.252/MS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=2800961>>. Acesso em: 27 nov. 2017.



2- A INADEQUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM PECÚNIA COMO COMPENSAÇÃO ESTATAL PRIMÁRIA AO DANO MORAL DECORRENTE DO TRATAMENTO IMPRÓPRIO AOS PRESOS

No julgamento do RE nº 580.252/MS, a maioria dos ministros decidiu manter o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, restabelecendo a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul a pagar a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de compensação por dano moral, a um condenado que permaneceu 5 (cinco) anos submetido a condições degradantes e desumanas em estabelecimento prisional localizado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. Contudo, a compensação pecuniária nessa hipótese é motivo de algumas críticas:

Primeiramente, a exclusividade conferida ao caminho da compensação pecuniária produz diversas distorções, pois ela gera uma tendência à tarifação dos direitos da personalidade e da própria dignidade da pessoa humana, induzindo à adoção de um cálculo utilitarista, de custos e benefícios¹¹.

Naturalmente, existem diversas correntes no âmbito do utilitarismo, mas de fato este adota uma moralidade consequencialista, ou seja, julga-se o valor de uma ação ou regra de acordo com o que ela produz sobre a vida das pessoas, e não pela sua adequação a princípios morais universais ou pela sua correspondência a alguma modelo de comportamento tido como virtuoso. Assim, justifica-se o sacrifício dos direitos de um membro da comunidade quando dele decorra um ganho superior nos interesses de outros indivíduos¹². Ou seja, é mais cômodo para a sociedade tolerar violações a direitos fundamentais dos presos e depois compensá-las, ao invés de procurar alternativas que visem minimizar ou eliminar as causas do problema.

Em segundo lugar, deve ser evitado o arbítrio de valores ínfimos às compensações dos presos como novo desvalor moral. Fazendo uma breve analogia, não se pode equiparar a tutela jurisdicional num processo que se discute uma compensação diante de danos advindos de um quadro de violação massiva e persistente de axiomas constitucionais fundamentais – “Estado de Coisas Inconstitucional” –, com outro processo no qual se aborda uma controvérsia sobre o valor a ser compensado por uma inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 580.252/MS. Voto-vista: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/arquivo/RES00252LRB.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017, p. 45.

¹² SARMENTO, op. cit., p. 127.



Com efeito, no caso paradigma do RE nº 580.252/MS, o valor de R\$ 2.000 (dois mil reais) estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que foi mantido pela maioria do STF, a quantia parece insuficiente para compensar os fatos suportados pelo preso durante o tempo que ficou submetido ao tratamento impróprio.

Numa terceira análise, a compensação pecuniária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, essa solução, além de não eliminar ou diminuir as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as compensações individuais¹³.

Ao lado disso, essencial levar em consideração que a compensação por meio de pecúnia gerará despesa significativa à Administração Pública. Inevitavelmente, o Estado brasileiro transita num particular momento de irresponsabilidade fiscal, de modo que se torna imprescindível a redução dos gastos públicos e ajuste fiscal.

Logo, dentro desta conjuntura, o Ministro Roberto Barroso abriu divergência no RE nº 580.252/MS no tocante à forma de compensação, propondo a remição penal como solução não pecuniária, com base em decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁴. A referida moção foi seguida pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello.

A remição penal se trata de um instituto pelo qual se desconta a pena do preso, em razão do tratamento impróprio do Estado na execução penal, a fim de restabelecer a justa proporção entre delito e pena. Pode-se dizer que a remição penal é um instituto híbrido, pois sua origem está relacionada ao campo da responsabilidade civil, todavia, seus efeitos serão percebidos no direito penal.

Com efeito, a insuficiência *in seorsu* da compensação pecuniária de dano moral gera uma tendência da responsabilidade civil brasileira em alvitar novos remédios não pecuniários de compensação de danos extrapatrimoniais. Logo, a remição penal se revela mais apropriada e interessante para servir de alento aos presos submetidos ao tratamento impróprio, devendo ela assumir o protagonismo para compensar tais violações, de maneira que a compensação em dinheiro será cabível apenas quando a remição penal não for possível.

Contudo, há falta de respaldo legal para aplicação do novo instituto. Destarte, deve-se buscar um procedimento compatível para efetivar a remição penal no ordenamento jurídico brasileiro, como será abordado no próximo capítulo.

¹³ *Ibid.*, p. 9.

¹⁴ *Ibid.*, p. 18-21.



3- COMO COMPATIBILIZAR A REMIÇÃO PENAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

O procedimento da remição de pena é o que mais se harmoniza com a nova medida de abrandamento penal, a qual será um alento aos presos submetidos em condições degradantes e desumanas nos locais de cumprimento de pena em todo o País. Assim, indispensável uma breve abordagem sobre esse instituto antes de explicar a adaptação da remição penal a ele.

A remição de pena foi introduzida pela LEP e guarda relação direta com o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CRFB/1988. Por meio dela, o preso poderá ter acrescido a sua pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto tempo de cumprimento, em razão do trabalho no interior do sistema prisional ou do estudo.

Pode-se dizer que a remição de pena é um instituto de mão dupla, no qual a retribuição punitiva é atenuada face aos indícios de ressocialização do preso. O período remido, que consiste nos dias de pena acrescidos pela tarefa concluída, é calculado de acordo com o art. 126, § 1º, da LEP, o qual foi alterado pela Lei nº 12.433/2011.

Inicialmente, a LEP estabeleceu apenas a remição da pena pelo trabalho do preso, sendo o direito de remição de pena pelo estudo consagrado apenas com o advento da Lei nº 12.433/2011. No entanto, antes mesmo da promulgação dessa lei, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já era pacífica no sentido de admiti-la, tendo em vista os benefícios trazidos pelo estudo ao processo de recuperação e de ressocialização do preso. Por via de consequência, positivou-se o entendimento com a edição do Verbete nº 341 da súmula de jurisprudência persuasiva do Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

Curial salientar que, sem embargo do disposto no art. 83, § 4º da LEP, não são todos os locais de cumprimento de pena que possuem uma estrutura que possibilite o preso a exercer tais atividades. Nessa esteira, de acordo com o art. 1º, V, da Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça¹⁶, cuja edição foi solicitada pelos Ministérios da Justiça e da Educação, a leitura como forma de atividade complementar deve ser estimulada a para a remição de pena, especialmente para os presos que não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=341>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

¹⁶ Idem. Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-ajm?documento=1235>>. Acesso em: 27 nov. 2017.



A leitura, por si só, não se caracteriza como estudo, ou seja, na letra fria da lei, não poderia ser definida como tal. No entanto, em que pese a ausência de previsão legal expressa, é perfeitamente cabível uma interpretação extensiva do instituto nessa hipótese, visto que ele somente traz benefício aos presos.

A jurisprudência do STJ é firme no entendimento de que é possível remir a pena com base em atividades que não estejam expressas no texto legal, de forma que o rol do art. 126 da LEP não é taxativo, pois não descreve todas as atividades que poderão auxiliar no abreviamento da reprimenda. Nesse contexto, recentemente, foi admitido que um reeducando tenha direito à remição de sua pena em razão da atividade musical realizada em coral¹⁷.

Assim, fazendo um paralelo com a compensação não pecuniária de dano moral – remição penal –, *prima facie*, pode-se afirmar que não haveria óbice para os tribunais aplicarem a medida, tendo em vista que ela somente traz “benefícios” aos condenados. Entretanto, não seria propriamente o caso de interpretação extensiva, mas, sim, de analogia *in bonam partem*, o que no fim gerará os mesmos efeitos, ou seja, sua admissão no ordenamento.

Neste ponto, uma constatação a título de preciosismo é imperiosa. Não parece razoável nomear o instituto da remição penal de benefício, bem como a pessoa direcionada de beneficiária. Diferentemente do que ocorre na remição de pena, na qual o preso terá acrescido tempo de cumprimento a sua pena determinada na condenação, a remição penal se trata de um desconto da pena estabelecida na decisão condenatória.

Logo, atribuir o caráter de benefício ao instituto da remição penal consiste num erro crasso, sendo mais técnico a menção de medida de abrandamento penal, visto que nessa hipótese se trata de uma meia culpa do Estado, o qual, como já abordado, falhou sistematicamente na consagração de direitos fundamentais aos presos.

O reconhecimento da remição penal, portanto, prescinde de lei para sua efetivação, malgrado esta fortaleça e dê ampla notoriedade ao instituto. Além disso, a sua aplicação deve obedecer certas formalidades, a fim de que a remição penal não seja aplicada de maneira que esvazie o seu espírito.

¹⁷ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.666.637/RS. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?live=201700925873.REG>>. Acesso em: 27 nov. 2017.



Assim, antecipando a necessidade de se aplicar o instituto com homogeneidade nos tribunais brasileiros, o Ministro Roberto Barroso¹⁸ sustentou algumas formalidades a serem obedecidas na medida de abrandamento penal:

a) **Competência:** o pleito de compensação não pecuniária deverá ser direcionado ao próprio juízo da Vara de Execuções Penais ao qual o preso está submetido, conforme o disposto no art. 66, III, “c”, bem como no art. 194, ambos da LEP;

b) **Legitimidade:** qualquer das pessoas elencadas no art. 195 da LEP. Ademais, o pedido poderá ser realizado por qualquer condenado, seja por decisão judicial definitiva ou não, independente do regime que se encontra (fechado, semiaberto ou aberto), haja vista os reflexos que a remição de pena gera, nos termos do art. 128 da LEP. Caso o requerente seja um preso provisório, o deferimento da remição penal deve seguir a lógica da detração, prevista no art. 42 do Código Penal;

c) **Processamento:** será o ordinário do rito da LEP, obedecendo o disposto nos arts. 194 a 197. Ao receber a petição o juízo da Execução Penal deverá verificar concretamente se as condições a que o preso foi submetido no local de cumprimento de pena são causadoras de dano moral e aferir a existência de nexo de causalidade com a atuação da Administração;

d) **Dias compensados:** a remição penal poderá ser de 1 (um) dia de pena por cada 3 (três) a 7 (sete) dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. Caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, subsidiariamente, deverá ser ajuizada a ação para compensação do dano moral a ser fixado em pecúnia pelo juízo cível competente;

e) **Recurso:** poderá ser manejado agravo em execução, como disposto no art. 197 da LEP, da decisão que conceder a remição penal, que a conceder parcialmente – com o desconto abaixo ou acima do interesse das partes –, e que denegá-la.

Restabelece-se que, tendo em vista a necessidade de gradação da falha da Administração Pública no caso concreto, e o eventual dano causado ao preso, o Ministro Roberto Barroso tocou num ponto nevrálgico da matéria, exercendo praticamente o papel de legislador ao determinar uma verdadeira escala penal para aplicação do instituto. Logo, não obstante se tratar de um critério discricionário do juízo da Execução Penal, deverão ser observados os quocientes mínimo (três dias) e máximo (sete dias) para a remição de 1 (um) dia da pena.

Por último, importante tangenciar a regra do art. 127 da LEP, que foi modificada pela Lei nº 12.433/2011. A falta grave é um demonstrativo de que o preso não está se

¹⁸ *Idem*, op. cit., nota 11, p. 53-61.



ressocializando, logo, a perda de uma parte da remição de pena é razoável, a fim de que esta se torne num bem a ser valorizado pelo preso.

Entretanto, como já mencionado, a remição penal não se cuida de um benefício a ser valorizado pelo preso, mas uma medida paliativa de abrandamento penal em razão de violações aos direitos dos presos. Portanto, da mesma maneira que os direitos fundamentais não podem ser suprimidos, a remição penal como compensação não pecuniária de dano moral também não poderá ser reduzida, em qualquer hipótese, pelo Estado-juiz.

CONCLUSÃO

O sistema prisional brasileiro é um dos setores que menos recebem atenção do Poder Público. Por consequência, o Estado mantém um processo de desumanização de pessoas por meio do monopólio do poder punitivo.

Em contrapartida, os deveres da Administração em sede de execução penal devem ser hoje analisados sob dois prismas distintos: o primeiro no sentido positivo (ou de ação), segundo o qual o Estado deve agir no sentido de prover aos presos os direitos sociais preconizados na LEP e na CRFB/1988. O segundo sob a ótica negativa (ou de inação), pela qual tem o Estado a obrigação de se abster da prática de qualquer ato atentatório aos direitos fundamentais do preso.

Com efeito, o Estado-juiz está paulatinamente buscando socorrer o direito dos presos submetidos a condições degradantes e desumanas em locais de cumprimento de pena, mas sua atuação, até o momento, só produzirá efeitos a longo prazo. Em que pese a mudança de concepção da pena e a possibilidade de o Poder Judiciário compelir a Administração Pública a realizar certas políticas, os direitos fundamentais dos presos não serão protegidos instantaneamente na prática, mas, sim, conservados pela falta de uma resposta imediata.

Não resta dúvida de que cabe ao Poder Legislativo elaborar leis com critério e justiça, ponderando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Entretanto, há uma necessidade de se individualizar com responsabilidade a pena, visando dar credibilidade ao sistema penal, proporcionando sanção na justa medida da culpabilidade, desiguando os desiguais e cumprindo direito e garantia humana fundamental.

Efetivamente, o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas pelo



legislador. A situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral¹⁹.

Assim, a remissão penal, como forma de compensação não pecuniária de dano moral advindo desse tratamento, consubstancia-se numa medida judicial adequada para servir de alento aos presos. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento iníquo suportado pelo preso.

O tempo de pena vivido pelo preso em condições degradantes e desumanas é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Essa solução não afasta inteiramente a compensação pecuniária, mas lhe confere caráter subsidiário. A compensação em dinheiro do dano moral será cabível apenas quando a remissão penal não for possível.

Sob o enfoque humanista, a justiça criminal não pode ser exageradamente repressiva, devendo preocupar-se com as consequências sociais da incriminação e da punição. As disposições de um Direito Penal de índole humanitária devem considerar a responsabilidade da sociedade para com o delinquente, de modo a estabelecer a assistência necessária e suficiente para sua reinserção social, pois desse modo é que se satisfaz o interesse público. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental a qualquer forma de intervenção do Direito Penal, é manifestamente incompatível com a pena de morte, as penas cruéis, desoerosas e, em geral, com a ideia da retribuição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. *Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 790.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 12, p. 49.



<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=790767&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência: Súmulas. Enunciados*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=341>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.666.637/ES*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201700925873.REG>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/MS*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580.252/MS*. Voto-vista: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/arquivo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO IPI EM PRODUTOS IMPORTADOS: *BIS IN IDEM*?

Bianca Tavares Soares Silva

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho busca abordar a discussão sobre os momentos da incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI- no caso de importação, a grande controvérsia surge em saber se cabe ou não a incidência do referido tributo no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento ou até mesmo quando comprado por pessoa física, como no caso de compra de carro importado. No presente trabalho procuro demonstrar a tese de que a incidência no referido imposto no despacho aduaneiro e na saída do estabelecimento comercial, ou até mesmo quando importado para uso próprio não configura bitributação, ou seja, não viola o princípio da não-cumulatividade. Mostra também o presente trabalho que as referidas incidências se mostram a medida mais adequada a garantir o princípio da igualdade entre as empresas nacionais e internacionais, bem como, trará um maior crescimento econômico ao Brasil, o que gerará mais emprego e diminuirá a crise.

Palavras-chave: IPI. Produto industrializado importado. Hipóteses de incidência. Não-cumulatividade bitributação. Extrafiscalidade e sua efetividade.

Sumário: Introdução. 1. As hipóteses de incidência do IPI importação e seu possível *bis in idem*. 2. Princípios da bitributação em conflito com o princípio da igualdade. 3. IPI extrafiscalidade e a falta de efetivação pelo poder público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a legitimidade ou não da incidência do Imposto de Produto Industrializado Importado no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento comercial importador.

Tal tema se mostra de extrema relevância para o Direito brasileiro, pois houve recente mudança de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que passou a permitir a cobrança do IPI no despacho aduaneiro e na saída do estabelecimento ou até mesmo quando importado para consumo próprio. Claro que o atual posicionamento gerou revolta às indústrias importadoras, que entendem que tais incidências configuram *bis in idem*, vale dizer que se fala em *bis in idem* quando o tributo é cobrado pelo mesmo ente e se fala em bitributação quando cobrado o mesmo tributo por dois entes distintos, para sanar de vez essa discussão o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema e irá bater o martelo sobre esse assunto.



Tal discussão envolve questões relativas à arrecadação maior de tributos e valorização dos produtos nacionais de um lado e do outro lado o aumento dos valores dos produtos importados e de peças que são usadas pelas indústrias brasileiras para montar produtos nacionais, o que geraria aumento nos produtos brasileiros que utilizem peças importadas.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema. Será desenvolvida pesquisa bibliográfica, baseada em material publicado, principalmente, em livros, artigos e legislações. Além disso, será realizada pesquisa jurisprudencial, analisando-se decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, tratar-se-á dos possíveis fatos geradores do imposto, que é previsto no artigo 46, do Código Tributário Nacional e de sua possível violação do princípio da não-cumulatividade ou bitributação estabelecido na Constituição de 1988 (art.153, parágrafo III).

No segundo capítulo, será realizada a análise da mudança jurisprudencial e a ponderação entre os princípios constitucionais da vedação a bitributação e da igualdade, onde será abordado qual deverá preponderar e os motivos pelo qual o princípio da igualdade deve prevalecer e a importância disso para as indústrias brasileiras.

Por fim, no terceiro capítulo, será examinada a falta do exercício da extrafiscalidade do IPI, uma vez que a falta de cobrança do poder público nas duas hipóteses de incidência, incentiva muito mais a importação do que a produção ou o consumo de produtos nacionais, sem contar que incentivaria as grandes empresas a abrir fábricas em solos brasileiros e trará mais empregos.

1. AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO IPI IMPORTAÇÃO E SEU POSSÍVEL *BIS IN IDEM*

Cabe inicialmente diferenciar o *bis in idem* da bitributação, que por muitas das vezes sua distinção causa dúvidas por parte dos estudantes e a utilização incorreta dos termos jurídicos. O *bis in idem* é a possibilidade da cobrança do tributo mais de uma vez pelo mesmo ente, o que não é vedado pela CRFB, já a bitributação, que é vedada pela constituição, seria a



possibilidade de cobrança do tributo pelo mesmo fato gerador por estes distinto. Nesse sentido ensina a doutrinadora Regina Helena Costa¹:

A bitributação significa a possibilidade de um mesmo fato jurídico ser tributado por mais de uma pessoa. Diante de nosso sistema tributário, tal prática é vedada, pois cada situação fática somente pode ser tributada por uma única pessoa política, aquela apontada constitucionalmente, pois, como visto, a competência tributária é exclusiva ou privativa. Inviável, portanto, que haja mais de uma pessoa política autorizada a exigir tributo sobre o mesmo fato jurídico. Já o *bis in idem* é ideia distinta, traduzida na situação de o mesmo fato jurídico ser tributado mais de uma vez pela mesma pessoa política, sendo permitido pelo sistema pátrio desde que expressamente autorizado pela Constituição. Por exemplo, o fato de uma empresa sofrer lucro dá margem à exigência de Imposto sobre a Renda, como também da contribuição social sobre o lucro - CSSL, ambos tributos de competência da União. Pois bem. A competência tributária, assim compreendida, há de ser exercida segundo parâmetros constitucionalmente estabelecidos, dentre os quais se destacam os princípios e as imunidades (...).

A questão quanto às hipóteses de incidência do imposto sobre produto industrializado em produtos importados entrou em voga, quando depois de anos de matéria pacificada na jurisprudência, o STJ – Superior Tribunal de Justiça- em julgamento do REsp nº 1403532/SC², mudou de entendimento passando a entender ser cabível a incidência do IPI em produtos importados no despacho aduaneiro bem como na saída do despacho. Tal decisão encontra-se suspenso para que o STF³ – Superior Tribunal de Justiça- decida definitivamente a questão.

A principal discussão gira em torno das possíveis hipóteses de incidência do imposto, o artigo 46, do CTN⁴ – Código Tributário Nacional- são:

Art. 46, CTN. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:
I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;
II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;
III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

O Decreto nº 7.212/2010⁵ regulamenta o Imposto sobre Produtos Industrializado e seu fato gerador:

¹ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1403532. Relator: Ministro Napoleão Nunes Figueiredo. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53577233&num_registro=201400347460&data=20151218&tipo=5&formato=P>. Acesso em: 14 mai. 2017.

³ Idem. Superior Tribunal de Justiça. RE n. 946648. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[⁴ Idem. Lei nº. 5172, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm\)>. Acesso em: 14 mai. 2017](http://www.stf.jus.br/portalfundamentacao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4923845&numeroProcesso=946648&classeProcesso=RE&numeroTema=906#>. Acesso em: 14 mai. 2017.</p></div><div data-bbox=)



Art. 35, CTN. Fato gerador do imposto é (Lei nº 4.502, de 1964, art. 2º):

I - o desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira; ou

II - a saída de produto do estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso I, considerar-se-á ocorrido o respectivo desembaraço aduaneiro da mercadoria que constar como tendo sido importada e cujo extravio ou avaria venham a ser apurados pela autoridade fiscal, inclusive na hipótese de mercadoria sob regime suspensivo de tributação (Lei nº 4.502, de 1964, art. 2º, § 3º, e Lei nº 10.833, de 2003, art. 80).

Desta maneira, em produtos importados há duas hipóteses de incidência, o seu desembaraço aduaneiro, tal fato gerador é devido já que por uma questão de territorialidade o produtor estrangeiro não pode ser alcançado pela nossa lei como contribuinte do IPI e a saída do estabelecimento comercial, ou seja, duas hipóteses de incidência distintas; a primeira recai sobre o preço de compra e a segunda recai sobre o preço de venda.

Como é possível observar pela leitura da lei e pelo conhecimento da jurisprudência, não há nenhuma norma que determine que tenha que haver algum tipo de industrialização para que haja o fato gerador na saída do estabelecimento importador do produto, tais dispositivos nunca foram questionados constitucionalmente, nem tiveram sua inconstitucionalidade questionada.

A controvérsia gira em torno de que para alguns doutrinadores e juristas, como é possível observar no voto vencido da Ministra Regina Helena Costa⁶, tal incidência na entrada e na saída do estabelecimento comercial, violaria o princípio da não-cumulatividade estabelecido no artigo 153, §3º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por ser o IPI importação um imposto monofásico, sua incidência só seria devida no desembaraço aduaneiro. Nas palavras da Ministra Regina Helena Costa⁷: Nessa hipótese, em se tratando de adicional do Imposto de Importação, o IPI não se caracteriza como imposto multifásico, mas sim monofásico, incidindo, portanto, uma única vez – no momento do desembaraço aduaneiro.

⁶ *Idem*. Decreto nº 7.212 de 2010, de 15 de 2010 de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/d7212.htm> Acesso em: 27 fev 2018.

⁷ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1408532. Voto vencido: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54177650&num_registro=201400347460&data=20151218&tipo=4&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2017.

⁸ *Idem*.



Tal posicionamento não deve prosperar⁸, pois, como já dito anteriormente a lei não afastou a incidência do IPI na saída do estabelecimento importador no caso de IPI importação, nem há declaração de inconstitucionalidade referente a este assunto. Portanto, como não há vedação legal possível seria a incidência do IPI importação no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento comercial.

Além disso, a única incidência do imposto no desembaraço aduaneiro, conforme será visto nos próximos capítulos fere o princípio da igualdade e acaba priorizando, dando vantagens aos produtos importados frente aos nacionais, o que acarreta um enfraquecimento da economia brasileira.

Nas palavras do doutrinador Eduardo Sabbag⁹, a primeira tributação recai sobre o preço da compra, na qual já está embutida a margem de lucro da empresa estrangeira, enquanto a segunda recai sobre o preço da venda, na qual já está inserida a margem de lucro da empresa brasileira importadora, comprovando assim a hipótese de *bis in idem*, pois o único ente que cobra o IPI é a União, pois trata-se o IPI de um imposto federal.

O artigo 46, parágrafo único, do CTN¹⁰, prevê de maneira expressa o que se entende por industrialização. Tal conceito do que se entende por industrialização, só pode ser ampliado ou modificado para incluir ou excluir elementos pelo legislador ordinário. Nesse sentido entende o doutrinador Hugo de Brito Machado¹¹.

O artigo 51, do CTN¹², dispõe sobre o sujeito passivo, ou seja, quem é o contribuinte responsável pelo pagamento do referido imposto:

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

- I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;
- II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;
- III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;
- IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.

⁸Idem. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1403337. Voto vencido: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54177650&num_registro=201400347480&data=20151218&tipo=4&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2017.

⁹SABRAG, Eduardo, *Manual de Direito Tributário*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.350.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 5172, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 14 mai.

¹¹MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.329.

¹²Idem.



O IPI é um imposto que é lançado por homologação, ou seja, o próprio contribuinte calcula o valor do imposto devido e antecipa o pagamento prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta verificar a correção do procedimento e, se for o caso homologá-lo, podendo, ainda, lançar de ofício as diferenças porventura devidas, conforme ensina Ricardo Alexandre¹³.

No parecer¹⁴ do Procurador Geral de República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, ficou consignado que é constitucional tal cobrança:

É constitucional a cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI quando ocorre a revenda, no mercado interno, de bens importados e não submetidos a novo beneficiamento industrial no período entre importação e revenda.

Desta maneira, o parecer do Procurador da República vem para corroborar a tese defendida pelo STJ e, neste artigo, de que não configura tributação tal cobrança do imposto no desembaraço e na saída do estabelecimento, bem como quando importado para consumo próprio, como é o caso de importação de carro, onde mesmo que não aja a introdução do bem no mercado a pessoa que o importou é contribuinte do imposto, já que não há como afirmar peremptoriamente que, no país em que o foi, incidiu idêntico tributo. Mesmo que haja tributo semelhante, concorre, afastando a duplicidade de cobrança, a distinção entre os sujeitos ativos, não necessitando para a incidência do imposto que haja algum processo de industrialização.

Em *Repercussão Geral*¹⁵ em caso semelhante, IPI importação para consumo próprio, o relator Ministro Marco Aurélio firmou o seguinte entendimento:

Em primeiro lugar, considere-se que, ocorrendo a produção em território nacional, há a incidência do tributo. Políticas de mercado, visando a isonomia, devem ser conducentes a homenagear, tanto quanto possível, a circulação dos produtos nacionais, sem prejuízo, evidentemente, do fôndemo no tocante aos estrangeiros. A situação estaria invertida se, simplesmente, desprezando-se a regência constitucional e legal, fosse assestado que não incide o imposto em produtos industrializados de origem estrangeira, fabricados fora do país e neste introduzido via importação.

¹³ Alexandre, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 590.

¹⁴ BRASIL. Procuradoria Geral da República. *Parecer nº 17339/2017- ASKIV/SA/PPGR*. Disponível em: <https://d2f17d7counh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/02/texto_311212875.pdf> Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁵ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 723.65*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_310065038.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.



Tal entendimento vem no mesmo sentido do parecer do Procurador da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, o que demonstra a tendência do STF em permitir a incidência do imposto para o caso analisado.

2. PRINCÍPIOS DO *BIS IN IDEM* EM CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Em lados opostos, há dois princípios constitucionais que servem como baliza para a aplicação do direito tributário nacional. De um lado há o princípio da tributação, que veda a dupla incidência do imposto no mesmo fato gerador, ou seja, do despacho aduaneiro e na saída da mercadoria do estabelecimento comercial, do outro lado há o princípio da igualdade, ou seja, entre as empresas nacionais e internacionais.

Tal imposto visa a equilibrar a relação entre produtos industrializados internacionais e nacionais, já que a carga tributária é muito alta para produtores brasileiros, seria uma espécie de concorrência desleal, a não incidência do tributo no despacho aduaneiro e na saída do estabelecimento.

Apesar de este entendimento estar sendo ventilado na jurisprudência, acaba não sendo aplicado, consta sempre em voto vencido, conforme se lê no voto da Ministra Eliana Calmon¹⁶:

É possível a incidência do IPI na importação de veículo automotor por pessoa física para uso próprio. Isso porque acolher entendimento em sentido contrário fere, no mínimo, o princípio da igualdade tributária entre as indústrias nacionais e estrangeiras, pois, enquanto a aquisição de um veículo em território nacional há a incidência do IPI, em prevalecendo a tese da recorrente, o mesmo negócio jurídico realizado com a importação do bem afastaria a incidência de referido tributo, conferindo verdadeira vantagem econômica às empresas estrangeiras em completo detrimento da economia nacional.

A grande problemática está em equilibrar os dois princípios, ou saber qual deles deve prevalecer, haja vista que os dois têm previsão na Constituição Federal. Vem se entendendo

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1396488. Voto vencido: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/tor.jsp?tipo=IPI+E+IMPORTA%C7%A3O&repetitivos=RIPIE+TTIVGS&tb=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 02 out. 2017.



na jurisprudência, conforme visto acima, que deve preponderar o princípio da igualdade, haja vista todos os benefícios que trará a sociedade e a economia brasileira, pois tal aplicação seria um incentivo a fabricação dos produtos importados em território nacional, aumentando assim a quantidade de indústrias, bem como uma maior arrecadação por parte do governo e por fim e não menos importante, aumentaria a quantidade de emprego para a população o que acarretaria uma maior circulação de dinheiro em território nacional.

Não permitir a incidência do IPI nos dois momentos, se mostra uma medida que vai de encontro ao viés constitucional e tributário, já que além de violar o princípio da igualdade também viola o princípio da proporcionalidade, já que torna os produtos internacionais mais baratos em comparação com os brasileiros que suportam uma carga tributária enorme e até mesmo torna os produtos brasileiros menos competitivos em relação aos internacionais, já que para quem importa a carga tributária é menor e acaba que por fim sai mais barato, a exemplo o caso que o tribunal julgou no REsp nº 1403532/SC, uma pessoa física que importa um carro para uso próprio só paga IPI no despacho aduaneiro, ou seja, uma única vez, por lógica acaba sendo mais barato importar um carro zero do que comprar em território nacional.

Em parecer¹⁷, a Procuradoria Geral da República se manifestou no mesmo sentido dos votos vencidos e da jurisprudência firmada no REsp nº1403532/SC, ou seja, adota a tese de que é constitucional a cobrança do imposto, quando ocorre a revenda, no mercado interno e não submetido a novo benefício industrial, pois de acordo com o parecer:

Não há dupla tributação do sujeito passivo com fundamento no mesmo fato gerador. Como dito, é evidente que a cobrança do tributo é efetuada em razão de situações fáticas nitidamente distintas: o desembaraço aduaneiro e a saída do estabelecimento do importador. O contribuinte, embora possa confundir-se na mesma pessoa jurídica, ora atua como importador, ora equiparado a industrial. Os fatos geradores e as hipóteses de incidência, em um e outro caso, são diversos.

O assunto, embora controvertido e aguardando o Supremo Tribunal de Federal, vem se mostrando mais tendencioso a se firmar no sentido do parecer da Procuradoria Geral da República e da última decisão do Superior Tribunal de Justiça, já que este guarda relação direta com o princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, II, da Constituição

¹⁷ BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 17339/2017- ASJC/P/SAB/PGR. Disponível em: <https://s2f17dk7oumh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/02/texto_311212875.pdf> Acesso em: 02 out. 2017.



Federal¹⁸. Sendo este a meu ver o entendimento mais correto para o tema, pois, valoriza os produtos e a economia nacional.

Em assunto semelhante que vem a ser a incidência do IPI importação nos casos de importação de carro para consumo próprio, ficou firmado o entendimento em Repercussão Geral¹⁹ de que é cabível a cobrança do imposto:

Políticas de mercado, visando a isonomia, devem ser condcentes a homenagear, tanto quanto possível, a circulação dos produtos nacionais, sem prejuízo, evidentemente, do fenômeno no tocante aos estrangeiros. A situação estaria invertida se, simplesmente, desprezando-se a regência constitucional e legal, fosse zessentado que não incide o imposto em produtos industrializados de origem estrangeira, fabricados fora do país e neste introduzido via importação.

Além do mais, tais incidências não são vedadas pela Constituição, e por não ser vedada não há que se falar em inconstitucionalidade de tais cobranças, o caso é de legalidade e respeito ao princípio da igualdade e da valorização dos produtos produzidos no Brasil. Tais incidências sem dúvida traz melhora para economia de forma ampla.

3. IPI EXTRAFISCALIDADE E A FALTA DE EFETIVAÇÃO PELO PODER PÚBLICO.

É de notório conhecimento que o imposto em questão tem como principal função a regulamentação do mercado e da economia do país, no caso do IPI, leva-se em conta o princípio da proporcionalidade e da seletividade.

A incidência do imposto no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento comercial, sem dúvidas estimula o importador a procurar produzir no Brasil a peça importada, o que sem dúvidas traria um maior desenvolvimento financeiro ao Brasil e geraria um aumento de ofertas de trabalho. Todos esses fatores trazem para o Brasil só melhoras, como: maior número de postos de trabalhos, maior circulação de renda e até mesmo o fortalecimento do polo industrial nacional frente ao internacional – o que fortalece a economia nacional-.

¹⁸Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 02 out.2017.

¹⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 723.63*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_310065038.pdf>. Acesso em: 28 fev.2018.



Por outro lado, com o fim de evitar esse encarecimento, podem e devem as indústrias ser incentivadas a realizar a produção de peças, carcos, entre outros produtos em solo nacional. Assim, mesmo que haja o aumento no valor dos produtos, há de ser ter mais empregos e uma circulação maior de renda, que traz como consequência a diminuição da inflação e gera reflexo no maior poder aquisitivo dos brasileiros, ou seja, um efeito positivo em cascata.

Pode-se dizer também que o IPI tem função importante, qual seja, a função regulatória do mercado, uma vez que onera de forma mais gravosa artigos supérfluos e nocivos à saúde, sendo para esses produtos as alíquotas elevadas e para os produtos essenciais as alíquotas com alíquotas zeradas ou diminuídas. Tal viés guarda respaldo no princípio da essencialidade e seletividade, artigo 153, §3º, I, da Constituição Federal.

Neste sentido o voto vencido da Ministra Eliana Calmon²⁰ proferido em julgamento de Recurso especial nº 1396488 de Santa Catarina:

Por fim, apenas para completar o raciocínio, ou seja, em obter dictum, registre-se que acolher entendimento em sentido contrário ao desenvolvido acima contraria, no mínimo, o princípio da igualdade tributária entre as indústrias nacionais e estrangeiras, pois, enquanto a aquisição de um veículo em território nacional há a incidência do IPI, em prevalecendo a tese da recorrente, o mesmo negócio jurídico realizado com a importação do bem afastaria a incidência de referido tributo, conferindo verdadeira vantagem econômica às empresas estrangeiras em completo detrimento da economia nacional. Não se pode olvidar que o tributo ora em análise, qual seja o IPI, em razão do seu caráter extrafiscal e estabilizador, representa inegável instrumento de regulação econômica posto à disposição do Estado para alcançar ou manter um elevado nível de emprego, uma razoável estabilidade no nível de preços, equilíbrio na balança de pagamentos e uma taxa aceitável de crescimento econômico.

Em seu voto-vista²¹, o Ministro Mauro Campbell Marques acompanhou o voto vencido da Ministra Eliana Calmon se manifestando no seguinte sentido:

²⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1396488. Voto vencido. Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32899767&num_registro=201302521341&data=20150317&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 16 out. 2017.

²¹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1396488. Voto-vista. Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44796494&num_registro=201302521341&data=20150317&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 16 out. 2017.



Por fim, entende que a tributação pelo IPI na importação de veículo por pessoa física para uso próprio é, também, necessária em respeito ao princípio da economia de tratamento tributário entre a indústria estrangeira e a indústria nacional, eis que o consumidor interno atua, como contribuinte de fato, com o ônus do referido imposto, não sendo razoável favorecer a indústria estrangeira com a desoneração do importador consumidor final do pagamento da estação, o qual deverá suportar esse ônus, desta feita também como contribuinte de direito, e não apenas de fato. Entendimento contrário tenderia a criar um desequilíbrio no mercado interno em prejuízo à economia nacional.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal só ter reconhecido a repercussão geral²², o melhor posicionamento é de que a incidência do IPI importação no despacho aduaneiro e na saída do estabelecimento comercial ou empresa por pessoa física, não fere o princípio da não cumulatividade, pois tal medida, como dito pelos Ministros vencidos visa a equilibrar o mercado interno e por consequência a economia nacional.

Cabe ressaltar que no período de crise econômica que se vive abrir mão da renda auferida por este imposto pode prejudicar mais a economia e causar o aumento da carga fiscal em outros impostos. Além de não incentivar a produção nacional, o que geraria muitos empregos e a valorização do Brasil como grande polo industrial.

Agora cabe esperar o julgamento pelo STF, para que este assunto se torne pacífico na jurisprudência, torcendo para que prevaleça o entendimento firmado por parte da jurisprudência e nesse artigo, qual seja, o cabimento da incidência do IPI importação no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento importador ou quando o produto fica com o próprio importador (não circula o bem nem há qualquer outro tipo de alteração do bem). Firmando assim a jurisprudência no mesmo sentido do posicionamento brilhantemente firmado pelo Ministro Marco Campbell Marques²³ e a Ministra Eliana Calmon²⁴, bem como o parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot²⁵

CONCLUSÃO

O presente trabalho visa a levar a discussão a cerca do tema IPI importação e suas possíveis hipóteses de incidência e no caso de duas incidências se isso causaria uma

²² Idem. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 946.648/SC*. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_310441395.pdf> Acesso em: 16 out.2017.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.



tributação, o que é vedado pela Constituição da República. Para tanto mostrou a divergência jurisprudencial, o parecer do Procurador Geral da República, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral sobre o tema enfrentado no presente artigo.

Diante de todos os argumentos expostos e analisados no presente trabalho, pode-se concluir que, no confronto entre as jurisprudências, deve prevalecer o entendimento de ser cabível a incidência do IPI no momento do desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento. Prevalecendo assim o que dispõe os incisos do artigo 46 do Código Tributário Nacional, uma vez que tais incisos não são alternativos e sim cumulativos.

Assim sendo, chega-se a conclusão de que é legítima a cobrança do referido imposto, conforme sustenta o Superior Tribunal de Justiça na decisão que aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral sobre o tema. Esperasse que o Supremo siga a linha do STJ e seu próprio julgamento no caso de incidência do IPI importação de bem para consumo próprio mantenha possível tais cobranças.

Neste sentido, deve ser reconhecido o direito de o fisco cobrar em ambos momentos o IPI, diante de sua extrafiscalidade, que trará ao Brasil como um todo uma maior arrecadação de imposto, equilíbrio da economia, aumento do polo industrial, que por consequência direta aumentará a quantidade de emprego disponível e uma maior circulação de dinheiro.

Dessa forma, caso o STF venha a pacificar a jurisprudência no sentido oposto ao que foi firmada pelo STJ, acabará trazendo prejuízos enormes à economia brasileira. Ademais, o próprio procurador da república se manifestou no mesmo sentido da jurisprudência firmada pelo STJ.

Por fim, conclui-se que, apesar de ainda não julgada a repercussão geral pelo STF, espera-se que quando julgada seja aceita a tese firmada pelo STJ e pelo parecer do Procurador Geral da República e assim permita a incidência do IPI no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento ou se importado para uso próprio e assim garantir o equilíbrio e valorização das indústrias brasileira frente às internacionais e até mesmo incentiva as grandes empresas internacionais a montarem suas indústrias em solo nacional, o que trará aumento no número de empregos.

Vale ressaltar que a efetivação dessas hipóteses de incidências respeitará sem dúvida os princípios constitucionais da proporcionalidade, seletividade e da essencialidade do produto industrializado que vier a ser importado para o Brasil. Dessa maneira, o aumento em certos produtos recairá em produtos que não são essenciais e, além disso, pode ser concedida



a redução da alíquota ou até mesmo o benefício da alíquota zero, caso o governo ache interessante para estimular o consumo de certos produtos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 02 out.2017.

_____. *Decreto nº. 7.212 de 2010, de 15 de 2010 de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm>. Acesso em 27 fev 2018.

_____. *Lei n. 5172, de 25 de novembro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 946.648/SC*. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_310441395.pdf> Acesso em: 16 out.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 723.65*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_310065038.pdf>. Acesso em: 28 fev.2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº. 1396488*. Voto vencido: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=IPI+E+IMPORTA%C7%C3O&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 02 out. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº. 946648*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4923845&numeroProcesso=946648&classeProcesso=RE&numeroTema=906#>>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº. 1403532*. Voto vencido: Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54177650&num_registro=201400347460&data=20151218&tipo=4&formato=PDF>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. Procuradoria Geral da República. *Parecer nº 17339/2017- ASKIV/SAJ/PGR*. Disponível em: <https://d2f17dr7counrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/02/texto_311212875.pdf> Acesso em: 02 out. 2017.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2015, p.590.



COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.329.

SABBAG, Eduardo, *Manual de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.350.



A RESPONSABILIDADE POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO MATERNO/PATerno-FILIAL À LUZ DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Brunna Gabrielle Maroni Rezende

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

Resumo — o presente artigo analisa a responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental, à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. Diante da constitucionalização do Direito de Família, o princípio da afetividade torna-se de suma importância, de modo que o abandono afetivo e os danos dele decorrentes não podem restar desamparados pelo ordenamento jurídico. Verifica-se que embora haja grande entusiasmo da doutrina em relação à possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo, a jurisprudência ainda encontra dificuldades na aplicação do instituto.

Palavras-chave — Direito de Família. Abandono Afetivo. Dano Moral.

Sumário — Introdução. 1. O Abandono Afetivo e seus reflexos jurídicos nas Relações Paterno/Materno Filiais. 2. Elementos indispensáveis à caracterização da Responsabilidade Civil e sua aplicação aos casos de Abandono Afetivo: Questões Polêmicas. 3. A Resposta do Judiciário ao Abandono Afetivo Parental: Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade pelo abandono afetivo nas relações paterno/materno filiais, sob a ótica da doutrina e jurisprudência brasileiras.

É notório que os filhos que são rejeitados afetivamente por um de seus pais, ou por ambos, sofrem diversos danos psicológicos. O ambiente familiar unido do afeto é indispensável para a formação da individualidade e para o efetivo crescimento do menor. Diante desse quadro, discute-se a possibilidade da concessão de dano moral nesses casos de abandono afetivo na relação filial.

O art. 227 da Constituição Federal dispõe sobre as obrigações dos membros da família, sendo seu dever, e também da sociedade, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 também determinam deveres e responsabilidades dos pais perante seus filhos, tratando das questões familiares, ante os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e da paternidade/maternidade responsável.

Neste diapasão, surgem questionamentos acerca da responsabilização dos pais diante do descumprimento dos deveres fixados em lei. Além da perda do poder familiar, questiona-se se poderia um filho pleitear indenização por danos morais de seu pai/mãe por ter sido abandonado afetivamente.

O primeiro capítulo do trabalho apresentado trata do abandono afetivo, no qual realiza-se uma investigação acerca de sua caracterização e seus reflexos jurídicos, sob o aspecto do princípio da afetividade.

O segundo capítulo aborda a responsabilidade pelo abandono afetivo, seus elementos, e analisa-se a possibilidade de condenação em dano moral e o modo de reparação, sob os diferentes escólios da doutrina.

No terceiro capítulo, verifica-se como os tribunais brasileiros posicionam-se sobre o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, que o pesquisador 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 ABANDONO AFETIVO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS NAS RELAÇÕES PATERNO/MATerno FILIAIS

Atrélado ao princípio da dignidade da pessoa humana estão princípios de suma importância, dentre eles o princípio da afetividade, princípio este implícito na Constituição Federal e que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na construção de vida¹. Por meio do princípio da afetividade, pode-se dizer que houve uma mudança paradigmática no Direito de Família. Houve um desvio de foco na consanguinidade para a afinidade e solidariedade nas relações familiares, independente do modelo familiar que

¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.



seja adotado. Paulo Lobo, em *Direito Civil: Famílias*, afirma que o princípio “é o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares”².

Ensina ainda Paulo Lobo³:

a afetividade não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, enquanto pode ser presumida quando este falta na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação aos pais, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

Entrelaçada à ideia de afetividade está o fato de não se dar mais importância apenas ao sustento material dos pais perante os filhos, mas sobretudo preza-se pela assistência moral e afetiva nas relações paterno/materno filiais. O sustento material, tradicionalmente, sempre foi protegido pelo direito de forma incisiva, tanto que constitui-se como única hipótese admitida de prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro, o não pagamento de alimentos. Contudo, diante de transformações na sociedade moderna e no Direito de Família, passa-se a se preocupar, principalmente, com o afeto no seio familiar e a subsistência emocional de seus membros⁴.

Extraí-se, portanto, a importância da estrutura familiar no desenvolvimento e formação da criança e do adolescente, responsável por moldar a personalidade do indivíduo. Os pais devem oferecer diretrizes emocionais, educacionais e comportamentais aos seus filhos⁵.

O direito brasileiro disciplina os deveres jurídicos dos pais em relação aos filhos. O art. 227, da Constituição Federal⁶ dispõe sobre as obrigações dos membros da família, sendo seu dever, e também da sociedade, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O artigo 229, da Constituição Federal⁷ define ainda o dever dos pais de assistir, criar e educar seus filhos menores, e os filhos maiores possuem o dever de ajudar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Não se resumem esses artigos ao cumprimento do dever de assistência material, devendo abranger também a assistência moral e afetiva,

² *Ibid.*, p. 71.

³ *Ibid.*, p. 71.

⁴ PEREIRA, Rádha Karina Gomes. Postura jurisprudencial diante das consequências jurídicas do abandono afetivo na filiação. In: *Interesse Público*, ano 16, nº 84, mar/abril 2014. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 136.

⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.

⁷ *Ibid.*



traduzindo assim em um dever de cuidado e convivência. O art. 1634, II, do Código Civil⁸ complementa essa ideia, ao afirmar que o dever dos pais não se restringe ao dever de sustento.

Desta forma, o pai ou mãe que desrespeita os deveres acima elencados, viola normas constitucionais e legais, impostas pelo Estado. A falta de afeto no ambiente familiar é capaz de trazer transtornos psicológicos e sequelas insuperáveis ao indivíduo. A dor psíquica e prejuízo à formação da pessoa humana são apenas alguns dos muitos danos que podem ocorrer.

Giselda Hirónaka⁹ analisa a importância do afeto na relação paterno/materno filial:

no final do processo de autoridade paterna, de formação familiar, de dependência dos filhos em relação aos pais, o que temos é uma outra associação, cujas laços mais fortes que os laços determinados pela vida civil a todos os cidadãos são justamente os laços do afeto, quando tais laços tenham tido a devida oportunidade de se formarem, ao longo de todo esse percurso (...).

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, a ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder.

Há ainda outro reflexo que decorre do dever dos pais perante seus filhos. O dever de afeto configura-se verdadeira "função social no bojo familiar (...) haveria a formação de indivíduos mais equilibrados nas relações sociais e mais conscientes das posturas que assume na sociedade."¹⁰

Desta forma, pode-se dizer que a falta desses deveres jurídicos é o que caracteriza o abandono afetivo. Abandono afetivo, segundo Paulo Lobo, "nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas"¹¹.

Eddla Karina Gomes Pereira¹² pondera de forma pertinente: "Um filho carente de recursos financeiros, não obstante a pobreza material, pode ser um homem digno e equilibrado nas suas relações intersubjetivas; mas aquele que é vítima da falta de afeto e atenção possui carências que não podem jamais ser supridas, nem mesmo por quem as deu causa".

⁸ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 abril 2017.

⁹ HIRÓNAKA apud PEREIRA, op. cit., p.135.

¹⁰ PEREIRA, op. cit., p.136.

¹¹ LOBO, op. cit., p. 312.

¹² PEREIRA, op. cit., 139.

Tendo em vista o descumprimento destes deveres basilares de cuidado, convivência e afetividade, discute-se quais seriam suas consequências jurídicas, e se o abandono afetivo ensejaria um dano passível de reparação, pecuniária ou não, o que será objeto de estudo adiante.

2. ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA APLICAÇÃO AOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO: QUESTÕES POLÊMICAS

Diante dos danos ocasionados pelo abandono afetivo, discute-se qual seria a melhor sanção aplicável pelo Direito. Muitos doutrinadores¹³ entendem que a resposta jurídica satisfatória para o genitor que descumpre os deveres inerentes à paternidade/maternidade é a perda do poder familiar, disciplinada no art. 1638, do Código Civil¹⁴.

Esta, entretanto, não configura a solução mais adequada para os casos de abandono afetivo, pois parece “premiar” o genitor falto, que é penalizado por conta da violação de seus deveres de cuidado e convivência com o filho, com a perda do poder familiar, poder este que já não era exercido na prática, apenas tornando legal o afastamento das obrigações que deveria cumprir como pai/mãe. Trata-se, portanto, de sanção inócua¹⁵.

Diante desse impasse, parte da doutrina¹⁶ entende que o instituto da responsabilidade civil é o que o melhor encontra uma resposta às condutas antijurídicas do abandono afetivo. A solução, contudo, é questionada por muitos estudiosos e julgadores, que não a enxergam com bons olhos.

Para a aplicação do instituto da responsabilidade civil à presente matéria, é necessário analisar a presença de seus pressupostos: o dano, a conduta culposa, e o nexo de causalidade.

Dano é o prejuízo sofrido pela vítima decorrente da conduta praticada pelo ofensor, sendo esta comissiva ou omissiva, e consoante a doutrina tradicional, não há responsabilidade civil sem dano. Como bem denota Sérgio Cavalieri Filho, “o dano é, sem dúvida, o grande

¹³ Nesse sentido, LOPES; DINIZ apud ANGELINI NETO, Aisah Helenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016, p.175

¹⁴ BRASIL. *op. cit.*, nota 08.

¹⁵ ANGELINI NETO, *op. cit.*, p.176.

¹⁶ Na doutrina brasileira, entendem pela possibilidade da aplicação da responsabilidade civil ao abandono afetivo Aisah Helenfeld Angelini Neto, Antonio Jerrá Santos, Gisela Hirnaka, entre outros.



vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano¹⁷.

O descumprimento dos deveres parentais acarreta no filho um dano de cunho extrapatrimonial, mais especificamente um dano moral, inerente à personalidade do indivíduo. Giselda Hirónaka tece importantes considerações sobre o dano decorrente do abandono afetivo:

marca o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio de cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada¹⁸.

Acerca do tema, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹ explica que o dano moral por abandono afetivo consiste em uma lesão à integridade psicofísica da criança abandonada. Contudo, adverte que para existir o dano, além da necessidade do efetivo abandono da criança, outra pessoa não pode ter feito as vezes de pai ou mãe, substituindo a figura do genitor faltoso.

Outro pressuposto que deve estar presente para ser configurada a responsabilidade civil é a conduta culposa. O art. 186, do Código Civil²⁰ estabelece que qualquer pessoa que, por ação ou omissão, cause dano a outrem comete ato ilícito.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, a culpa deve estar caracterizada, e é o caso da responsabilidade decorrente do abandono afetivo. É fácil observar que o pai/mãe que descumpra os deveres de cuidado e convivência, abandonando o filho, age com culpa. A culpa na responsabilidade subjetiva abarca o dolo ou a culpa *stricto sensu*. No dolo, o agente deseja o resultado danoso. Já a culpa *stricto sensu* é caracterizada por uma violação do dever objetivo de cuidado, ou por uma omissão de uma diligência exigível²¹. A conduta culposa, portanto, é um agir ou uma omissão, que cause dano a outrem, por conta de uma negligência, imprudência ou imperícia, em uma visão aquiliana.

Na maioria dos casos de abandono afetivo, há culpa do genitor em sentido estrito por conta de uma omissão, por negligência, ou um afastamento de um *standard* de

¹⁷ CAVALHEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p.71.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Noves. A resposta judicial brasileira aos casos de negligência afetiva na relação paterno-filial. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.º 12. Rio de Janeiro: Forense, 1.º semestre 2007., p.249.

¹⁹ MORAES apud BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?* In: *Diálogos sobre Direito Civil* V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 488.

²⁰ BRASIL. *op. cit.*, nota 08.

²¹ MORAES apud BERNARDO, *op. cit.*, p. 495.



comportamento previsto como necessário²², que viola os deveres jurídicos de convivência e cuidado.

Entretanto, pondera Romualdo Baptista dos Santos²³ que a conduta do pai/mãe que abandona o filho afetivamente poderia até mesmo ser dolosa, pois muitas vezes “não se trata simplesmente de uma omissão, mas de uma ação deliberada com o sentido de causar na vítima um sentimento de menos valia”.

Por fim, para que seja configurada a responsabilidade civil, necessário o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano – ou seja, é preciso que a conduta tenha causado o dano. Este parece ser um dos pontos frágeis da reparação civil por abandono afetivo, pois difícil a prova do nexo de causalidade, na prática. Isso porque podem existir diversas causas que coexistem com o abandono parental, passíveis de ensejar um grave dano moral no filho. A resposta encontrada pela doutrina, como pela doutrinadora Giselda Hirónaka²⁴, é a utilização de perícia psicológica para determinar não só a existência do dano, mas, principalmente, do nexo de causalidade.

Configurada a responsabilidade civil por abandono afetivo, deve o genitor faltoso indenizar o filho abandonado. A obrigação de indenizar possui a importante função de compensar os danos sofridos pela vítima, mas também possui o substancial caráter punitivo e pedagógico, buscando inibir condutas futuras.²⁵ Os que rechaçam a aplicação da responsabilidade civil à problemática do abandono parental, alertam sobre o risco da monetarização das relações familiares que o instituto poderia trazer, e que o Poder Judiciário não poderia obrigar alguém a amar outrem, nem a manter um relacionamento afetivo.

Alegam, ainda, que a ausência de afeto não poderia ser transformada em pecúnia e que a concessão da reparação pecuniária traria como indesejável consequência uma sede de vingança dos filhos abandonados em relação aos pais, afastando, dessa forma, qualquer possibilidade de convivência futura entre eles²⁶. No entanto, caracterizado o dano moral, só existe uma forma até agora encontrada de compensar o sofrimento da vítima, e inibir a conduta do ofensor, restituindo o *status quo ante*: o pagamento em dinheiro²⁷. Ademais, nas ações de responsabilidade por abandono afetivo não se postula uma obrigação de fazer, de

²² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 134.

²³ SANTOS *apud* ANGHILINI NETO, op. cit., p. 195.

²⁴ HIRONAKA *apud* BERNARDO, op. cit., p. 495.

²⁵ SANTOS *apud* ANGHILINI NETO, op. cit., p. 200.

²⁶ BERNARDO, op. cit., p. 497.

²⁷ SANTOS, op. cit., p. 224.



modo que não se obriga o pai ou a mãe a manter um relacionamento com o filho,²⁸ há apenas a obrigação de compensar o dano. Trata-se de questão delicada, e será analisado como o Poder Judiciário tem enfrentado o tema.

3. A RESPOSTA DO JUDICIÁRIO AO ABANDONO AFETIVO PARENTAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A discussão acerca da possível reparação civil decorrente do abandono afetivo foi bem abraçada pela doutrina brasileira, como visto no capítulo anterior. Nos tribunais brasileiros, nota-se que são diversos os casos ajuizados de filhos abandonados que buscam indenização, embora a discussão sobre o tema seja relativamente recente, o que demonstra sua importante função social.

Para Rodrigo da Cunha Pereira²⁹, “os casos que chegam à Justiça nos remetem a uma relevante reflexão sobre a importância da função paterna para a constituição do sujeito, além de simbolizar e representar a necessidade de intervenção judicial”.

O primeiro caso a provocar o judiciário brasileiro sobre a matéria foi o de um jovem abandonado afetivamente pelo pai após a separação de seus genitores. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, mas reformada pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais³⁰, que concedeu a indenização pelos danos morais sofridos em razão do abandono, no valor de duzentos salários mínimos.

Em sede de recurso especial, contudo, na primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se pronunciou sobre o tema, reformou a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, afastando o dever de indenizar do pai, diante da ausência de ato ilícito. Ademais, segundo o STJ, a destituição do poder familiar seria a consequência jurídica do abandono afetivo, sendo incabível a reparação pelo dano. Leia-se a ementa do referido acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não tendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do

²⁸ *Ibid.*, p.222.

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais normativos do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.257.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 408.555-5*. Data de Julgamento de 01.04.2004. Rel. Des. Unias Silva. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066308/102510802614140011-mg-1025108026141-4-001-1/interim-tecr-12206203> >. Acesso em: 18 set. 2017.

Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.³¹

Em 2012, entretanto, a referida Corte inovou, e demonstrando evolução acerca da matéria, proferiu decisão pela possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo, em contramão à maioria das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros à época. A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, afirma o dever de indenizar do genitor que abandona o filho de forma afetiva e descumprir o dever de convivência, e declara que “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Cabe a leitura da ementa do julgado em tela:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Insistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas denominações, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, emergindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. [...]. 7. Recurso especial parcialmente provido.³²

Trata-se de julgado de suma importância para o Direito de Família, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, e da afetividade.

Não obstante, mesmo após o histórico REsp 1.159.242/SP, a recente jurisprudência brasileira ainda é vacilante, e o tema gera polêmica nos tribunais. Há decisões em todos os sentidos, não havendo entendimento pacificado.

Ainda encontram-se decisões que entendem que o abandono afetivo não constitui ato ilícito na forma do art. 186, do Código Civil³³, apto a ensejar reparação. Essas decisões consideram a reparação civil pelo abandono afetivo uma monetarização das relações

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, por maioria. Data de Julgamento de 27.03.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=757411&h=ACCR&p=truedt=10&i=1>>. Acesso em: 18 set. 2017.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.159.242/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria, Data de Julgamento de 10.05. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&h=ACCR&p=truedt=JURINCO&i=10&i=5>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³³ BRASIL. *op. cit.* nota 08.



familiares, e que não incumbe ao Poder Judiciário disciplinar o amor, de forma que seria abusiva a sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento e ao afeto. Como exemplo, pode-se citar a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO PATERNO. RESTRIÇÃO AO ÂMBITO FAMILIAR. AUSÊNCIA DE ILÍCITO E DANO INDENIZÁVEL. I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que a presente demonstração de um destes requisitos não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. II - Para a configuração do dano moral, há de existir uma consequência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito da personalidade, provocando dor, sofrimento, abalo psicológico ou humilhação consideráveis à pessoa, e não dislates da vida. III - O abandono afetivo de um pai, apesar de ser uma triste situação, não caracteriza ilícito e não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes às relações familiares.³⁴

A maioria das decisões, contudo, afasta o dever de indenizar no caso concreto, diante da inexistência de prova cabal do dano sofrido pelo filho, bem como sua causa, ou seja, a presença do nexo de causalidade, apesar de reconhecer possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil ao abandono afetivo³⁵. Percebe-se que para ser concedida a indenização, o dano decorrente do abandono deve ser flagrante, pleno, deixando graves sequelas psicológicas, como, por exemplo, problemas na fala³⁶, devendo o pedido ser acompanhado de perícia psicossocial.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº: 10515110030902001*, Rel. Des. João Carrão. Data de Julgamento de 15.03.2016. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322117157/apelacao-civel-ac-10515110030902001-mg>>. Acesso em: 20 set. 2017. Na mesma sentido, veja: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº: 3003780-23.2013.8.26.0136*, Rel. Des. Coelho Mendes, Data de Julgamento: 11.03.2014, Data de Publicação: 12.03.2014. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/12356628/apelacao-npl-30037802320138260136-sp-3003780-2320138260136>. Acesso em: 18 de out. 2017.

³⁵ Nesse sentido, veja: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 12ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 0171476-73.2012.8.19.0004*. Rel. Des. Mário Guimarães Neto. Data de Julgamento de 26.10.2015. Disponível em: <<http://www4.tjri.jus.br/EJURIS/ProcessoConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 20 set. 2017. ; e BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 0006193-03.2014.8.26.0360*. Rel. Des. J. B. Paula Lima, julgado em 09.08.2016, DJRSP 02.09.2016. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373282470/apelacao-npl-61950320148260360-sp-00061930320148260360/interior-teor-373282470>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 0000940-62.2009.8.19.0060*. Relator: Mário Assis Gonçalves. Data de Julgamento: 09.07.2014. Disponível em: <<http://www1.tjri.jus.br/gpdncheweb/default.aspx?UZIP=1&GHID=0004960A8F2A58E3D9F5BC923568828927B9BC5031A0F151C>>. Acesso em: 20 set. 2017.

Desta forma, o simples não convívio do genitor com seu filho não é considerado suficiente a caracterizar dano moral passível de indenização. O dano moral não é considerado *in re ipsa* pela jurisprudência dominante neste caso³⁷.

Neste dispatão, pertinente a colocação de Flávio Tartuce³⁸:

— parece que a doutrina contemporânea foi bem festiva em relação à admissão da reparação imaterial por abandono afetivo, em especial após o julgamento do REsp 1.159.242/SP, em 2012. Porém, no âmbito da jurisprudência, há certo ceticismo, com momentos julgados que afetam a indenização.

Portanto, possível conceber uma ausência de sintonia entre doutrina e jurisprudência brasileiras acerca do tema.

CONCLUSÃO

Foi analisado neste trabalho a importância do princípio da afetividade, e sua aplicação no Direito de Família, diante da constitucionalização de seus institutos. A violação do dever do afeto, que pode também ser traduzido no dever de cuidado e convivência, gera danos evidentes que não podem restar desamparados pelo ordenamento jurídico pátrio. Como solução, a doutrina brasileira, de forma majoritária, entende que deve ser aplicada a responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental.

O estudo da responsabilidade civil dentro do Direito de Família é tema que ainda gera muitas discussões, não sendo diferente no caso da reparação civil por abandono afetivo parental. Cumpre observar, contudo, que o próprio instituto da responsabilidade civil evoluiu, de modo que a atenção maior não é com o causador do dano, mas com a busca pela reparação do dano injusto.

Não se pode obrigar ninguém a amar, mas o amor não se confunde com a afetividade e o dever de cuidado, que devem ser cumpridos pelos pais. Da escolha de ser pais, decorrem obrigações, principalmente a de acompanhar o filho diante de seu desenvolvimento, e de educá-lo e criá-lo. O não cumprimento desses deveres, como constatado, gera ato ilícito, apto a ser reparado, por violação aos direitos próprios da personalidade humana.

³⁷ Na doutrina, entende o caráter *in re ipsa* do dano moral decorrente do abandono afetivo Antonio Jerônimo Santos, em *Dano moral indenizável*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 229.

³⁸ TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo no mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/PanoramaSociedades/104_M1282537_61044Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia. Acesso em: 20 set. 2017.



Como averiguou-se nesta pesquisa, a jurisprudência encontra grandes dificuldades diante do caso concreto para aplicação do instituto da responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental. Embora ainda haja certa resistência em alguns casos, sob o argumento que não existe a obrigação jurídica de amar, confundindo-se com o dever de cuidado, conforme já demonstrado, o problema central reside na análise do dano e sua causa. Isto porque o exame do dano efetivo no caso concreto é muitas vezes de difícil comprovação, o que culmina em uma timidez por parte do Judiciário nos casos de abandono afetivo.

Por fim, sustenta-se que o dever de indenização não é apenas para punir o genitor ausente, mas compensar o filho que sofreu danos, muitas vezes insuperáveis, que causam verdadeiro prejuízo à vida existencial, diante do abandono afetivo. O dano moral fere o indivíduo em sua dignidade íntima, e em sua integridade psicofísica, e deve ser reparado, dando efetividade aos preceitos constitucionais de proteção aos filhos. Dessa forma, necessário que o Poder Judiciário vença a resistência que encontra nos casos de abandono afetivo, a fim de dar concretude à necessária compensação aos filhos abandonados, que tiveram que viver sem a imagem de um pai ou uma mãe.

Ademais, a responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental desempenha importante papel de demonstrar a reprovabilidade social do pai ou mãe faltosos, podendo se destacar seu papel pedagógico, em consonância com o princípio da solidariedade e da proteção integral à criança e ao adolescente.

REFERÊNCIAS

ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade Civil – indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juszi Editora, 2016.

BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?* In Diálogos sobre Direito Civil Vol. II. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 de abril 2017

_____. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 abril 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 757.411/MG*, 4ª Turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=757411&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 18 set. 2017.



_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível. *Apelação Cível 408.555-5*. Relator: Desembargador Umas Silva. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066308/102510802614140011-mg-10251080261414-001-1/inteiro-text-12206203> >. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1.159.242/SP*, 3ª Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5> >. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. *Apelação Cível 10515110030902001*, Relator: Desembargador João Cancian. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322117157/apelacao-civel-ac-10515110030902001-mg>> . Acesso em: 20 set.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 12ª Câmara Cível. *Apelação Cível 0171476-75.2012.8.19.0004*. Relator: Desembargador Mario Guimarães Neto. Disponível em < <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/Processos/ConsJuris.aspx?PageSeq=0> >/ Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível 0006195-03.2014.8.26.0360*. Relator: Desembargador J. B. Paula Lima. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373282470/apelacao-apl-61950320148260360-sp-0006195-0320148260360/inteiro-text-373282487> >. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Cível. *Apelação Cível 0000940-62.2009.8.19.0060*. Relator: Mario Assis Gonçalves. Data de Julgamento: 09/07/2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004960ABF2A58E3DF5BC92356882E927B9EC5031A0F151C>>. Acesso em: 20 set. 2017

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº: 3003780-23.2013.8.26.0136*, Rel. Des. Coelho Mendes, Data de Julgamento: 11.03.2014, Data de Publicação: 12/03/2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123566828/apelacao-apl-30037802320138260136-sp-3003780-2320138260136>. Acesso em: 18 de out. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A resposta judicial brasileira aos casos de negligência afetiva na relação paterno-filial. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. nº 32. Rio de Janeiro: Forense, 1ª semestre 2007.

LOBO, Paulo. *Direito Cível: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Edlla Karina Gomes. Postura Jurisprudencial diante das consequências jurídicas do abandono afetivo na filiação. In *Interessa Público*, ano 16, n.84, mar/abril 2014. Belo Horizonte: Forum, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito da família*. São Paulo: Saraiva, 2012.



SANTOS, Antonio Jevã. *Dano moral indenizável*. Salvador: JusPodium, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em: 20 set. 2017.



A OBRIGATORIEDADE DO USO DE PRECEDENTES E O ENGESSAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Bruma Rigamont Gomes Barbosa

Graduada pela Faculdade Novo Milênio. Advogada. Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Escola Superior Verbo Jurídico.

Resumo – Antes do novo Código de Processo Civil não havia uma obrigatoriedade do uso do sistema de precedentes. Com a sua promulgação o sistema jurídico brasileiro vinculou-se ao sistema de precedentes devendo todo magistrado ao solucionar um caso concreto observar o pensamento dos tribunais superiores e/ou do tribunal ao qual está vinculado. Busca-se com este sistema obter celeridade e segurança jurídica uma vez que as decisões devem se tomam uniformes. O cerne deste trabalho é verificar se a aplicação do sistema de precedentes impacta na fundamentação feita pelos magistrados ao decidir um caso concreto.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Precedentes. Engessamento do Poder Judiciário.

Sumário – Introdução. 1. O Sistema de Precedentes no Direito Brasileiro: Predominância da civil law? 2. Objetivos do Sistema de Precedentes no Direito Brasileiro: A segurança jurídica. 3. A fundamentação das decisões judiciais: haverá engessamento? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil estabeleceu o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Esse sistema tem por objetivo dar celeridade ao processo e trazer mais segurança jurídica nas decisões judiciais uma vez que caberá aos magistrados se pautarem pelo mesmo precedente.

A operação desse sistema pressupõe que os juízes ao prolatarem uma decisão judicial devem verificar se o referido caso concreto se amolda a um precedente já existente, devendo a sua decisão estar de acordo com o que já foi decidido pelos Tribunais Superiores e/ou Tribunal ao qual está vinculado.

O uso de um sistema de precedentes não é nenhuma novidade no sistema da common law, que sempre se baseou no uso dos costumes para se chegar a uma decisão judicial.

O primeiro capítulo deste trabalho tem por objetivo demonstrar as diferenças no uso do sistema de precedentes no sistema jurídico da common law e no na civil law, demonstrando ainda como se procedeu a formação desse sistema no Brasil, país de tradição civil law.



O segundo capítulo tenta retratar os principais objetivos que se pretende alcançar com o sistema de precedentes que foi construído no país. A segurança jurídica, certamente, constitui um desses objetivos, que será demonstrado no presente trabalho.

Isto por que é certo que se todo o sistema jurídico de um país se pautar pelos mesmos precedentes para julgar a lide, o processo, certamente, se tornará mais célere e, conseqüentemente, se terá garantido a segurança jurídica dessas decisões, visto que o resultado da lide já poderá ser previamente previsto.

Entretanto, se esse sistema não for bem utilizado, pode ser que o magistrado se torne um mero aplicador da norma. Aquele que apenas analisa se o caso em questão enquadra-se ou não no precedente existente. Esse é o objetivo do terceiro capítulo desse artigo. No qual será analisado se a adoção de um sistema de precedentes fará com que as decisões judiciais se tornem engessadas. Será que é isso que o sistema jurídico brasileiro pretende? Será que as inovações jurídicas – novas teses jurídicas / a evolução do direito – poderiam ser prejudicadas pelo uso deste sistema se não for utilizado da forma correta.

Enfim, o objetivo principal do presente trabalho é averiguar se o uso do Sistema de Precedentes, conforme procedimento descrito no novo Código de Processo Civil, poderá engessar a motivação das decisões judiciais.

A pesquisa será desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, visto que o pesquisador tentará verificar se o uso dos precedentes afetará a liberdade de criação das decisões judiciais.

O pesquisador tem como objetivo verificar as dificuldades de aplicação desse novo sistema no Poder Judiciário Brasileiro. Para tanto, o pesquisador pretende fazer uso da bibliografia pertinente a temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: PREDOMINÂNCIA DA CIVIL LAW?

O uso de um Sistema de Precedentes não é nenhuma novidade no direito estrangeiro ou no direito brasileiro. A formação do sistema de precedentes pode ocorrer de duas formas distintas. As especificidades da formação histórica de cada país é que notamão a construção de seu sistema jurídico e por conseqüência, o tipo de sistema de precedentes a ser adotado em cada ordenamento jurídico. Em função desse evolucionismo há dois sistemas distintos: o sistema da civil law e o da common law.



O sistema da civil law de origem romano-germânica é aquele em que prepondera a legislação escrita e o sistema jurídico é extremamente codificado. Sua constituição fundamenta-se no direito positivado e as leis são o cerne desse corpo jurídico. Nesse sistema há uma Constituição escrita que se localiza no topo da pirâmide das normas e há clara hierarquia entre as leis. Aqui as demais fontes do direito, como a doutrina, costumes e a jurisprudência, não possuem o mesmo valor que o direito positivado.

Por outro lado, no sistema da common law, de origem inglesa e bastante presente no direito norte-americano, os costumes e as tradições prevalecem em relação a norma escrita. Nos países em que há predominância desse sistema, os casos concretos são as fontes primordiais do direito, servindo como balizas para a solução de casos similares. Nem sempre a Constituição desses países são escritas e quando o são, muitas das vezes são bastante sucintas. Nesse sistema, os costumes são considerados como fontes diretas para a resolução das questões judiciais e um caso concreto é visto pelos demais julgadores como parâmetro para a resolução de um caso análogo.

O Brasil é um país cujo sistema jurídico possui características do sistema da civil law, pois possui uma Constituição escrita, seu sistema é composto vários códigos e os julgamentos ocorrem tendo como fonte primordial do direito a lei¹. Inegável esta condição. Entretanto, ultimamente, pode ser observado alguns traços no sistema jurídico brasileiro que se assemelham ao sistema da common law uma vez que passou a admitir, cada vez mais, o uso de precedentes para a resolução de casos semelhantes.

Importante salientar que a formação do sistema de precedentes no Brasil não ocorreu da mesma forma que o sistema de precedentes de um sistema puro da common law. Pode-se falar que o sistema de precedentes no Brasil não foi feito do modo tradicional uma vez que foi estabelecido no ordenamento jurídico (direito positivado) um procedimento de uso deste sistema e de construção de um precedente.

Tradicionalmente, não há escolha dos casos que se tornarão precedentes. Os órgãos inferiores é que começam a utilizar uma determinada decisão das instâncias superiores como referência para a solução da lide. No Brasil, ocorre o inverso, é a Corte Superior que seleciona as matérias que serão objeto de formação de um precedente, uma vez que escolhe o que será ou não matéria de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral.

¹ DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 183.



Pode-se dizer, dessa forma, que o sistema de precedentes existente no Brasil foi construído pelo ordenamento jurídico por meio de norma positivada e não condiz com o sistema puro da common law em que prevalece o uso do costume e da jurisprudência para o julgamento de um caso concreto. Isso pode ser explicado em face da realidade do sistema jurídico brasileiro em que há um grande número de demandas judiciais cujo sistema não está sendo capaz de absorver. Assim, pode-se afirmar que foi com a finalidade de reduzir o número de demandas judiciais, ou ao menos, torná-las mais céleres é que surgiu o sistema de precedentes no Brasil.

Nessa direção, o Novo Código de Processo Civil de 2015², já aliado com a adoção de um sistema de precedentes, estabeleceu em seus artigos 926 e 927 que os Tribunais devem uniformizar e manter estável a sua jurisprudência. Previu ainda que os juízes e tribunais ao decidirem deverão observar os precedentes dos Tribunais Superiores, os enunciados das súmulas vinculantes, dentre outros.

Segundo Francis Ted Fernandes³ “a existência dos referidos artigos foi inspirada na doutrina de Ronald Dworkin, que pondera que o juiz deve ser fiel ao seu dever de integridade, colocando-se como um autor e, ao mesmo tempo, como um crítico “de um romance em cadeia, escrito por diversos autores” [...]”.

Corrobora tal entendimento a previsão do art. 489 do CPC em que se estabelece que uma decisão judicial será considerada fundamentada quando seguir o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente que seja invocado pela parte⁴.

Com a adoção do sistema de precedentes, a lei, fonte direta na civil law, deixou de ser o único paradigma obrigatório que vincula a decisão judicial. Agora, os magistrados ao fundamentarem suas decisões deverão observar se existe nos tribunais superiores, ou ao tribunal ao qual está relacionado, caso concreto assemelhado que já tenha sido analisado. Havendo, deverão fundamentar suas decisões de acordo com o precedente existente. Caso verifiquem que o precedente invocado não está de acordo com o caso concreto a ser julgado deverá fundamentadamente afastar a sua incidência.

2 BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

3 FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes do novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248774,110420+sistema+de+precedentes+do+novo+CPC+o+dever+de+integridade+e>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

4 BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.



De acordo com Lênio Luiz Streck e Georges Abboud⁵ o Código de Processo Civil “criou provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva”. Segundo ainda estes autores “não podemos (sic) equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC”⁶.

Para a common law um precedente, diferente da força vinculante existente nas Súmulas Vinculantes ou no acórdão paradigma, é aquele gerador de complexidade. Para Lênio Luiz Streck e Georges Abboud⁷ “não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC.”

O que o Código de Processo Civil fez foi implantar força normativa vinculante aos provimentos judiciais⁸. Esse método que vem sendo imposto ao sistema jurídico brasileiro é diferente do que ocorre na formação dos precedentes no sistema da common law. Isso por que lá para que um determinado caso seja considerado como precedente judicial não é a Corte que emanou a decisão quem legitima a validade desse precedente, mas sim os demais litigantes – inicialmente pelas partes no processo – que passam a aceitar determinada decisão como válida e passam a utilizá-la como referência para os demais processos, sempre fundamentando a sua utilização. Daí é que os tribunais inferiores passam a utilizar este precedente.

Como a forma de elaboração de um precedente pelo sistema judiciário brasileiro difere da formulação que ocorre na common law é preciso ter cautela para que não chegue o tempo em que um precedente venha ser aplicado em detrimento de uma própria lei. Fazendo com o que o Judiciário deixe de ser um poder de aplicação das leis para fabricantes delas mesmas, usurpando a competência do Poder Legislativo.

Por outro lado, a uniformização do precedente – pretendida pelo art. 927 do CPC – tem como objetivo a isonomia das decisões judiciais isso por que a falta de constituição de precedentes gera um grande crescimento no número de processos similares.

Segundo Freddie Didier⁹:

a inponderada utilização de precedentes judiciais no Brasil tem resultado, não poucas vezes, em verdadeira denegação da justiça, sobrelevando-se a força uniformizadora daquele instituto em detrimento da necessária consideração dos aspectos peculiares

5 STRECK, Lênio; ARBOUD, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

6 *Ibidem*

7 *Ibidem*

8 DIDIER JR., Fredie et al. Precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 345.

9 *Ibidem*, p. 189.



do caso concreto, sem o que não se logra alcançar acesso à ordem jurídica justa, vista como aspecto inerente à justiça.

Dessa forma, o uso do sistema de precedentes da forma como está estruturado no ordenamento jurídico brasileiro merece cuidado em sua utilização, isso por que a ratio decidenti – aquilo que efetivamente vincula um precedente é determinada pelos tribunais inferiores e não pelo próprio Tribunal que decide a questão.

Verifica-se que o sistema jurídico brasileiro embora predomine a civil law utilizou-se de parâmetros da common law para construir um sistema de precedentes, que nesse sistema foi a própria evolução histórica que o definiu. Aqui o processo não foi natural, foi uma necessidade da realidade jurídica brasileira para reduzir e agilizar as demandas judiciais.

2. OBJETIVOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: A SEGURANÇA JURÍDICA E O PODER DE CRIAÇÃO DO MAGISTRADO

Vários são os objetivos do uso do sistema de precedentes no Brasil: a celeridade processual, a redução no número de demandas judiciais e a obtenção da segurança jurídica nas decisões judiciais são alguns exemplos de objetivos alcançáveis com o uso desse sistema.

Obviamente o processo judicial torna-se mais célere quando se tem uma gama de precedentes que já informa como tal demanda deve ser julgada. O uso do sistema de precedentes também acaba reduzindo o número de demandas judiciais uma vez que antes de ingressar com a lide a parte verifica de antemão se o que se pretende deduzir em juízo está de acordo com o ordenamento jurídico. Não estando em consonância, desiste da demanda.

De mesmo modo, tendo o corpo jurídico unidade na forma de decidir, não restam dúvidas de que o objetivo de dar mais segurança jurídica nas decisões judiciais também será atingido. Entretanto, quais as consequências da obtenção da segurança jurídica no sistema de livre convencimento do magistrado? Estando ele vinculado ao precedente existente o poder de criação da fundamentação da decisão judicial será afetado?

Segundo Eduardo Cambi e Matheus Vargas¹⁰, “a segurança jurídica é o direito à tranquilidade e à estabilidade na relação jurídica, as quais não podem ser modificadas sem critérios minimamente calculáveis, a ponto de a imprevisibilidade o deixar inseguro e instável quanto ao seu presente, futuro e passado”.

Dessa forma, para que haja credibilidade nas decisões judiciais, há a necessidade de que a ordem jurídica seja estável, ou seja, não se tenha decisões contraditórias em processos

10 DIDIER JR., Fredie et al. Precedentes 2. ed. Salvador: Jusquidivm, 2016, p. 340.



cujas demandas sejam as mesmas. Deve haver coerência no ordenamento jurídico. Não pode haver uma decisão em um sentido nos tribunais do sul do país e outra decisão diametralmente oposta em qualquer outro lugar. Esta inconsistência do sistema gera instabilidade e descrédito no Poder Judiciário.

A implantação do sistema de precedentes, como já exposto, efetivamente trará mais segurança jurídica e evitará decisões contraditórias, uma vez que há no ordenamento meios (a possibilidade de se impetrar uma reclamação direto no Supremo Tribunal Federal caso uma decisão judicial não observe alguma súmula vinculante) para que se mantenha uma unidade entre as decisões.

Mas será que, em nome desta unidade de pensamento jurídico que se pretende estabelecer com o uso do sistema de precedentes o poder de criação do magistrado será afetado?

Se no sistema de precedentes existente no Brasil, de acordo com o Código de Processo Civil¹¹, há a necessidade de que os juízes e Tribunais, ao prolatarem suas decisões, observem os precedentes já existentes, o poder de criação e a fundamentação dessas decisões serão fortemente afetadas.

Haverá esta afetação por que caberá ao magistrado apenas averiguar se o caso concreto em análise se adequa a algum precedente existente. Adequando-se ao precedente existente, a sua fundamentação deverá consistir em apenas apontar as razões que aquele caso se amolda no caso paradigma. Não havendo adequação, caberá ao magistrado fundamentadamente afastar o uso do precedente, é o *distinguishing*, ou seja, quando o magistrado fundamenta no sentido de demonstrar que o caso em análise não se adequa ao precedente citado, afastando a sua aplicação.

Tendo em vista que o magistrado não deve julgar de modo diverso do estabelecido no Código de Processo civil, importante observar as diferenças entre os conceitos de jurisprudência, de precedente e de enunciado de súmula (vinculante ou não).

Jurisprudência pode ser entendido como o conjunto de decisões judiciais reiteradas e uniformes. Diferindo-se de um precedente apenas pelo quantitativo uma vez que aquela é um conjunto de reiteradas decisões judiciais e este apenas uma decisão que possui cunho transcendental.

Precedente é um julgado e apenas isso. Um julgado cujas características não se atenam apenas ao caso concreto em análise. Possui o precedente efeito *erga omnes*, embora as

11 BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.



decisões desta lide fiquem restrita às suas partes, os seus efeitos acabam por atingir todas as relações jurídicas existentes no sistema que tenham objeto semelhante.

Nesse aspecto cabe um adendo ao sistema de precedentes que foi construído no país. Aqui não é o juiz de fato que verifica se determinada lide já teve caso semelhante analisado pelos Tribunais Superiores ou pelo Tribunal ao qual está vinculado. Ao contrário, são estes mesmos tribunais, em função do sistema adotado pelo Novo Código de Processo Civil, que impõem a juiz a utilização daquilo que já foi analisado, construindo-se mecanismos para o pleno funcionamento desse sistema.

Já enunciado de súmula é o entendimento de um Tribunal sobre determinada questão de direito. No direito brasileiro, terão a forma de enunciados de súmulas da jurisprudência dominante, que serão editados pelos tribunais na forma e segundo pressupostos de seus regimentos internos¹².

O Código de Processo Civil traz uma ordem de utilização de precedentes que deve ser observada¹³. Primeiramente as decisões do Supremo Tribunal Federal, depois os enunciados de súmulas vinculantes e assim por diante.

Olvidando-se dessa ordem pré-estabelecida, será possível impetrar reclamação para que haja o restabelecimento do ordenamento jurídico. Garante-se a segurança jurídica, sem dúvidas, uma vez que se mantém a unidade no julgamento dos processos.

O magistrado ao aplicar ou não o precedente existente não deve apenas averiguar se moldasse ou não ao caso concreto. Será necessário aplicar a técnica da autorreferência decisória¹⁴, segundo a qual o magistrado ao profereir sua decisão deverá fazer referência a *ratio decidendi* – razão da decisão – que deu origem ao precedente paradigma.

Não pode decidir de modo diverso do que já está estabelecido no ordenamento jurídico, o poder de criação do magistrado estará restrito, pois concordando ou não com o precedente existente deverá fundamentar a sua decisão no sentido do que prescreve o precedente. O poder de livre convencimento do magistrado fica maculado, pois não pode decidir de modo diverso do pensamento dos tribunais superiores.

Entretanto, não se pode dizer que o mesmo ocorre quando o magistrado está diante de um precedente que entenda não ser aplicável ao caso concreto, pois nesse caso, para afastar o

12 DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 346.

13 BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

14 DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 350.



uso de determinado precedente deverá se utilizar de uma fundamentação extremamente robusta para que demonstre que não se amolda ao caso concreto em questão.

Enfim, verifica-se que o uso do sistema de precedentes da forma como está construído no sistema jurídico brasileiro, o poder de criação das decisões judiciais sofre forte influência, visto que se deve sempre observar a *ratio decidendi* do precedente dos Tribunais Superiores.

3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: HAVERÁ ENGESSAMENTO?

A necessidade de fundamentar as decisões judiciais passa pela análise do sistema do livre convencimento motivado e da independência funcional dos juízes frente ao sistema de precedentes existente atualmente.

O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional relaciona-se diretamente com a fundamentação de uma decisão judicial. O juiz ao prolatar sua decisão tem liberdade de criação devido a este princípio, mas a sua fundamentação deve se relacionar com os elementos probatórios constantes nos autos.

Por meio desse sistema o julgador deve fundamentar a decisão judicial de acordo com a sua consciência, mas de modo algum pode se afastar das provas dos autos. Segundo Grecco Filho¹⁵ este sistema admite a livre apreciação da prova, mas vincula essa apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não alegados pelas partes e exige a indicação na sentença dos motivos racionais que formaram o convencimento do juiz.

Se o magistrado pode decidir de acordo com a sua convicção, o sistema de precedentes existente atualmente no Código de Processo Civil afeta essa correlação? Tendo um precedente nos Tribunais Superiores sobre o tema que cabe ao julgador analisar e estando ele vinculado a este precedente, poderá o magistrado fundamentar de forma contrária a esta decisão e seguir a sua própria convicção?

Caso não seja cabível o precedente suscitado, caberá ao magistrado apresentar em sua fundamentação os motivos da não aplicação do referido precedente, afastando-o. Nestas situações, ao entender que o caso concreto se mostra contrário ao entendimento do precedente, deverá ele fundamentar de forma a afastar a incidência do precedente.

Por outro lado, caso seja o precedente o parâmetro correto para a solução do caso concreto, mesmo que o magistrado, por convicção pessoal, não concorde com tal solução, deverá

¹⁵ GRECCO FILHO apud CAVALLI, Ricardo Fachin. Princípios do livre convencimento motivado do juiz. Disponível em: <http://www.arbitrio-judicial.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16725&revista_caderno=21>. Acesso em: 14 out. 2017.



ele seguir o precedente dos Tribunais Superiores e/ou Tribunal ao qual está vinculado. Isso por que a construção do sistema jurídico – a existência de tribunais revisores – da forma como se encontra atualmente visa assegurar decisões coerentes e trazer segurança jurídica para os que se socorrem da justiça.

Entretanto, importante frisar que não cabe ao magistrado concordar ou não com o precedente. Não é isso que se almeja com a implantação do sistema de precedentes. O que se pretende é que as decisões judiciais sejam coerentes e coesas com o entendimento de uma determinada matéria a fim de trazer mais segurança jurídica ao sistema.

Isso por que, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶, o juiz não pode criar o direito do nada, da sua própria cabeça, segundo suas convicções e crenças pessoais, o juiz deve decidir de acordo com a lei, interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina.

Assim, apesar de suas convicções pessoais, o magistrado representa o Estado e deve decidir de acordo com o que está prescrito no sistema jurídico. Dessa forma, por exemplo, mesmo que o magistrado pessoalmente não concorde com o casamento entre pessoas do mesmo sexo, caso ele tenha que julgar um caso concreto sobre esse tema, terá ele que decidir em prol da celebração do referido casamento, mesmo indo contra aos seus entendimentos pessoais.

O que se pretende com a aplicação do direito é que ele seja uniforme e coerente para todos os que lhe procuram. Esta coerência na aplicação do direito é que traz segurança para todos.

Já com relação à independência funcional na aplicação do direito é importante frisar que este é um argumento trazido pelos próprios magistrados uma vez que implica, necessariamente, na sua forma de atuação.

O fato de os magistrados terem independência funcional – prerrogativa do juiz que permite que ele decida segundo a sua própria convicção e de modo diverso de qualquer outro magistrado – tem ocasionado decisões contraditórias que são, ditosamente, saneadas em sede recursal pelos tribunais.

Essa instabilidade é um dos motivos que trouxe o sistema de precedentes tal qual configurado no Código de Processo Civil, que obriga que todos os juizes, no mesmo tipo de causa, decidam de modo uniforme, observando as decisões dos tribunais superiores.

A possibilidade de o magistrado decidir diferentemente dos demais encontra barreira no sistema de precedentes, o qual busca construir um sistema jurídico coeso e coerente que traga segurança para os que lhe socorrem.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 265.



Poderia, então, o ordenamento jurídico estabelecer limites a independência dos magistrados?

O sistema de precedentes vem justamente para isso. Ao delimitar a forma de decidir para casos semelhantes afeta diretamente a independência funcional do magistrado, pois ele deverá decidir de acordo com o que já está decidido. Caso decida de forma contrária, tal decisão comportará reforma por meio de recursos ou reclamação para o Tribunal Superior.

Segundo Hugo Carvalho¹⁷ é possível dizer que a instituição de teses vinculantes atinge a independência funcional dos juizes, mas de forma legítima, por que as orientações dos tribunais representam uma de nossas fontes jurídicas. Se assim não fosse, que sentido teria colocarmos tribunais no vértice do sistema para dar a última palavra sobre o nosso direito.

Assim, embora haja claro conflito entre a implantação do sistema de precedentes no Brasil com a independência funcional dos magistrados é necessário reduzir a aplicação desse princípio para que o sistema de precedentes vinculantes possa ser viável. Caso contrário, a previsão do Código de Processo Civil não teria qualquer tipo de aplicabilidade, seria uma verdadeira “letra morta”.

O que se pretende ao final é dar segurança jurídica para os administrados, pois com o sistema de precedentes aquele que procura a justiça já conhece previamente o resultado que espera alcançar. Podendo, inclusive, avaliar se ingressa ou não com a demanda da forma que lhe for mais conveniente.

Verifica-se que tanto o sistema do livre convencimento motivado quanto a independência funcional dos magistrados são afetados pela instituição do sistema de precedentes.

Ao ser afetado pelo sistema de precedentes tanto o sistema do livre convencimento, quanto a independência funcional não deixam de existir, mas cedem lugar. Como não são de aplicação absoluta, e nem deveria ser, são relativizadas (suavizadas) a sua aplicação.

Desta forma, verifica-se que embora sejam afetados pelo sistema de precedentes, não há a sua anulação, pois continuam a existir e são extremamente importantes para que se tenha um sistema jurídico coeso e seguro.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa verificou que há um conflito entre a busca pela celeridade processual e pela segurança jurídica e o poder de fundamentação do magistrado em uma decisão judicial.

¹⁷ *ibidem* p. 94



Isso por que a adoção do Sistema de Precedentes pelo novo Código de Processo Civil trouxe uma série de regras que o magistrado deve averiguar ao proferir sua decisão.

Com o presente trabalho foi possível concluir que o Sistema de Precedentes regulado pelo Código de Processo Civil afeta sim a fundamentação dos magistrados na decisão de um caso concreto uma vez que deve observar a ratio decidendi dos Tribunais Superiores.

Isso por que antes de sentenciar o magistrado deverá averiguar se o caso concreto já foi objeto de julgamento pelos Tribunais Superiores ou pelo Tribunal ao qual está vinculado. Se já tiver sido objeto de controvérsia, restará ao magistrado duas opções: seguir a orientação dos Tribunais ou afastá-la de modo devidamente fundamentado. Ou seja, caberá ao magistrado apenas fazer a verificação se o caso concreto se amolda ao caso que já foi objeto de julgamento.

Assim, se estiver diante de um caso semelhante a outro que já tenha precedente, deverá apenas averiguar se tratasse do mesmo caso. Por outro lado, se estiver diante de um caso inédito a sua liberdade de atuação será mais ampla do que quando estiver diante de um caso que já foi objeto de análise dos Tribunais Superiores.

Conclui-se que no sistema jurídico brasileiro a liberdade de fundamentação dos magistrados deu lugar a celeridade processual e a segurança jurídica. O sistema optou por privilegiar estes últimos.

Talvez esta escolha tenha sido em função do número de processos, os quais os tribunais e os próprios juizes não estão tendo mais condições de suportar. É apenas uma solução para um sistema que não está suportando o número de demandas judiciais.

Insta salientar que houve apenas uma preferência pela segurança jurídica e pela celeridade processual, pois o poder de fundamentação das decisões judiciais não foi aniquilado. Sempre haverá espaço para que o magistrado diante de um caso inédito ou que não se adeque ao que já foi decidido, tenha plena liberdade de fundamentação. Foi uma simples opção legislativa na busca de um judiciário coeso e que trouxesse segurança jurídica para os que dele se socorrem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CAVALLI, Ricardo Fachin. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16725&revista_caderno=21>. Acesso em: 14 out. 2017.



DIDIER JR., Fredie et. al. Precedentes 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESUS, Friscilla Silva de. Teoria do precedente judicial e o novo código de processo civil. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3240/2321>. Acesso em: 10 abr. 2017.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo código de processo civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://bd.editoriaforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pidCntd=23410>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E DO VALOR MÍNIMO REPARATÓRIO FIXADOS EM DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA

Bruno do Mattos Ávila Nolasco

Graduado pela Faculdade de Direito da DFP, Universidade Federal Fluminense, de Niterói. Advogado. Pós-graduado em Especialização em Direito Público e Privado pela EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o princípio da presunção de inocência, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi, durante muito tempo, entendido como um direito absoluto. Decisões recentes relativizaram-no. O objetivo do trabalho é encarar essa problemática, pela análise das mais recentes posições jurisprudenciais a respeito da execução provisória da pena privativa de liberdade, das penas restritivas de direitos e do valor mínimo reparatório pré-fixado pelo juiz criminal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Decisão Condenatória. Execução Provisória. Pena Privativa de Liberdade. Penas Restritivas de Direitos. Valor Mínimo Reparatório.

Sumário – Introdução. 1. Princípio da Presunção de Inocência: Razões Históricas e Possibilidade de Mitigação. 2. Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade e das Penas Restritivas de Direitos: Hipótese de Cabimento e de Não Cabimento à Luz da Jurisprudência Pátria. 3. Execução Provisória do Valor Mínimo Reparatório Pré-Fixado Pelo Juiz Penal na Sentença Condenatória. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa, com base na doutrina e na jurisprudência mais recentes a respeito do tema, o princípio da presunção de inocência, a possibilidade de sua mitigação e as consequências práticas disso, mais precisamente no que tange à possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, das penas restritivas de direitos e do valor mínimo reparatório fixados na decisão condenatória criminal.

Em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória proferida em primeiro grau, após a acórdão confirmatório.

Dizia-se que essa possibilidade execução provisória seria uma afronta ao princípio da presunção de inocência, porque feita antes do trânsito em julgado da decisão.

Muito se discutiu, de fato, a respeito da execução provisória da pena privativa de liberdade, mas o Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que se manifestou sobre o

tema, não analiso outro tema de igual importância, a saber, a possibilidade de execução provisória do valor mínimo reparatorio fixado na sentença penal condenatória. A doutrina também não é feita a respeito do assunto, o que demonstra a necessidade de discuti-la.

Recentemente, a jurisprudência também analisou a questão da execução provisória das penas restritivas de direitos, questão que também merece o devido enfrentamento.

O primeiro capítulo do trabalho inicia-se com uma análise breve das raízes históricas do princípio da presunção de inocência, e também trata da possibilidade de sua mitigação.

O segundo capítulo analisa a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade e das penas restritivas de direitos, a partir do quando isso seria possível e, ainda, suas hipóteses de cabimento e de não cabimento, tudo à luz dos mais recentes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

O terceiro capítulo investiga a possibilidade de execução provisória do valor mínimo reparatorio, de natureza cível, fixado na sentença criminal.

A pesquisa é descrita com aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais, com desenvolvimento do método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elige um conjunto de proposições hipotéticas, viáveis e adequadas à análise do objeto de pesquisa, com o fim de comprová-las ou de rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem do objeto de pesquisa é necessariamente qualitativa, pois o pesquisador se utiliza da bibliografia e da jurisprudência pertinentes à temática em foco, analisadas e fixadas na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: RAÍZES HISTÓRICAS E POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO

O princípio da presunção de inocência surgiu século XVIII, no contexto iluminista, envoltos dos ideais liberais, como reação do povo às barbárie do Estado absolutista¹.

A sociedade francesa declarou-o no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão², de 1789. Por sua vez, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, ad

¹FODCAILLI, Michel. *Figier e Pover*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 37.

²FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em <<http://www.dereitohumanos.org.br/index.php/Doutrinas-antigas-a-origem-da-Sociedade-das-Nacoes-at6-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 05 abr. 2017.



proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos³, estabeleceu-o no art. 11, §1º. E, em 1969, foi proclamada a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu o princípio no seu art. 8º, item 2.

A partir de então, o princípio da presunção de inocência passou a ser inserido nos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países, que o elegeram como um verdadeiro direito fundamental e, ainda, como um garantia ao cidadão, no sentido de não poder ser considerado culpado, a não ser na forma da lei. O Brasil foi um deles, em especial pela interdição do Pacto de São José da Costa Rica, por meio do Decreto nº 678, de 02 novembro de 1992⁵.

Nos termos literais do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶, o princípio da presunção de inocência significa que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Em tese, pois, ao menos até o esgotamento das vias recursais, nenhuma consequência, nem material, nem processual, poderia atingir o réu, ao menos não de maneira legítima.

Essa assertiva, extraída de uma interpretação literal do texto constitucional supra, para ser considerada verdadeira, deve necessariamente partir do pressuposto de que o princípio da presunção de inocência é um direito absoluto, ou seja, que não admite qualquer mitigação.

Ocorre que nenhum direito é absoluto, todos são passíveis de limitação. O melhor exemplo disso é o direito à vida, previsto no art. 5º, caput, da CF/88⁷, que, embora seja o pressuposto da existência do ser humano, é relativizado pelo inciso XLVII desse mesmo dispositivo, ao permitir a pena de morte na hipótese de guerra declarada. Ora, se nem mesmo a vida é um direito absoluto, quanto menos a presunção de inocência poderia sê-lo.

É bem verdade que, no caso do direito à vida, a regra e a sua relativização advêm, ambas, de maneira expressa, do próprio texto constitucional. Embora isso não ocorra com a presunção de inocência, apenas uma visão garantista levada ao extremo poderia afirmar o caráter absoluto deste princípio.

³FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/pt/doc/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁴COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.oidh.org/Basesos/Portuguesok/Convencao_Americana.html>. Acesso em: 21 out. 2017.

⁵BRASIL. *Decreto nº 678, de 02 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁷Ibid.



Isso porque, da mesma forma que os princípios têm como uma de suas funções guiar a interpretação do ordenamento jurídico como um todo, eles, os princípios, não podem ser destacados desse todo, como se separados fossem do sistema normativo. Se seu fim é para o todo, de todo os princípios são inseparáveis. Então, interpretar um princípio de uma maneira só literal, desligado de todo o sistema no qual está inserido, seria pecar num raciocínio mais.

Por isso, Douglas Fischer⁸ afirma que o garantismo, especialmente o penal, deve ser integral, no sentido de que não se pode permitir a prevalência indiscriminada de direitos fundamentais sobre os demais direitos e valores igualmente assegurados pela ordem jurídica, sem nenhuma superação, como se as interpretações de gênero literal e gramatical impusessem verdadeiros argumentos de autoridade, o que seria um equívoco do ponto de vista sistemático.

A presunção de inocência, como princípio que é, ao conflitar com outro princípio, não tem o condão de abartá-lo. Só as regras que permitiriam isso; os princípios, não. De fato, no conflito entre princípios deve ser feita a superação: ambos os princípios em conflito devem ser considerados, nenhum deles completamente afastado.

Não há, portanto, outro caminho que não seja concluir que o princípio da presunção de inocência, apesar de seu grande valor enquanto instrumento garantidor de outros direitos fundamentais, especialmente a liberdade, tem caráter relativo, e não absoluto, ou seja, pode e deve ser limitado quando for necessário para a efetivação de outros valores que colidem com ele. É o que deve ser feito quando a presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da CRFB/88, colide com o direito à segurança, assegurado pelo art. 5º, caput, da CRFB/88⁹.

A propósito, é justamente por conta da mitigação do princípio da presunção que se encontram positivadas no ordenamento jurídico pátrio as prisões cautelares (ou processuais), quais sejam, a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal)¹⁰, a prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP)¹¹ e a prisão temporária (ou provisória, prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989)¹².

Embora nenhuma dessas prisões cautelares funcione como instrumento de punição antecipada, tampouco como antecipação dos efeitos da sentença penal condenatória, Ricardo Bento¹³ assegura que elas são permitidas justamente a partir da ponderação entre a defesa da

⁸FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Inspeções, 2010, p. 27.

⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

¹¹Ibid.

¹²BRASIL. *Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

¹³BENTO, Ricardo Alves. *Princípios de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 154.



sociedade e a defesa da liberdade do indivíduo, ou seja, a partir de uma mitigação sistemática sobre o princípio da presunção de inocência.

Isso reforça o fato de que a mitigação do princípio da presunção de inocência é uma realidade possível e deve ser feita, em forma de exceção (ponderação), sempre que esse direito fundamental colidir com outros valores, como o direito à segurança da sociedade.

Pela análise das razões históricas do princípio da presunção de inocência e de todo raciocínio sistemático a permitir a sua ponderação tendo em vista outros valores, conclui-se que a mitigação do princípio da presunção de inocência está longe de ser considerado um resqüício do absolutismo. Trata-se de uma eventualidade que só se torna viável após a estrita observância do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88)¹⁴, e que tem como uma das consequências a possibilidade de execução provisória da decisão penal condenatória, dentro das hipóteses de cabimento e de não cabimento delineadas pela jurisprudência pátria.

2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DAS PENAS RESTRIATIVAS DE DIREITOS: HIPÓTESES DE CABIMENTO E DE NÃO CABIMENTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Em fevereiro de 2016, no *Habeas Corpus* nº 126.292-SP¹⁵, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, entendeu que a possibilidade do início da execução provisória da pena privativa de liberdade (PPL), após o acórdão confirmatório prolatado em segundo grau, não ofende o princípio da presunção de inocência. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) filiou-se a esse entendimento, no julgamento da QO na APn nº 675-GO¹⁶, em abril desse mesmo ano. E o STF reafirmou a sua posição em diversos outros julgados, como no da ADC nº 43¹⁷ e o da ADC nº 44¹⁸, em outubro do mesmo ano, e no do ARE nº 964246-RG¹⁹, em novembro, sob o rito da Repercussão Geral.

¹⁴BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292-SP. Relator: Ministro Teoria Zavascki. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(126292%20NUNM%2086%20RC%20SCLA\)%20ORF%20\(HC%20ACMS%20ADP%20126292%20ACMS\)\)&base=baseAcordaos&origem=busca=Cidade](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((126292%20NUNM%2086%20RC%20SCLA)%20ORF%20(HC%20ACMS%20ADP%20126292%20ACMS))&base=baseAcordaos&origem=busca=Cidade)>. Acesso em 25 set. 2017.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO na APn nº 675-GO. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCKSTJ/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200700943919_EGG>. Acesso em 25 set. 2017.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAutenticado.asp?numero=43&base=ADC&origem=AP&numero=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 set. 2017.

De fato, no julgamento paradigmático, o HC n° 126.292-SP²⁰, de fevereiro de 2016, o STF mudou a posição que, desde fevereiro de 2009, no julgamento do HC n° 84.078-MG²¹, estava no sentido de não permitir a execução provisória da PPL, sob condições ou execução ao trânsito em julgado, com a ressalva da possibilidade de prisão preventiva.

Antes, entre 1988 e 2009, até se permitia a execução provisória da PPL, mas apenas em dois casos. O primeiro, para beneficiar o réu, na forma da Súmula n° 716 do STF²², que admitia a execução da carta de sentença antes do trânsito em julgado, para permitir a progressão do regime de cumprimento da PPL e a aplicação imediata do regime menos severo nela determinada. A segunda, em desfavor do réu, quando o recurso interposto pela defesa fosse manifestamente protelatório, com a finalidade única de postergar a aplicação da PPL, em verdadeiro abuso do direito de recorrer, que era o fundamento autorizativo da imediata e provisória execução da pena, conforme entendimento do STF, no HC n° 115.517-PR²³.

Nota-se, portanto, que a proibição da execução provisória da PPL, de fato, nunca foi considerada absoluta pela Corte Constitucional pátria. Significa dizer que a decisão tomada em fevereiro de 2016, no julgamento paradigmático do HC n° 126.292-SP²⁴, não configura mutação constitucional, e sim simples retomada de entendimento.

Esclareça-se que a mutação constitucional é a técnica de hermenêutica que implica alteração informal da Constituição Federal, porque ela não modifica o texto constitucional, ou seja, não há a observância do processo legislativo das emendas constitucionais, previsto no art. 60 da CRFB/88²⁵, sendo suficiente para tanto a mudança interpretativa.

São três as hipóteses que legitimam a mutação constitucional, quais sejam, mudança na percepção do direito, modificações na realidade fática e consequência prática negativa de determinada linha de entendimento. No caso, nenhuma delas ocorreu. O que houve mesmo foi a retomada do entendimento que era adotado entre o ano da promulgação da atual

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&curso=0&tipoJudgmento=M>>. Acesso em: 25 set. 2017.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 964246-RG*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAndamento.asp?numero=964246&classe=ARE&origem=AP&curso=0&tipoJudgmento=M>>. Acesso em: 25 set. 2017.

²²BRASIL, *op. cit.*, nota 15.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.078-MG*. Relator: Ministro Feres Gomes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivos/com/Ativizao/NoticiaStf/arquivos/com/ata84078.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 716*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/casos/SomarioSomulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em: 25 set. 2017.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 115.517-PR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pagina/infopub/paginador.jsp?docTP=TP&forID=3492872>>. Acesso em: 25 set. 2017.

²⁶BRASIL, *op. cit.*, nota 15.

²⁷BRASIL, *op. cit.*, nota 6.



Constituição Federal (1988) e o ano do julgamento do HC n° 84.078-MG²⁸ (2009), a permitir a execução provisória da PPL.

No cenário atual, a jurisprudência pátria vem, paulatinamente, firmando uma série de hipóteses de cabimento e a de não cabimento da execução provisória da PPL.

Conforme o STJ aduziu, no REcl no REsp n° 1.484.415-DF²⁹, a execução provisória da PPL pode advir tanto de um acórdão confirmatório da sentença condenatória de primeira instância, assim como do próprio acórdão condenatório em si, prolatado em ação penal nos casos de competência originária dos Tribunais.

Mas há de se ressaltar que, quando se tratar de acórdão confirmatório, é possível a execução provisória da PPL até mesmo se a sentença condenatória, de primeira instância, tiver estabelecido para o réu, expressamente, o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, conforme entendimento do STJ, casado no HC n° 374.413-RJ³⁰.

A execução provisória da PPL é possível mesmo que pendente do julgamento recurso extraordinário (RE) ou recurso especial (REsp). Aliás, isso é possível até mesmo no rito do Tribunal do Júri, conforme entendimento do STF, casado no HC n° 118.770-SP³¹. Em todo caso, não é necessário o retorno dos autos que subiram para julgamento do RE ou do REsp, isto é, pode ser feita a execução provisória da PPL com base em traslado dos autos originais, de acordo com o entendimento do STF, firmado no julgamento do HC n° 126.292-SP³².

Nesse aspecto, convém destacar que, antes da retomada de posição jurisprudencial a respeito da execução provisória da PPL, a impossibilidade disso importava conferir efeito suspensivo indistinto aos recursos interpostos com o fim de reformar decisões condenatórias, inclusive àquelas em que a lei fosse expressa no sentido de não terem efeito suspensivo, como era o caso do RE e do REsp (art. 27, §2º, da Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990)³³, de

²⁸BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REcl no REsp n° 1.484.415-DF. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&qtacid=58435095&num_registro=201402472885&data=20160414&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n° 374.413-RJ. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&qtacid=58435095&num_registro=201402472885&data=20160414&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 25 set. 2017.

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 118.770-SP. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAtributo.asp?numero=118770&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&processo=118770&tipo=Julgamento=M>>. Acesso em: 25 set. 2017.

³²BRASIL, *op. cit.*, nota 15.

³³BRASIL. Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

acordo com o STF, no HC nº 107.547-SP³². Isso, porém, frisa-se, mudou, porque atualmente a posição do STF é de que a execução provisória da PPL pode se dar até mesmo no conteúdo do julgamento RE ou REsp, como anteriormente esclarecido.

Outro delineamento jurisprudencial estabelecido recentemente é no sentido de que, quando a execução provisória da PPL envolver sentença de primeira instância confirmada em segunda instância, em grau recursal, a competência para a execução provisória do julgado será do juízo originário, inclusive no caso de deslocamento, segundo o STJ, no HC nº 374.713-RS³³.

Isso porque, no caso de deslocamento (arts. 427 e 428 do CPP)³⁴, o deslocamento da competência ocorre somente para o julgamento no Tribunal do Júri, e, com o veredito do Júri Popular estabelecido, cega-se a competência da comarca destinatária. Por isso, em casos tais, a execução provisória da PPL é conduzida pelo juízo originário da causa, e não pelo Presidente do Tribunal do Júri, no qual, neste, ocorreu o julgamento.

Ademais, outra demarcação jurisprudencial sobre o tema é que a prerrogativa do o advogado ser preso em sala do Estado-Maior se refere apenas à prisão cautelar, e não se aplica no caso de execução provisória da PPL. Sendo assim, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, o advogado poderá ficar sem a referida prerrogativa, ou seja, poderá ser preso em unidade prisional comum caso haja a execução provisória da PPL, conforme o STJ, no HC nº 356.158-SP³⁵, e o STF, em decisão monocrática do Min. Celso de Mello, no HC nº 135711-SP³⁶.

O STF, na Rel nº 2511 AgR-PR³⁷, disse não ser possível sequer admitir Reclamação em face das decisões dos Tribunais que determinam a prisão de advogados condenados em segunda instância em unidades prisionais comuns.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 107.547-SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp?x1=%2EHC+107547%2E&base=baseAcordans&url=http://tinyurl.com/yozafyht>>. Acesso em: 25 set. 2017.

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 374.713-RS. Relator: Ministro Antonio Saldanha Poffino. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirocon/?num_registro=201602700760&dt_publicacao=1306/2017>. Acesso em: 26 set. 2017.

³⁴BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 356.158-SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirocon/?num_registro=201601245066&dt_publicacao=06/06/2016>. Acesso em: 26 set. 2017.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 135.711-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310615043&tipoApp=pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel nº 25111 AgR-PR. Relator: Ministro Dias Toffi. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAutenticado.asp?numero=25111&base=RCI&origem=AP&carro=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 26 set. 2017.



Conferindo cesso ao ordenamento jurídico, existem outras hipóteses, *agora legis*, que não exigem o trânsito em julgado da condenação, todas corroborando sistematicamente a possibilidade de execução provisória da PPL.

É o caso da regressão do regime pela prática de falta grave consistente na prática do fato definido como crime doloso, durante a execução da PPL (art. 118, I, da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, LEP⁴²; e Súmula n.º 526 do STF⁴³). Além disso, a falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão do regime, que se reinicia a partir do cometimento da infração (Súmula n.º 534 do STF⁴⁴).

A flexibilização da presunção de inocência também está expressamente permitida em alguns dispositivos da Lei da Ficha Limpa, que é a Lei Complementar n.º 135, de 04 de junho de 2010⁴⁵. O seu art. 2.º alterou a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990⁴⁶, para permitir a inelegibilidade por oito anos de pessoas que, em certas situações, foram condenadas em sentença proferida por órgão colegiado, mesmo sem trânsito em julgado em seu desfavor (arts. 1.º, I, "d", "e", "h", "j", "l", "n" e "p", 15 e 26-C, da LC n.º 64/90⁴³). Inclusive se permite a inelegibilidade, também pelo prazo de oito anos, de quem ter excluído da execução da profissão por decisão do órgão profissional competente, em decorrência da prática de infração ético-profissional (art. 1.º, m, da LC n.º 64/90⁴⁴). Convém dizer que, o STF, na ADC n.º 20⁴⁵, na ADC n.º 30⁴⁶ e na ADI n.º 4578⁴⁷, reputou constitucionais todas essas hipóteses legais, tendo em vista justamente a flexibilização do princípio da presunção de inocência.

Outra possibilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência, que, apesar de não se confundir com a execução provisória da PPL, corrobora-a, é a possibilidade de o adolescente infrator iniciar imediatamente o cumprimento da medida socioeducativa de

⁴²BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210/compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 526. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumamst/toc.jsp?ivm=\(sumula%20stj1%20%27526%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumamst/toc.jsp?ivm=(sumula%20stj1%20%27526%27).sub)>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 534. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumamst/oc.jsp?ivm=\(sumula%20stj1%20%27534%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumamst/oc.jsp?ivm=(sumula%20stj1%20%27534%27).sub)>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁵BRASIL. Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/comp/Lcp135.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁶BRASIL. Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/comp/Lcp64.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n.º 20. Relator: Ministro Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n.º 30. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4.578. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acesso em: 26 set. 2017.

intimação que lhe foi imposta em sentença, mesmo que tenha interposto recurso de apelação e esteja aguardando o seu julgamento. Aliás, isso é possível ainda que durante todo o processo não tenha sido imposta intimação provisória, de acordo com o STJ, no HC nº 346.380-SP⁶².

Apesar de todas essas hipóteses legais e jurisprudenciais apontando à possibilidade de mitigação da prevenção de incidência, também existem na jurisprudência três casos de não cabimento da execução provisória da PPL.

O primeiro deles é o não cabimento de execução provisória da PPL quando opor-se e ainda pendentes de julgamento embargos de declaração contra a decisão criminal, uma vez que nesse caso a decisão ainda é passível de integração, segundo entendimento do STJ, no HC nº 366.907-PR⁶³. É diferente, portanto, do que ocorre nos casos de pendência julgamento de RE e REsp, conforme anteriormente analisado.

A segunda hipótese de não cabimento da execução provisória, segundo o STJ, no HC nº 371.870-SP⁶⁴, é enquanto a defesa ainda não tiver sido intimada da sentença ou do acórdão. É que, sem a intimação da defesa, não se encerra a jurisdição em segunda instância, afinal, é possível, ainda, por exemplo, a oposição de embargos de declaração, que, como dito acima, obsta a execução provisória da PPL.

O terceiro caso de não cabimento de execução provisória da PPL é quando ela não estiver devidamente fundamentada. Conforme o STF, no RHC nº 129.663-RS⁶⁵, o Ministro Relator Celso de Mello deferiu liminar para suspender o início da execução da PPL determinada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), sob argumento de que só poderia haver a execução provisória da PPL mediante fundamentação válida, em respeito ao art. 93, IX, da CRFB/88⁶⁶. Decisão semelhante foi prolatada no HC nº 147.452-MG⁶⁷.

Ademais, importantíssimo destacar dois recentes entendimentos adotados pelo STF, um de agosto e outro de setembro do ano corrente, em que se voltou a apontar no sentido de impossibilidade de execução provisória da PPL.

⁶²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 346.380-SP. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502600901&dt_publicacao=13/05/2016>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 366.907-PR. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602134592&dt_publicacao=16/12/2016>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 371.870-SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602467926&dt_publicacao=01/02/2017>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 129.663-RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/conjur/noticia/NoticiaStf.aspx?acao=RHC129663&conteudo.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2017.

⁶⁶BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 147.452-MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/conjur/noticia/NoticiaStf.aspx?acao=HC147452&decisao.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2017.



No HC n^o 146.815-MG³⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, argumentou-se, na linha do Ministro Dias Toffoli, pela impossibilidade de execução provisória da PPL na pendência de REsp no STJ.

Semelhantemente, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, no HC n^o 137.063-SP³⁵, aludiu à impossibilidade de execução provisória da PPL, valendo-se de dois argumentos: o primeiro no sentido de que os dispositivos que impedem a execução da PPL antes do trânsito em julgado não focam, até o momento, declarados inconstitucionais; e o segundo no sentido de que, se a sentença condenatória consignar o direito do réu de recorrer em liberdade, isso impediria que o órgão de segunda instância determinasse a prisão, tendo em vista o direito conferido ao réu desde primeira instância, sem qualquer refutação pelo Ministério Público.

Por fim, no que tange não mais à execução provisória da PPL, mas sim das penas restritivas de direitos, o STJ, no REsp 1.619.087-SC³⁶, foi categórico no sentido de ela não ser possível, exigindo, então, o trânsito em julgado da condenação para a sua execução, que só poderá ser definitiva, em respeito ao art. 147 da LEP³⁷.

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO VALOR MÍNIMO REPARATÓRIO PRÉ-FIXADO PELO JUÍZO PENAL NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

O art. 387, IV, do CPP³⁸, introduzido pela Lei n^o 11.719, de 20 de junho de 2008³⁹, passou a determinar que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixasse um valor mínimo para reparação dos danos causados em decorrência da prática da infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n^o 146.815-MG*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAutenticado.asp?numero=146815&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 09 out. 2017.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n^o 137.063-SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAutenticado.asp?numero=137063&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 09 out. 2017.

³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.619.087-SC*. Relator: Ministro Maria Thereza. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/internacional/home_registro-201602080490&dt_publicacao=24/03/2017>. Acesso em: 26 nov. 2017.

³⁷BRASIL, *op. cit.*, nota 38.

³⁸BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³⁹BRASIL. Lei n^o 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2/007/2010/2008/Lei/L11719.htm#art1>. Acesso em: 26 set. 2017.

Com isso, confiram-se uma melhor aplicabilidade ao art. 91, I, do Código Civil⁶⁰, bem como ao art. 475-N do Código de Processo Civil de 1973⁶¹ (art. 515, VI, do Código de Processo Civil de 2015⁶²), que previnem, respectivamente, como efeito da condenação, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, servindo a própria sentença penal condenatória como o título executivo judicial nesse caso.

Antes do advento do novel art. 387, IV, do CPP⁶³, embora fosse reconhecida a obrigação de indenizar (*an debentur*), não era possível que a vítima, nem os seus sucessores, executassem a indenização, pois ainda não havia sido definido seu valor (*quantum debentur*). Antes de se proceder à execução, como a quantia era ilíquida, tinha de ser feita a liquidação, conforme art. 475-A do CPC/73⁶⁴ (art. 509 do CPC/15⁶⁵).

Desde a entrada em vigor do art. 387, IV, do CPP⁶⁶, porém, não é mais necessário, em regra, que a vítima (nem seus sucessores) procedam à liquidação, afinal, o juiz criminal, na própria sentença penal condenatória, já fixa um valor determinado para a reparação dos danos. Basta que esse valor não seja pago voluntariamente pelo condenado para que se possibilite a sua execução. Essa lógica está explicitada no art. 63, parágrafo único, do CPP⁶⁷.

Resulta-se, porém, que é sempre necessário que essa pré-fixação do valor mínimo reparatório seja requerida expressamente pelo ofendido, seu representante legal ou herdeiros (art. 63, *caput*, do CPP⁶⁸), ou pelo Ministério Público, que atua como substituto processual, ou pela Defensoria Pública, conforme o STJ, no RE nº 135.328/SP⁶⁹.

Também é necessário haver nos autos provas que demonstrem os prejuízos sofridos pela vítima, o que seja ao réu oportunizado o contraditório e a ampla defesa, conforme o STJ, no REsp nº 1.236.070-RS⁷⁰ e no AgRg no AREsp nº 389.234-DI⁷¹.

⁶⁰BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶¹BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1973/L5869.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei15105.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶³BRASIL, op. cit., arts 10.

⁶⁴BRASIL, op. cit., arts 61.

⁶⁵BRASIL, op. cit., arts 62.

⁶⁶BRASIL, op. cit., arts 10.

⁶⁷Ibid.

⁶⁸Ibid.

⁶⁹BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE nº 135.328-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAmbiente.asp?numero=135328&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&processo=IdTipoInstituicao=M>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE nº 1.236.070-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirocon?num_registro=201100285877&dt_publicacao=11/05/2012>. Acesso em: 26 set. 2017.



Ademais, ainda que haja pedido expresse, o juízo criminal não é obrigado a pré-fixar o valor mínimo em questão. É o que ocorre quando não houver prova do prejuízo, ou quando de fatos fáticos complexos a ponto de demandarem uma mais acurada instrução probatória, ou, então, quando a vítima já tiver sido devidamente indenizada no juízo cível⁷².

Também deve se ressaltar que o valor eventualmente pré-fixado pelo juízo criminal é um valor mínimo, ou seja, nada impede que a vítima ou os seus sucessores pleiteiem um valor maior, bastando a comprovação de que foram sofridos danos maiores do que os indicados quando da fixação da quantia estabelecida na sentença criminal. Essa prova será feita em liquidação da sentença pelo procedimento comum (art. 509, II, do CPC/15⁷³), porque nesse caso a apuração do quantum *debetur* dependerá da alegação e da prova de um fato novo.

Aliás, em princípio, o valor mínimo reparatório refere-se aos danos materiais. Na jurisprudência, somente um juízo refere-se à possibilidade de serem levados em conta os danos morais, a saber, o STJ, no REsp nº 1.585.684-DF⁷⁴. De fato, o art. 387, IV, do CPP⁷⁵, não faz qualquer distinção ou restrição ao dano moral, mas traz uma menção genérica aos “danos causados pela infração”, não se pendendo, pois, da simples leitura da norma, concluir que ela se refere apenas aos danos materiais. Renato Brasileiro⁷⁶ vai além, ao defender que, além dos danos materiais e morais, pode ser levado em conta o dano estético, tendo em vista que a Súmula nº 387 do STJ⁷⁷ permite a cumulação dessas indenizações.

Ademais, esclareça-se que o *habeas corpus* não é a via processual adequada para impugnar a reparação civil fixada na sentença condenatória, porque a sua imposição não ameaça, nem mesmo indiretamente, a liberdade de locomoção, de acordo com o STJ, no HC nº 151181-RJ⁷⁸. Deverão, para tanto, ser usadas as vias adequadas.

⁷²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 369.334-DF*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/internacional/?num_registro=20130309992&dt_publicacao=17/10/2013>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁷³DIZER O DIREITO. *A sentença penal poderá condenar o réu a pagar um valor de indenização para a vítima?*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/a-sentenca-penal-podra-condenar-o-ven-ltra-1/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁷⁴BRASIL, op. cit., nota 62.

⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.585.684-DF*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/internacional/?num_registro=201600647656&dt_publicacao=24/08/2016>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁷⁶BRASIL, op. cit., nota 111.

⁷⁷LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. v. única. Salvador: JusPactiva, 2016.

⁷⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 387*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCKJW/consultar_oc.jsp?live=\(sumula%20n%20387%27\).ashx](http://www.stj.jus.br/SCKJW/consultar_oc.jsp?live=(sumula%20n%20387%27).ashx)>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁷⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 151.181-RJ*. Relator: Ministra Luzia Vaz. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/internacional/?num_registro=200902058330&dt_publicacao=19/12/2011>. Acesso em: 25 set. 2017.

Embora possa parecer, o art. 387, IV, do CPP⁸⁹, não permite concluir que o Brasil passou a adotar a cumulação de instâncias em matéria de indenização pela prática de crimes. Isso porque, o juiz criminal não decide, de forma exauriente, sobre a indenização devida à vítima do delito, mas apenas fixa um valor mínimo reparatório, nada impedindo que o interessado busque um valor a maior no juízo cível. Continua a ser adotado em nosso país o modelo da separação mitigada de instância, segundo esclarecem Engênio Pacelli e Douglas Fischer⁹⁰, o que, inclusive, está em harmonia com o art. 935 do CC⁹¹, de acordo com o qual a responsabilidade civil é independente da criminal.

Tanto é assim que, mesmo que eventualmente seja extinta a condenação criminal, fica preservada a possibilidade de utilização de ação cível autônoma para buscar a respectiva indenização, conforme o STJ, no EDeI no AgRg no REsp nº 1260305-ES⁹².

A despeito de tudo que foi dito até então, o art. 515, VI, do CPC/15⁹³, repetindo a lógica do art. 475-N do CPC/73⁹⁴, exige o trânsito em julgado para que a sentença penal condenatória seja considerada título executivo a permitir a execução da indenização a que se refere o art. 387, IV, do CPP⁹⁵. Nesse mesmo sentido é o art. 63, parágrafo único, do CPP⁹⁶.

Em princípio, então, não seria possível a execução provisória do valor indenizatório mínimo fixado na sentença penal condenatória pelo juiz criminal.

Sobre a possibilidade de execução provisória dessa condenação pecuniária ainda não houve manifestação da jurisprudência pátria.

Um juízo de ponderação entre princípios, porém, permitiria afirmar a possibilidade de execução provisória da condenação pecuniária. Isso porque, se até mesmo a liberdade pode ser atingida pela mitigação do princípio da presunção de inocência, permitindo a execução provisória da PPL, quanto mais numa questão de caráter meramente patrimonial, como é a do art. 387, IV, do CPP⁹⁷.

⁸⁹BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁹⁰PACELLI, Engênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 769.

⁹¹BRASIL, *op. cit.*, nota 60.

⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDeI no AgRg no REsp nº 1.260.305-ES. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/inteirotexto?num_registro=201101360283&dt_publicacao=1903/2013>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁹³BRASIL, *op. cit.*, nota 62.

⁹⁴BRASIL, *op. cit.*, nota 61.

⁹⁵BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁹⁶Ibid.

⁹⁷Ibid.



Por fim, diga-se que a execução, definitiva ou provisória, é título executivo que deve ser processado no juízo cível, e não no juízo penal (art. 63 do CPP⁸⁸, combinado com art. 515, VI, do CPC/15⁸⁹). Essa lógica está expressamente mencionada no art. 630, §1º, do CPP⁹⁰, que trata da revisão criminal, e no art. 516, III, do CPC/15⁹¹, que trata sobre o cumprimento de sentença.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa aponta, como problemática central, a viabilidade de mitigação do princípio da presunção de inocência por meio de outros princípios de índole constitucional, notadamente o direito à segurança. Demonstrou-se que, sempre que princípios entram em conflito, não se pode afastar a aplicação de um em detrimento de outro. Eles devem, na verdade, ser superados, como forma de harmonizá-los dentro do ordenamento jurídico pátrio.

É dizer, nenhum princípio pode ser considerado absoluto. Como fruto da mitigação do princípio da presunção de inocência, ressurge a possibilidade da execução provisória da PPL e, também, de execução provisória de valor mínimo reparatório eventualmente pré-fixado pelo juízo criminal na sentença condenatória. Diferente é a execução provisória das penas restritivas de direito, que foi negada recentemente pela jurisprudência pátria.

Sobre a execução provisória da PPL, demonstrou-se, no decorrer da pesquisa, toda a evolução jurisprudencial que vinha sendo feita, com as suas hipóteses de cabimento e com as hipóteses de não cabimento. Ao final, porém, foram destacados recentes entendimentos que voltaram a apontar pela impossibilidade de execução provisória da pena.

Não há, portanto, como se definir ainda com precisão qual será o futuro do instituto. Na prática, é possível notar tanto decisões permitindo a execução provisória da PPL, como decisões afastando-a.

Diferente é a execução provisória das penas restritivas de direitos, que foi negada de maneira categórica pela jurisprudência pátria.

⁸⁸BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁸⁹BRASIL, *op. cit.*, nota 62.

⁹⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁹¹BRASIL, *op. cit.*, nota 62.

A respeito da execução provisória do valor mínimo reparatório eventualmente pré-fixado pelo juiz criminal na sentença condenatória, a jurisprudência ainda não se manifestou especificamente sobre essa possibilidade.

Uma conclusão, porém, parece ser certa: a possibilidade de execução provisória do valor mínimo reparatório fixado pelo juiz criminal seguirá a mesma sorte da execução provisória da PPL, que recentemente voltou a ser questionada. Novo julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal deve definir isso em breve.

O entendimento deste pesquisador, porém, consiste sim na viabilidade da execução provisória da PPL, quanto mais do valor mínimo reparatório fixado pelo juiz criminal, e até mesmo das penas restritivas de direitos.

Isso porque, não há como se conceber que um princípio, nem mesmo o da presunção de inocência, embora proteja um valor tão caro, que é a liberdade, seja absoluto, quanto mais porque a sua mitigação somente se torna viável após a estrita observância do devido processo legal e dentro de todos os parâmetros delimitados pela jurisprudência pátria.

Verdadeiramente, não se pode isolar um princípio, nem mesmo o da presunção de inocência, como se a blindasse de todos os demais princípios constantes e expressos no texto constitucional, superação da qual emerge, de maneira acertada, a possibilidade de execução provisória da PPL e, a rebato, do valor mínimo reparatório eventualmente fixado pelo juiz criminal, e, por que não, das penas restritivas de direitos.

REFERÊNCIAS

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at_2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13080/Compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.



_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em 05 abr. 2017.

_____. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Superior Tribunal de Justiça.* Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portals/stj/STJ>>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portals/principal/principal.asp>>. Acesso em: 26 set. 2017.

DIZER O DIREITO. *A sentença penal poderá condenar o réu a pagar um valor de indenização para a vítima?* Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/a-sentenca-penal-podera-condenar-o-reu.html>>. Acesso em: 26 set. 2017.

FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral.* Salvador: Juspodivm, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir.* Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.* Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.org.br/index.php/Documentos-antigos-a-criacao-da-Sociedade-das-Nacoes-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 05 de abr. de 2017.

_____. *Declaração de Direitos dos Direitos Humanos.* Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.org.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 05 de abr. de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único.* Salvador: Juspodivm, 2016.

PACELLI, Engênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência.* São Paulo: Atlas, 2012.



EXCEÇÃO AO SIGILO MÉDICO E O FUNDAMENTO DA REQUISIÇÃO MINISTERIAL: UMA QUESTÃO DE JUSTA CAUSA OU DEVER LEGAL?

Caleb Goetz

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Enfermagem pelo Centro Universitário de Lavras – MG. Oficial do Corpo de Saúde da Marinha. Aperfeiçoado em Saúde Mental pela Escola de Saúde da Marinha.

Resumo – O sigilo médico decorre diretamente do direito fundamental à intimidade, porquanto tutela e viabiliza a confiança necessária à relação do médico e seu paciente. Entretanto, o sigilo médico não é uma regra absoluta, comportando exceções legais nas quais o conteúdo do prontuário médico poderá ser revelado, a saber, pela autorização expressa do paciente, dever legal ou justa causa. Neste contexto, o Ministério Público, fundamentado em sua Lei Orgânica, requisita o fornecimento de cópia de prontuário médico aos profissionais que detêm a guarda dele. Pretende-se, neste trabalho, verificar se o fundamento dessa requisição ministerial deve lastrear-se na justa causa ou no dever legal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Sigilo Médico. Direito à Intimidade. Ministério Público.

Sinopsis – Introdução. 1. A base normativa do Sigilo Médico e a implicabilidade da Lei nº 8.625/93 como fundamento legal para a Exceção ao Sigilo. 2. Dificuldade de fundamentação específica para demonstrar Justa Causa como conceito aberto para caracterizar a exceção do Sigilo Médico. 3. Ponderação entre o Direito à Intimidade e a necessidade de Instrução Processual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é discutir os limites da exceção ao sigilo médico, notadamente no que tange à validade da fundamentação das requisições de cópias de prontuários médicos provenientes do Ministério Público, tendo como discussão subjacente a ponderação entre o Direito à Intimidade e o Interesse Público.

O sigilo médico decorre diretamente do direito fundamental à intimidade, porquanto tutela e viabiliza a confiança necessária à relação do médico e seu paciente. Tal proteção abrange as confidências relatadas ao profissional, os dados percebidos no transcurso do tratamento, bem como as informações deduzidas pelo médico, ainda que o paciente não as tenha informado expressamente. Esses dados, via de regra, encontram-se registrados no prontuário médico do paciente.



Entretanto, o sigilo médico não é uma regra absoluta, comportando exceções legais nas quais o conteúdo do prontuário médico poderá ser revelado, a saber, pela autorização expressa do paciente, dever legal ou justa causa.

O Ministério Público, no exercício de suas atribuições legais, tem a prerrogativa de requisitar informações como fiscal da ordem jurídica, ou com o intuito de verificar os fatos que podem dar ensejo à tipificação de crime. Com essa fundamentação, requisita o fornecimento de cópia de prontuário médico aos profissionais que possuem a guarda dele.

Dada a contextualização acima, questiona-se se o fundamento da requisição ministerial que excepciona o sigilo médico está lastreado na justa causa ou no dever legal.

O primeiro capítulo tem por objetivo identificar a base normativa do sigilo médico e, nesse contexto, verificar se a Lei Orgânica do Ministério Público, a Lei nº 8.625/93, pode ser utilizada como fundamento apto para excepcionar o sigilo médico.

O segundo capítulo, partindo do fato de a “justa causa” configurar-se um conceito aberto, demonstra a necessidade de uma fundamentação específica para caracterizá-la como uma adequada exceção ao sigilo médico.

No último capítulo, analisa-se qual preceito constitucional deve preponderar em face do aparente conflito que surge entre o direito à intimidade e o interesse público consubstanciado na atuação Ministerial, por ocasião da requisição ministerial de quebra do sigilo médico.

Tratando dos procedimentos metodológicos, a pesquisa é desenvolvida utilizando-se o método hipotético-dedutivo, que consiste na reunião de observações e hipóteses, ou seja, de fatos e ideias, com o propósito de comprová-los ou rejeitá-los argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória – valendo-se de pesquisa bibliográfica na legislação e na doutrina relativa ao tema.

1. A BASE NORMATIVA DO SIGILO MÉDICO E A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8.625/93 COMO FUNDAMENTO LEGAL PARA A EXCEÇÃO AO SIGILO

O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, por vezes denominado de sobreprincípio, encabeça o ordenamento jurídico brasileiro. Deste princípio, decorrem



diversos direitos fundamentais, notadamente, o direito à intimidade e à privacidade, conforme dispõe o art. 5º, X e XIV, da Constituição Federal¹:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(-)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Na visão do ilustre professor Ferraz Junior², a privacidade é um direito subjetivo fundamental, cujo conteúdo específico é a faculdade de constringer os outros ou resistir-lhes quando intentam violar o que o sujeito desse direito deseja manter para si, ou seja, tem por objeto a integridade moral da pessoa.

Nesse contexto, a Constituição garante o sigilo profissional, ou seja, prevê a possibilidade de resistir ao devassamento de informações que o sujeito, em decorrência do exercício profissional, pode lhe ver confiadas, como ocorre na relação médico-paciente.

Pereira³ afirma que o sigilo médico é a garantia que possibilita a construção de uma relação de confiança entre o médico e seu paciente, sem a qual não existe medicina. Acrescenta o autor que, para a confiança subsistir, faz-se necessário garantir que as confidências feitas ao médico pelo seu paciente não sejam reveladas a terceiros.

Na esfera do civilista, o direito ao sigilo médico encontra-se no âmbito dos direitos de personalidade, uma vez que o art. 21, do Código Civil⁴ dispõe que a vida privada da pessoa natural é inviolável. Por conseguinte, o sigilo médico impõe uma obrigação passiva universal e um dever de respeito.

Dada a relevância do tema, o sigilo médico também encontra a proteção do Direito Penal, ramo jurídico que tem por escopo a tutela dos bens jurídico mais relevantes à vida em sociedade, conforme dispõe o art. 154, do Código Penal⁵.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

²FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. Disponível em: <<https://www.revistas.unp.br/ri/ri.asp?article/view/87231>>. Acesso em: 11 set. 2017.

³PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira. *O sigilo médico: análise do Direito Português*. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China. Disponível em: <<http://estudogeral.sib.ucp.pt/bitstream/10316/10576/1/O%20Sigilo%20M%C3%A9dico.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

⁴BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071/impresan.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

⁵BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848/compilada.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.



Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

No tocante à legislação em saúde, a Lei n. 10.216⁶, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, em seu art. 2º, inciso IV, estabelece que é direito do paciente ter garantido o sigilo das informações prestadas.

Em relação aos médicos, o segredo profissional tem assento no Código de Ética Médica⁷, que veda ao médico, salvo por motivo justo, revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão:

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Além disso, o Código de Ética Médica⁸, em seu art. 85, proíbe ao médico que permita o acesso ao prontuário médico por pessoas não obrigadas pelo sigilo profissional.

Entretanto, é imperioso ressaltar que o sigilo médico não é absoluto, pois pode sofrer restrições.

Nesse sentido, observa-se que o próprio art. 154 do Código Penal⁹ apenas criminaliza a revelação do sigilo médico que ocorrer sem justa causa.

O dever do médico de guardar sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, também possui exceções, a saber, a existência de um motivo justo, os casos de dever legal e na hipótese de consentimento, por escrito do paciente.

⁶BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10216.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CPM Nº 1931/2009. Brasília: DF, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 24 set. 2017.

⁸ *Ibid.*

⁹BRASIL, *op. cit.*, nota 5.



O caso de consentimento do paciente não gera qualquer celeuma pela razão óbvia de que, se o sigilo médico é direito subjetivo do próprio paciente, cabe a ele decidir se mantém ou não a privacidade de tais informações.

Quanto ao dever legal, o clássico exemplo de revelação do sigilo médico reside na obrigação do médico de comunicar à autoridade pública competente sobre doença de notificação compulsória. Assim, a Lei n. 6.259/1975¹⁰ esclarece, em seu art. 7º, o que se deve entender como doenças de notificação compulsória.

Nesse ponto, verifica-se que é prática recorrente do Ministério Público, no exercício de seu poder investigatório, requisitar dados protegidos pelo sigilo médico utilizando-se como fundamento exclusivamente o disposto no art. 26, II e § 2º, da Lei nº 8.625/93¹¹ (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que dispõe:

art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;
§ 2º. O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

Agindo de tal forma, o Ministério Público não oferece elementos suficientes a justificar a conduta do médico em revelar as informações abrangidas pelo sigilo profissional, tendo por perspectiva o Código Ética Médica ao qual está submetido, tampouco parece configurar-se num dever legal para que o médico revele o segredo profissional.

Se por outro lado, a requisição ministerial fosse fundada na demonstração dos elementos configuradores da justa causa no caso concreto, proporcionaria maior legitimidade tanto ao revelador das informações tuteladas como ao requisitante. Isto porque a legitimidade da requisição e da revelação dessas informações é aferida com base no fundamento jurídico indicado.

Dada a natureza aberta do conceito de “justa causa”, o próximo capítulo se debucará sobre a análise da necessidade de uma fundamentação específica para que fique caracterizada uma adequada causa de exceção ao sigilo médico.

¹⁰BRASIL. Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

¹¹Idem. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.



2. DIFICULDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA DEMONSTRAR A JUSTA CAUSA COMO CONCEITO ABERTO PARA CARACTERIZAR A EXCEÇÃO DO SIGILO MÉDICO.

Na visão de Barroso¹², conceitos jurídicos indeterminados possuem um sentido fluido, permitindo uma valoração subjetiva, e são utilizados quando o legislador não pôde ou não quis examinar as hipóteses abstratas de incidência de determinado texto normativo.

Das três exceções à observância do sigilo médico previstas no art. 73, do Código de Ética Médica¹³, constata-se que a justa causa é a única que se consubstancia numa expressão cujo conceito jurídico é indeterminado, uma vez que comporta um universo amplo de interpretações.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina¹⁴, por intermédio do Manual de Orientação Ética e Disciplinar, entende que “a justa causa exprime, em sentido amplo, toda a razão que possa ser utilizada como justificativa para prática de um ato excepcional, fundamentado em razões legítimas e de interesse ou procedência coletiva”.

França¹⁵, por sua vez, conceitua justa causa como “o interesse de ordem moral ou social que autoriza o não cumprimento de uma norma, contanto que os motivos apresentados sejam relevantes para justificar tal violação”, além disso, afirma que seu fundamento está na existência de um estado de necessidade.

Com entendimento semelhante ao acima exposto, Leite¹⁶ sustenta que o fundamento da justa causa reside na existência de um estado de necessidade, o que, por decorrência, não é fácil de delimitar de plano.

Como exemplos destas situações, a autora cita os casos de pacientes menores cuja eficácia do tratamento dependa da ciência dos responsáveis; de doenças graves ou passíveis de transmissão por contágio ou de forma hereditária, que sejam capazes de colocar em risco a vida do parceiro ou de sua descendência (desde que esgotados os outros meios para evitar a

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.352.

¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CPM Nº 1931/2009, op. cit., nota 9.

¹⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Manual de orientação ética e disciplinar*. 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013. Disponível em: <http://arquivos.cremesc.org.br/publicacoes/MANUAL_ORIENTACAO_ETICA/HTML/files/assets/comum/da_upload/publication.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. *O segredo médico e a nova ordem bioética*. Disponível em: <<http://www.pesquisajuridica.com.br/bioetica/texto1.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

¹⁶ LEITE, Flávia Bueno de Cerqueira. *A relativização do sigilo profissional médico*. Cadernos de Iniciação Científica – NPEA, p.8-16. UNICURTIBA, Curitiba, 2012.

quebra do sigilo); e ainda, os casos de terceiros, em iminente risco, que gere no médico o dever de consciência de revelar os dados sigilosos.

Dos exemplos acima expostos é possível observar que a justa causa está diretamente relacionada a uma ponderação entre interesses contrapostos. Neste sentido, Ribeiro¹⁷ sustenta que a quebra do sigilo médico se justifica quando esta for meio adequado e necessário para afastar o perigo atual que ameaça interesses de sensibilidade superior.

No âmbito do Direito Penal, a justa causa, presente na conduta descrita no art. 154, do Código Penal¹⁸, configura-se em um elemento jurídico normativo do tipo e, por conseguinte, necessita de atividade valorativa para sua compreensão.

Nesse contexto, leciona Bittencourt¹⁹ que a expressão “sem justa causa” é um elemento normativo da ilicitude, do dever jurídico, mas que apesar disso, exclui a tipicidade pois integra o próprio tipo penal.

Salienta-se que, diferentemente do que ocorre com o Código de Ética Médica²⁰, o tipo penal reúne as três exceções ao sigilo médico no elemento normativo da descrição típica sem justa causa na medida em que o cumprimento das normas legais e a justa causa propriamente dita se configuram num dever jurídico do agente e o consentimento do ofendido afasta a elementar do tipo.

Entretanto, partindo da perspectiva do profissional médico, sujeito às normas deontológicas que regulam sua profissão, é importante ter em mente que não há como requisitar a quebra do sigilo médico com fundamento simultâneo no dever legal e na justa causa, pois esta legitima uma conduta e aquela impõe uma obrigação legal, ou seja, possuem natureza jurídica antagônicas.

Nesse sentido, Silva²¹ afirma que o dever legal é o cumprimento de uma norma jurídica que excepciona o sigilo médico e que a justa causa não tem suas hipóteses de incidência previstas em lei, pois trata-se de um excluyente do dever de sigilo médico por motivos peculiares de cada caso.

¹⁷ RIBEIRO, Natácha Patrão. *Linhas do dever de sigilo médico e a permissão para a violação desse sigilo*. 2015. 55 f. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015. Disponível em: <http://repositoria.ucp.pt/bitstream/10400.14/18634/1/DISSERTA%C3%A7%C3%83O_NATACHA_RIBEIRO.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. atual. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p.263.

²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, op. cit., nota 9.

²¹ SILVA, Quezudo Gorgel e. *De violação do sigilo médico sob a perspectiva do código de ética médica*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhtml.asp?id_dh=4116>. Acesso em: 24 set. 2017.



Assim, pode-se afirmar que o dever legal é uma obrigação decorrente da lei e que a justa causa é uma expressão de interpretação ampla cujos limites conceituais se revelam quando da ponderação de interesses manifestos no caso concreto.

Ademais, deve-se ter em mente que o sigilo médico foi instituído em favor do paciente e, portanto, deve ser interpretado levando-se em conta esta finalidade. Por essa razão, por exemplo, é que o médico está impedido de violar o sigilo para denunciar crime atribuído a paciente, mas o mesmo não ocorre quando o crime é atribuído a terceiros.

Além da proteção da intimidade ou privacidade do paciente, Pereira²² sustenta que o dever de sigilo visa a “proteger a própria dignidade da profissão médica e a confiança da sociedade e dos pacientes na medicina e nos profissionais de saúde”.

Por todas essas razões e conceitos acima expostos, entende-se que as requisições oriundas do Ministério Público que intentam obter informações tuteladas pelo sigilo médico devem ser devidamente motivadas no sentido de proporcionar ao médico subsídios mínimos para que ele pondere se a hipótese configura um motivo justo para excepcionar o sigilo.

Nesse passo, requisições genéricas ou com fundamentação de igual modo genéricas não são aptas para municiar o profissional submetido ao dever de sigilo de elementos para que este verifique a existência de um interesse manifestamente superior ao direito fundamental de privacidade e intimidade.

Não se olvida que nos casos de divergência entre a interpretação fática dada pelo médico e aquela feita pelo membro do Ministério Público, caberá ao Poder Judiciário a solução do caso.

Entretanto, tendo em vista a natureza do sigilo médico, bem como os bens jurídicos por ele tutelados, cabe ao profissional médico realizar a primeira interpretação, sob sua ótica, do que é justa causa.

Nesse contexto, mostra-se importante estabelecer qual preceito constitucional deve preponderar em face do aparente conflito que venha a surgir entre o direito à intimidade e o interesse público consubstanciado na situação Ministerial, por ocasião da requisição ministerial de quebra do sigilo médico. Esta matéria será abordada no próximo capítulo.

²²PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira. *O sigilo médico: análise do Direito Português*. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciais da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China. Disponível em: <<http://estudogeral.sib.ucp.pt/bitstream/10316/10578/1/O%20Sigilo%20M%20C%20A9dico.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

3. PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E A NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL

No âmbito da interpretação e da aplicação das normas constitucionais, Miranda²³ entende que há uma tensão permanente entre alguns princípios constitucionais, tendo em vista que a Constituição, de forte carga valorativa, apresenta uma pluralidade de concepções.

No mesmo sentido, Barroso²⁴ sustenta que essa colisão entre princípios constitucionais decorre do fato de a Constituição abrigar valores, interesses e direitos variados, presentes nas complexas e plurais sociedades modernas.

No caso das requisições ministeriais de informações tuteladas pelo sigilo profissional verifica-se a existência de colisão entre o direito à intimidade e o interesse público do Estado na instrução processual.

O direito fundamental à intimidade possui sua essência principiológica assentada na dignidade da pessoa humana. Barroso²⁵ afirma que a dignidade da pessoa humana é o objetivo e o fundamento do constitucionalismo democrático, e que ela “funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais”.

O interesse público do Estado na instrução processual, por sua vez, consubstancia-se num dos pilares principiológicos do Direito Administrativo, a saber, no princípio da supremacia do interesse público em face do interesse particular.

Na presença desse conflito ou contradição entre princípios constitucionais faz-se necessário buscar uma interpretação constitucional capaz de subsidiar a aplicação coerente e segura da norma constitucional.

Por se tratar de conflito entre normas constitucionais a subsumção se mostra insuficiente como técnica de decisão jurídica pois não há hierarquia entre as normas contrapostas e, portanto, não há uma solução de precedência *a priori* ou absoluta em favor de uma ou de outra norma, motivo pelo qual a jurisprudência tem adotado a técnica da ponderação.

²³ MIRANDA, Paula Prassinetti Alves de. *Colisão de direitos fundamentais: ponderação dos direitos à vida e à intimidade – quebra do sigilo das informações em sede de processo civil*. Disponível em: <http://www.arbitrio-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2977>. Acesso em: 24 set. 2107.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.368.

²⁵ *Ibid.* p.284-285.



De forma didática e simplificada, Barroso²⁶ descreve a ponderação como um processo em três etapas. Na primeira etapa, o intérprete verifica e identifica as normas relevantes para a solução do caso. Na segunda etapa, ele examina o fato concreto e sua interação com as normas. Na terceira etapa, que é dedicada à decisão, o intérprete analisa qual grupo de normas deve prevalecer em detrimento dos demais, tendo como fio condutor o princípio da proporcionalidade.

Partindo da técnica da ponderação, Miranda²⁷ sustenta que, para conferir maior efetividade às normas constitucionais, o texto constitucional deve ser interpretado aplicando-se o princípio da unidade da Constituição, o princípio da máxima efetividade e o princípio de interpretação conforme a Constituição.

Ao adotar as etapas da ponderação para a solução do conflito entre dois princípios, um dos princípios irá prevalecer sem que isto signifique a invalidade do outro.

Entretanto, deve-se ter em mente que a solução desse conflito, independentemente da teoria de interpretação constitucional adotada, levará à limitação ou restrição do direito de uma das partes envolvidas, conforme leciona Miranda²⁸.

Nesse diapasão, havendo restrição do direito à intimidade, em virtude de necessária compatibilização com a supremacia do interesse público, é imperioso que se resguarde seu núcleo essencial, pois o direito à intimidade decorre diretamente da dignidade da pessoa humana.

Dadas as balizas norteadoras para a ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos na análise da justa causa para relativizar o direito ao sigilo médico, verifica-se que não é possível estabelecer em abstrato e previamente qual dos princípios constitucionais deve preponderar. Isto porque a ponderação entre eles depende dos fatos conflitantes do caso concreto.

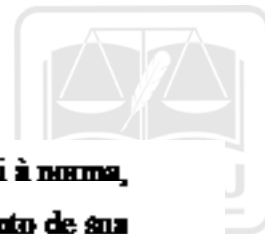
É a riqueza presente nas peculiaridades fáticas que irá proporcionar ao intérprete as condições necessárias para identificar os valores constitucionais em jogo e a amplitude dos efeitos positivos e negativos decorrentes da sobreposição de um valor em face do outro.

Nesse sentido, Guedes²⁹ sustenta que a norma somente encontra sua verdadeira justificação ao final do processo de sua aplicação. Para isso, o conteúdo da norma deve estar

²⁶ *Ibid.* p. 373-378.

²⁷ MIRANDA, Paula Prassinetti Alves de. *Colisão de direitos fundamentais: ponderação dos direitos à vida e à intimidade – quebra do sigilo das informações em sede de processo civil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2977>. Acesso em: 24 set. 2007.

²⁸ *Ibid.*



delimitado, o que não ocorre com a compreensão antecipada que o intérprete atribui à norma, mas apenas com o confronto da norma com os fatos, o que só é possível no momento de sua aplicação.

Sustentar que a investigação civil ou criminal instaurada pelo Ministério Público configura-se por si só uma justa causa e que cabe ao médico justificar os motivos da recusa em fornecer os dados é inverter a lógica jurídica dos institutos. É inegável a relevância e a valorização conferida ao Ministério Público pela Constituição de 1988, mas o interesse público investigatório não pode se sobrepor de forma automática à um direito fundamental.

A regra é o sigilo. Por essa razão é que o próprio ordenamento jurídico elencou os casos em que ele poderia ser excepcionado, conforme analisado nos capítulos anteriores.

Portanto fica evidente a necessidade de o Ministério Público expor de forma específica e abrangente os motivos que fundamentam seu interesse em conhecer as informações tuteladas pelo sigilo médico, pois é a partir dessa fundamentação que se extraem os elementos que singularizam o caso sob análise.

Essa é a perspectiva que se deve ter para fundamentar o excepcional pedido de quebra do sigilo médico.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer à reflexão quais os fundamentos jurídicos que devem estar presentes nas requisições de dados acobertados pelo sigilo médico promovidas pelo Ministério Público no exercício de suas funções.

O sigilo médico é uma das espécies de sigilo profissional cuja finalidade é tutelar a confiança necessária para viabilizar a construção da relação médico-paciente.

Verificou-se que o sigilo médico decorre diretamente do direito fundamental à intimidade que, por sua vez, possui como núcleo principiológico a dignidade da pessoa humana. Dada a relevância do bem jurídico tutelado, além da base constitucional, o sigilo médico encontra proteção nas normas do Direito Civil, do Direito Penal, do Código de Ética

²⁰GUERDES, Néston. *A ponderação e as colisões de normas constitucionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais>>. Acesso em: 25 de set. 2017.



profissão médica.

Entretanto, por não se tratar de um direito absoluto, o sigilo pode ser excepcionado ante consentimento expreso do paciente, nos casos de dever legal ou quando contraposto a um interesse jurídico preponderante que configure a existência da justa causa.

Da análise dos três casos de exceção ao sigilo médico acima referidos, observou-se que a Lei nº 8.625/93 não contém dispositivos jurídicos específicos para ser utilizada como fundamento da exceção ao sigilo médico fundada no dever legal, pois a lei em comento não possui previsão específica desta obrigação.

Desse modo, caso não haja o consentimento expreso do paciente autorizando o Ministério Público ao acesso aos dados médicos do paciente, verificou-se que somente com a demonstração da justa causa seria possível ao Ministério Público requisitar do médico o fornecimento desses dados acobertados pelo sigilo médico.

A justa causa, entendida como um conceito jurídico indeterminado, é a única das três causas de exceção ao sigilo médico que comporta elasticidade interpretativa. Isso porque as hipóteses de incidência da justa causa não têm previsão expreta na lei, ou seja, é a partir da análise do caso concreto que se pode determinar se é hipótese ou não de exceção ao dever de sigilo médico.

Para que a justa causa seja invocada, faz-se necessária a presença de subsídios interpretativos capazes de demonstrar, no caso sob análise, a existência de um interesse manifestamente superior ao direito fundamental de privacidade e intimidade.

Nesse contexto, concluiu-se que as requisições ministeriais dos dados tutelados pelo sigilo médico devem estar fundamentadas na existência de justa causa. A simples menção dos poderes conferidos à instituição por sua Lei Orgânica não se mostra justificativa apta a afastar o direito fundamental à intimidade do paciente, sendo necessário que o Ministério Público demonstre em cada caso concreto a existência de interesse público preponderante.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. atual. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresso.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Def2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. *Lei nº 10.216*, de 06 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10216.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Lei nº 6.259*, de 30 de outubro de 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Lei nº 8.625*, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM Nº 1931/2009*. Brasília: DF, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 24 set. 2017.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Manual de orientação ética e disciplinar*. 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013. Disponível em: <http://arquivos.cremesc.org.br/publicacao/MANUAL_ORIENTACAO_ETICA/HTML/files/assets/common/downloads/publication.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ridusp/article/view/67231>>. Acesso em: 11 set. 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. *O segredo médico e a nova ordem bioética*. Disponível em: <<http://www.psicopsiquiatria.com.br/bioetica/texto1.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

GUEDES, Néviton. *A ponderação e as colisões de normas constitucionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constituicionais>>. Acesso em: 25 set. 2017.

LEITE, Flávia Bueno de Cerqueira. *A relativização do sigilo profissional médico*. Cadernos de Iniciação Científica – NPEA, p.6-16. UNICURITIBA, Curitiba, 2012.

MIRANDA, Paula Frassinetti Alves de. *Colisão de direitos fundamentais: ponderação dos direitos à vida e à intimidade – quebra do sigilo das informações em sede de processo civil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2977>. Acesso em: 24 set. 2017.



FEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira. *O sigilo médico: análise do Direito Português.* Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10576/1/O%20Sigilo%20M%C3%A9dico.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

RIBEIRO, Natacha Padrão. *Limites do dever do segredo médico e a permissão para a violação desse segredo.* 2015. 55 f. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal) – Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18634/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_NATACHA_RIBEIRO.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SILVA, Quezado Gurgel e. *Da violação do sigilo médico sob a perspectiva do código de ética médica.* Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4116>. Acesso em: 29 ago. 2017.



ALIENAÇÃO PARENTAL COMO PATOLOGIA PSÍQUICA

Camila Esteves Terra

Graduada pelo Instituto Vienna Júnior.
Advogada. Pós-graduada em Direito
Processual pela Universidade Federal de
Juiz de Fora. Advogada.

Resumo – O presente trabalho faz uma análise sobre a Alienação Parental e das consequências decorrentes da mesma com o surgimento da Síndrome de Alienação Parental. Foi analisada as mudanças com o surgimento da Lei 12.318/10 que passou a regular o instituto. No trabalho fica evidente os meios utilizados para detectar a alienação Parental e o comportamento das vítimas. Faz-se também uma análise do instituto da guarda compartilhada em relação à alienação Parental. Traz o entendimento de tribunais de justiça diferentes, abordando a evolução do tratamento em relação à síndrome.

Palavras – chave – Direito de Família. Síndrome da Alienação Parental. Alienação como patologia psíquica.

Sumário – Introdução. 1. Até que ponto se pode analisar a alienação Parental como uma patologia psíquica? 2. De que maneira é possível perceber as consequências da alienação Parental em relação a guarda compartilhada? 3. De que forma se evidencia a evolução das decisões judiciais e, relação a síndrome de Alienação Parental?

INTRODUÇÃO

O padrão familiar há muito tempo construiu a sociedade de todas as cidades do mundo, pois o respeito, ou suposto respeito, perante a posição submissa da mulher no lar mantinha a família unida.

Nos dias atuais, com a nova posição da mulher na sociedade, trabalhando e estudando, nos mesmos direitos dos homens, como consequência o perfil dos lares vem mudando cada vez mais. E, com os avanços tecnológicos nos meios de comunicação, no Brasil e no mundo, trouxeram à tona o termo da alienação parental.

Essa síndrome foi detectada pelo psiquiatra Richard Gardner, em 1985, para as situações em que a mãe ou o pai de uma criança a induz a romper os laços afetivos com o outro cônjuge. Além disso, pode gerar consequências, como reflexo no comportamento do filho em forma de ansiedade, angústia, falta de atenção, baixo rendimento escolar e agressividade.

Através da análise desse fenômeno que Richard desenvolveu a teoria da Síndrome da Alienação Parental, atualmente reconhecida pela sigla SAP. Para este psiquiatra, o que leva um genitor a promover em seu filho sentimentos como ódio e rancor em relação ao outro seria uma patologia mental, daí o nome Síndrome da Alienação Parental.



Com a difusão da SAP, cresceu a pressão da sociedade no Poder Legislativo para editar leis capazes de cobrir tais atos de violência contra a criança e seu genitor, culminando na edição da Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010), que veio para solucionar esse problema, através de mecanismos como, por exemplo, a multa e a possibilidade da perda da guarda da criança ou adolescente, que serão imputados àquele genitor ou até mesmo este familiar que deu causa a alienação parental.

Com a publicação dos estudos de Richard Gardner, a discussão sobre a alienação parental vem crescendo em todo o mundo e se tornando um ponto polêmico dentro do Direito de Família. Uma vez que o tema apresentado é interdisciplinar, compreendendo os ramos da psiquiatria, psicologia, serviço social e jurídico, o que desperta o interesse de outros profissionais, gerando conclusões cada vez mais convergentes com os relatos das vítimas.

Com a criação desta lei, tornou-se necessário promover uma pesquisa comparando toda evolução histórica da teoria da Síndrome da Alienação Parental, até a edição da referida lei. Através dessa pesquisa, podemos analisar os reflexos jurídicos nas ações litigiosas que versam sobre guarda.

O presente estudo se justifica na busca de melhor entender as implicações desta lei, bem como o impacto que ela terá nas relações familiares, principalmente na figura da guarda da criança.

O primeiro capítulo do artigo apresenta a problemática de que até que ponto se pode analisar a alienação parental como uma patologia psíquica, demonstrando que a síndrome de Alienação Parental não é igual a alienação parental. E que a alienação parental está cada vez mais presente no dia a dia das famílias.

O segundo capítulo busca demonstrar de que maneira é possível perceber as consequências da Alienação Parental em relação à guarda compartilhada. Na maioria das vezes o genitor que disputa a guarda do filho lança mão dos recursos da Alienação Parental de manipular emocionalmente o filho menor para que passe a rejeitar o outro genitor, com argumentos inverídicos.

Já o terceiro capítulo ressalta a evolução das decisões judiciais em relação a síndrome de Alienação Parental em regiões diversas e por órgãos diferentes.

1. ATÉ QUE PONTO SE PODE ANALISAR A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO UMA PATOLOGIA PSÍQUICA?

Foi na América do Norte que surgiu o primeiro conceito de Alienação Parental, através do psiquiatra infantil Richard Alan Gardner¹. A sua pesquisa baseando-se em estudos e experiências ocorreu desde o início dos anos 80, enquanto no Brasil passou a ser difundida no ano de 2001. Seria para ele, o ato de um dos genitores tentar afastar o menor do outro genitor como uma forma de castigo por um divórcio.

O estudo do assunto fez com que Gardner desenvolvesse a chamada Síndrome de Alienação Parental (SAP). A SAP tem início com o contexto da aferição para a guarda do menor. Tem como primeiro sintoma a função de denegrir a imagem de um dos cônjuges perante à criança ou adolescente, um ato completamente sem sentido e justificativa.

É importante evidenciar que a síndrome de Alienação Parental não é igual à Alienação Parental, uma vez que a síndrome é resultado da Alienação Parental. A síndrome corresponde aos atos alienatórios como: sequelas e traumas provocados sobre a criança ou adolescente. A alienação Parental configura o afastamento do filho de um dos genitores, sendo isso provocado pelo outro genitor, que geralmente é o titular da guarda. A síndrome será configurada como as sequelas emocionais e os diferentes comportamentos que a criança ou adolescente passam a ter após o ato.

Fato evidente é que todos os membros da família sofrem com as consequências trazidas pelo divórcio, fazendo surgir em muitos casos a própria alienação Parental. Maria Berenice Dias² explica este processo:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o fato da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento da agressividade – é induzido a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos.

Nos casos em que estiver presente a Alienação Parental, “o trabalho do psicólogo perito consiste na realização de entrevistas individuais e conjuntas, com possibilidade de aplicação de testes quando necessário, com todas as partes envolvidas”. Isso é feito com o

¹ GARDNER, Richard Alan. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?*. Disponível em: <<http://www.alienacao-parental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente/>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

² TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 178.



intuito de “avaliar a existência e/ou a extensão do dano causado, bem como a estrutura da personalidade dos mesmos”³

O objetivo do estudo da alienação parental, dentro do direito, é para evitar que haja a separação entre pais e filhos e que eles possam manter um convívio saudável, e assim, a criança não venha sofrer problemas futuro, uma vez que os responsáveis por tal ação serão punidos com multas, perda do poder familiar e a inversão da guarda, isso com base na Lei nº 12.318/2010.

Com a aprovação da Lei nº 12.318 constatamos que a alienação parental é a forma que o genitor que possui a guarda, geralmente após a separação ou divórcio, encontra para destruir a imagem do outro genitor perante a criança. Isso pode ocorrer de várias maneiras, mas geralmente acontece por contar mentiras sobre o outro genitor para o filho, fazendo-se de vítima para os amigos, para o judiciário, podendo também dificultar o direito de visita.

Cumpre salientar que a alienação parental é uma patologia psíquica gravíssima acometida por um dos genitores. Este deseja destruir qualquer vínculo afetivo da criança com o ex-parceiro através de uma verdadeira manipulação afetiva, quando a criança já está no processo em que incorporou o sentimento transmitido pelo alienante, ela mesmo passa a rejeitar e hostilizar o genitor alienado (vítima), aqui se inicia a Síndrome da Alienação Parental.

O genitor que é afetado pela SAP passa a sofrer de uma neurose em querer só para ele a criança, não aceitando seu contato com outras pessoas e nem com o outro genitor. O alienador utiliza para a configuração do seu desejo a manipulação, o isolamento da criança com outras pessoas com o intuito de deixá-la ansiosa, frágil e culpada.

2. DE QUE MANEIRA É POSSÍVEL PERCEBER AS CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM RELAÇÃO A GUARDA COMPARTILHADA?

Durante o curso da separação, o casal, em regra, passa por um período conturbado de grandes dúvidas em relação ao futuro e, principalmente, em relação aos filhos. Na maioria das vezes, os pais ficam receosos quanto a relação com a criança ou adolescente depois da separação.

Diante desse cenário, em dezembro de 2014 foi sancionada a lei 13.058, que regula o instituto da guarda compartilhada e define esta modalidade como regra a ser adotada no Brasil. A mencionada lei foi criada com o principal objetivo de dividir igualmente entre os pais a

³ THUXHIRA, Ana Carolina Bruchado; HERTZBEN, Ana Luiza Capuena Bahia Von. Síndrome da Alienação Parental. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (org.) *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, p. 412-413.



responsabilidade sobre a criança ou adolescente, e impedir que futuros desentendimentos entre o ex casal afete o dia a dia da criança ou adolescente. Assim, após o advento dessa lei, a dinâmica de convivência entre os pais separados e seus filhos sofreu grandes alterações positivas.

De acordo com o Código Civil de 2002, a guarda compartilhada é uma opção do casal no momento da separação. A Lei nº 12.058, contudo, definiu, em 2014, que o referido instituto tornar-se-ia a regra nos casos de separação, além de regulamentar e acrescentar novos aspectos e determinações no que tange à guarda compartilhada.

Nessa trilha, a partir da vigência da lei 12.058/14, ambos os pais passaram a ter os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos. Desde a matrícula da criança/adolescente em escolas, à viagens ao exterior e questões relacionadas à saúde. Os pais passaram a ter autonomia de forma igual na vida da criança ou adolescente.

Segue a redação da mencionada lei⁴:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I – dirigir-lhes a criação e a educação;
- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Entre outros benefícios, a inovação legal repercutiu no tempo de convívio dos pais com a criança ou adolescente, que hoje passou a ser bem mais equilibrado e equitativo, tendo sempre em vista o melhor interesse e o bem-estar dos filhos.

Como exposto no Código Civil de 2002, art. 1.583, § 2^o: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

Insta salientar que a determinação da guarda compartilhada não obriga necessariamente que a criança ou adolescente passe metade do tempo na casa do pai e metade

⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁵ *Ibidem*.



do tempo na casa da mãe, uma vez que tal prática nem sempre gera benefícios à criança. Na verdade, pode até ser prejudicial ao seu desenvolvimento, dependendo do caso concreto. A guarda compartilhada deve ter o objetivo maior de dividir o tempo e a responsabilidade entre os pais, de forma justa e equilibrada, sem que a rotina das crianças seja afetada negativamente.

Segue o artigo do CC/02 que retrata o tema: “Art. 1583, parágrafo 3^o: Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.”

A partir do implemento dessa prática, a criança ou adolescente passa a ter uma residência fixa, que será definida no processo. O intuito da guarda compartilhada é proteger o menor e permitir aos pais maior liberdade em exercer seus direitos e deveres, mesmo após a separação.

Do ponto de vista do grupo que defende a guarda compartilhada jurídica, a criança terá um lar fixo, mas o guardião irá permitir que o menor passe um tempo com o não guardião, ajudando dessa forma na satisfação do pagamento da pensão alimentícia. Daí a importância da guarda compartilhada jurídica/física, por meio da qual surge a possibilidade de o casal separar a relação deles como casal, da relação com filhos, na qualidade de pais.

Considerando que o tema em análise trata de um ramo do direito que lida diretamente com pessoas, é necessário sempre ter em vista que cada ser humano tem a sua singularidade. Assim, é extremamente relevante que junto com a análise jurídica, seja feita, também, uma análise de outros ramos profissionais, como Psicologia, Psiquiatria e Sociologia, para que, dessa forma, haja uma menor possibilidade de ocorrência de equívocos nas decisões.

A guarda compartilhada, por si só, não é suficiente para eliminar o risco de alienação Parental, mas, ajuda a minimizar, uma vez que a responsabilidade dividida torna necessária a efetiva participação de ambos os pais nas decisões mais importantes e, relação aos seus filhos.

O instituto da guarda compartilhada oferece, ainda, vários benefícios aos genitores, uma vez que os mantém como guardiões e, dessa forma, as decisões em relação aos filhos serão tomadas por ambos, em conjunto. Com isso, consegue-se uma relevante diminuição dos conflitos parentais e uma diminuição de um possível sentimento de culpa em relação ao menor, já que os pais, mesmo separados, passam a buscar juntos os melhores interesses morais e materiais do filho.

É certo que, para o instituto da guarda compartilhada seja eficaz, é imprescindível uma relação de afeto amigável e carinhosa entre o menor e seus genitores, além de uma relação de

⁶ *Ibid.*

respeito entre os pais, no que tange aos assuntos relacionados aos filhos. Somente assim será possível atingir a finalidade almejada pela guarda compartilhada. Do contrário, a sua implementação pode até gerar prejuízos à formação da criança ou adolescente, que irá sofrer ainda mais com os conflitos frequentes.

Diante do exposto, resta claro que, se entre os pais houver discernimento, bom senso, razoabilidade e sabedoria para separar a relação que não deu certo da relação com os filhos, a guarda compartilhada se mostra, nos dias atuais, a solução com maior chance de êxito.

Por fim, importante ressaltar que a Lei nº 12.318/2010⁷, regulamentou o fenômeno da Síndrome da Alienação Parental, com o principal objetivo de evitar atos que envolvessem a alienação Parental e que viessem a desencadear a síndrome nas crianças ou adolescentes. Ademais, visa também proteger a dignidade dos menores e a permanência de seus vínculos familiares.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que os preceitos da lei da guarda compartilhada surgiram a partir da regularização de fatos prejudiciais aos menores e que estavam se tornando presentes no dia a dia da sociedade. Diante disso, percebem-se a necessidade da democratização e humanização da guarda dos filhos, de modo a garantir o melhor interesse da criança ou adolescente e a participação igualitária de ambos os pais.

Segundo Abrahão⁸:

Um outro argumento que tem sido utilizado hodiernamente para fortalecer a ideia de ser a guarda compartilhada o melhor modelo ou arranjo de guarda dos filhos, é afirmar que, através do exercício conjunto da educação e cuidados da prole, os pais afastam a incidência da chamada Síndrome da Alienação Parental, que é tão frequente nos casos de guarda exclusiva, principalmente quando há conflito entre genitor guardião e o não-guardião.

Conclui-se, portanto, que a guarda compartilhada tem o intuito de afastar a Alienação Parental, que decorre da não aceitação, por parte de algum dos genitores, do fim da relação. Aquele que tem a guarda do menor é o que, em regra, utiliza formas e ideias distorcidas, visando afastar a criança ou adolescente do outro genitor.

A escolha pelo compartilhamento é uma opção eficiente e que, cada vez mais, busca prevenir a alienação e afastar da vida da criança ou adolescente estes problemas presente em

⁷ JARDIM-ROCHA, Mônica. Síndrome de alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). Psicologia na prática jurídica: a criança em foco. Niterói, Impetrus, 2009.

⁸ ABRAHÃO, Ingrith Gomes. *Uma releitura da guarda compartilhada à luz do direito brasileiro*. Belo Horizonte, 2007. 122f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.



várias famílias. Com isto, percebe-se que ambos os institutos completam-se e somam-se na busca do melhor interesse do menor.

3. DE QUE FORMA SE EVIDENCIA A EVOLUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM RELAÇÃO A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL?

O ato de alienação Parental fere preceito fundamental da criança ou do adolescente de conviver co. A família de forma saudável e o intuito da Lei nº 12.318/2010 é evitar que o genitor descumpra os deveres referentes a autoridade Parental ou os quais decorram da tutela ou mesmo da guarda do menor⁹.

A SAP repercute-se vida da criança ou adolescente de forma grave e influência de forma negativa no desenvolvimento psíquico, vindo a gerar consequências como: ansiedade, depressão, nervosismo, agressão, incapacidade de adaptação à ambiente normal, Entre outras.

Ela não é um instituto irreversível, tendo que ser tratada de forma eficaz e desde que haja a atuação de profissionais especializados, através de medidas legais e terapêuticas.

Sendo constatado a presença da SAP e a presença de sintomas pro parte do menor, será necessário a intervenção judicial. Tendo o intuito de reestruturação familiar, como do filho com o cônjuge alvo da alienação. E que venha a impor ao genitor que detém a guarda a respectiva responsabilização pelos atos praticados.

A Lei nº 12.318/2010¹⁰, no seu artigo 6º, traz as providências que o juiz poderá tomar após detectar a alienação Parental:

Art. 6º, da Lei 12.318/10: Caracterizadas atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsíquico;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternações dos períodos de convivência familiar.

⁹ FREIS, Heloíse. Alienação Parental e a violação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 2016. Disponível em <<http://heloisefreis.jusbrasil.com.br/artigos/263378429/alienacao-parental-e-a-violacao-aos-direitos-fundamentais-da-crianca-e-do-adolescente>> Acesso em: 21 mar 2018.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007_2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 27 out 2017.

Na primeira decisão verificada no Tribunal do Rio Grande do Sul¹¹, o intuito é conceder a guarda da criança ao pai:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA DE MENOR. GUARDA EXERCIDA PELOS AVÓS MATERNO, CONFIA DA AO PAI NA SENTENÇA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA MENOR. Estado demonstrado no contexto probatório dos autos que, ao melhor interesse da criança, será a transferência da guarda para o pai biológico, que há muitos anos busca em Juízo a guarda da filha, a sentença que assim decidiu, com base na prova e nos laudos técnicos, merece ser confirmada. Aplicação do LSM4, do Código Civil. Guarda da criança até então exercida pelos avós maternos, que não possuem relação amistosa com o pai da menor, restando demonstrado nos autos presença de síndrome de alienação parental. Sentença confirmada, com voto de louvor. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

No caso abaixo fica evidenciado a necessidade de acompanhamento psicológico para a criança em caso de alienação parental.¹²

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. MEDIDA PROTETIVA. ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DO ADOLESCENTE E DOS GENITORES. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Caso concreto em que o protegido sofreu abalos psicológicos em sua infância, especialmente durante o processo de separação dos seus pais, presenciando até mesmo agressões físicas. Além disso, ficou demonstrado que, quando criança, foi objeto de alienação parental praticada por sua genitora, e que, em razão disso, a aproximação entre pai e filho nunca foi possível. Manutenção da sentença que determinou o escrutinamento do adolescente e dos seus genitores a acompanhamento psicológico. APELAÇÃO DESPROVIDA.

De acordo com apelação da décima câmara cível do Tribunal do Rio de Janeiro em caso de um dos genitores pretende exercer regular visitação e convívio com seus filhos e que não há melhora na rejeição dos filhos com o pai ou com a mãe, deve ser realizada avaliação/estudo com os filhos e os genitores para evitar a alienação parental.

No caso de uma ação de regulamentação de visitas ajuizada pelo genitor em face da genitora, pretendendo exercer o direito de regular a visitação e convívio com seus filhos havidos de sua união com a genitora, tendo sido realizados estudos e avaliações psicológicas com cada um de forma separada e que em nenhum momento houve qualquer tipo de contraindicação ao convívio do pai com os filhos, tampouco melhora na rejeição destes para com aquele. Assim, foi convertido o caso para forma dos artigos 130, do Código de Processo Civil e do artigo 5º, da Lei de Alienação Parental, para determinar que sejam remetidos os autos ao Núcleo de

¹¹ Idem. Tribunal de Justiça (7ª Câmara). Apelação Cível nº 78829368834/Santa Maria. Apelante: Loraci Wollé de Lima. Apelado: Octacílio Silveira Filho. Relator: Des. André Luiz Pavesella Villacino. Santa Maria, 01 abr 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹² Idem. Tribunal de Justiça (8ª Câmara). Apelação Cível nº 70046858764/Caxias. Apelante: Marcia da Silva Moura e Ricardo Marques Borges. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Paesl. Caxias, 22 dez 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 out. 2017.



Psicóloga que atende ao respectivo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de modo a ser realizada nova avaliação/estudo sobre as crianças e seus genitores em relação aos indícios de Alienação Parental.

O Tribunal do Rio de Janeiro tem entendimento em agravo de instrumento para regulamentação de visitas que a decisão agravada indefere pedido formulado pelo genitor/agravante de realização de perícia, nos próprios autos, para apurar suposta **alienação parental** praticada pela genitora/agravada.

O fundamento utilizado pelo Magistrado é que o artigo 4º, da Lei nº 12.318/2010, dispõe que a controvérsia sobre **alienação parental** deve ser decidida em ação de conhecimento autônoma ou incidental. Assim se justifica por se tratar de fato novo sujeito à apreciação do juízo, com necessidade de dilação probatória, inclusive por meio de perícia psicológica ou biopsicossocial, que poderá, ao fim, culminar com alteração das regras de visitação e guarda, imposição de advertência, multa e até mesmo suspensão da autoridade **parental**.

Incabível a inovação nos próprios autos da ação de regulamentação de visitas, já em fase de cumprimento de sentença, para inserir tema novo a respeito de **alienação parental**. Embora indeferida a perícia nos próprios autos, o Magistrado foi cauteloso ao determinar a intimação da genitora para que se abstenha de praticar atos que impeçam o sadio convívio entre pai e filho. Dessa forma, ficaram resguardados os interesses do genitor/agravante e do adolescente.

No Superior Tribunal de Justiça¹⁹ também aborda casos reais de alienação Parental:

EDcl no CC 108689 / PE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 2009/0214953-5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AÇÃO PROPOSTA ONDE O DETENTOR DA GUARDA NÃO MAIS TEM DOMICÍLIO. ENVIO DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. 1. Constatante se verifica das informações prestadas pelas Juízas suscitadas, não há discrepância de entendimento acerca da competência para julgamento da ação de modificação de guarda, não restando configurada qualquer das hipóteses do art. 115 do Código de Processo Civil. 2. No caso, tendo a detentora da guarda se mudado para outra comarca, a propositora da ação de modificação de guarda, ajuizada pelo pai nesse mesmo período, há deveria ter se dado, consoante entenderam as Juízas suscitadas. Não se trata de mudança de endereço depois de proposta a ação e efetuada a citação. Incidência do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Os critérios de competência apontados pela embargante como representativos da jurisprudência desta egrégia Corte, tratam, na realidade, de hipóteses excepcionais, em que fica clara a existência de alienação parental em razão de sucessivas mudanças de endereço da mãe com o intuito exclusivo de deslocar artificialmente o foro, o que não ocorre nos autos. 4. Desta forma, ausente qualquer equívoco manifesto no julgado, tampouco se sobressaindo a investigação em análise a

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no CC 108689/PE. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?tree=Alienacao+Parental+&tr=ACCR&p=true&l=10&i=7#BMEN>>. Acesso em: 11 out. 2017.



alguma das hipóteses do art. 535 do CPC, não merece reconhecida a inaplicabilidade em questão. 5. Embargos de declaração rejeitados.

A partir do que foi demonstrado com as decisões sobre a SAP, pôde-se verificar os meios usados pelos alienadores e as consequências psicológicas para criança ou adolescente que são vítimas. Os juízes devem sempre fazer prevalecer o melhor interesse da criança ou adolescente e a proteção dos mesmos em suas decisões. A criança ou adolescente devem ser sempre protegidos de qualquer forma de abuso e violência, sendo assegurado pela família, para que possam se desenvolver de forma saudável tanto física quanto emocionalmente.

CONCLUSÃO

A síndrome da alienação Parental vem sendo estudada tanto pela psicologia quanto pelo direito e passou por grande avanço com a Lei nº 12.318/2010, uma vez que essa deixa evidente o significado da alienação parental. Com a lei foi possível instalar os mecanismos necessários para evitar a alienação e evitar atos que possam gerar a síndrome em crianças e adolescentes. Tem o intuito de proteger a dignidade criança ou adolescente e a garantir os vínculos familiares.

Diante do que foi exposto no capítulo 1 pôde-se observar que a Síndrome da Alienação Parental será cada vez mais presente no nosso dia a dia. A prática dessa síndrome pode gerar graves prejuízos para os genitores e, principalmente para a criança ou adolescente alienado, uma vez que esse acaba se afastando de um dos genitores e gera contra esse genitor inúmeros sentimentos negativos.

Os genitores deveriam ter a consciência de evitar a alienação parental, ter a consciência de seus atos e não vir a confundir o fim do relacionamento conjugal com a parentalidade. Os filhos precisam de ambos os pais para um crescimento equilibrado.

Esse assunto deve ser tratado com muita atenção, não só pelo Poder Judiciário, mas por toda sociedade. Isso porque, é cada vez maior o número de conflitos familiares, que envolve principalmente o interesse do menor.

De acordo com o exposto no capítulo 2 pôde-se observar que o instituto da guarda compartilhada surgiu no ordenamento jurídico com a Lei nº 11.698/2008, que vem a resguardar os princípios da proteção integral da criança e ao adolescente e da convivência familiar e estabeleceu preceitos de direito material e processual com intuito de assegurar a comunicação entre pais e filhos, para estabelecer sempre os vínculos entre pais e filhos e gerar um desenvolvimento equilibrado da personalidade dos filhos menores de idade.



O poder judiciário em muitos casos vem estimulando a aplicação da guarda compartilhada, com o intuito de gerar uma maior tolerância e amor aos filhos em relação aos seus genitores. Os pais que escolhem esse instituto acabam por dividir as responsabilidades em relação aos filhos e compartilham obrigações e decisões relevantes a vida da criança ou adolescente.

O capítulo 3 tem o intuito de demonstrar a evolução das jurisprudências em relação ao instituto da Alienação Parental em regiões diversas e por órgãos diferentes.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Síndrome da Alienação Parental Ainda é uma situação nova no ordenamento, precisa-se ter muitos estudos entorno deste instituto para saber como reagir e como decidir diante de pessoas que não tem controle emocional capaz de lidar com o fim do relacionamento. Com o intuito de uma eficiente ação para questões transtorno não leve essa situação a formar uma doença tanto no genitor alienado quanto na criança ou adolescente alienado.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Ingrith Gomes. *Uma leitura da guarda compartilhada à luz do direito brasileiro*. Belo Horizonte, 2007. 122f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 set 2017.

Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 27 out. 2017.

Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em: 29 out 2017.

Superior Tribunal de Justiça. EDeI no CC 108689/PE. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Alienacao+Parental+&b=ACOR&p=true&l=10&r=7#EMEN>. Acesso em 11 out. 2017.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0014976-76.2006.8.19.0202. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.S0>. Acesso em: 10 out. 2017.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento 0040253-35.2017.8.19.0000*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça (1ª Câmara). *Apelação Cível 70029368834/Santa Maria*. Apelante: Loraci Wollé de Lima. Apelado: Octacilio Silveira Filho. Relator: Des. André Luiz Flanella Vilhinho. Santa Maria, 01 abr 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça (8ª Câmara). *Apelação Cível 70046850764/Canoas*. Apelante: Marília da Silva Muniz e Ricardo Marques Borges. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Canoas, 22 dez 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FREITAS, D. P. *Alienação parental*: comentários à Lei nº 12.318/2010. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARDNER, Richard Alan. *O DSM-IV tem equivalentes para o diagnóstico da Síndrome de Alienação Parental (SAP)?*. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalentes>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

JARDIM-ROCHA, Mônica. Síndrome de alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. Niterói, Impetrus, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; BENTZEEN, Ana Luiza Capanema Bahia Von. Síndrome da Alienação Parental. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.) *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. Ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REIS, Heloíse. *Alienação Parental e a violação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente*. 2016. Disponível em: <<https://heloisefreitas.jusbrasil.com.br/artigos/263378429/alienacao-parental-e-a-violacao-aos-direitos-fundamentais-da-crianca-e-do-adolescente>> Acesso em: 21 mar 2018.



RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE QUANTO A FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA SUA REDE CREDENCIADA

Carla Cristhie Braz Rocha Pessanha

Graduada pela Fundação Educacional Serra dos Órgãos. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Gama Filho

Resumo – O exercício do direito a Saúde se apresenta de forma complexa e, por isso, recomenda-se acompanhamento das condições da prestação de serviços pelo Estado e principalmente, na seara do direito privado, pelas operadoras de plano de saúde. O objetivo do consumidor é receber em contraprestação serviço adequado, eficiente e que respeite as cláusulas contratuais, diante da relação jurídica contratual firmada com operadora de plano de saúde. Com o passar do tempo, ocorreram muitas mudanças estruturais na sociedade, como crescimento da longevidade, o surgimento de novas doenças que desafia a medicina, necessidade de modernização tecnológica para realizar exames mais avançados, entre outros fatores que devem ser ponderados, nessa relação. A essência do trabalho é abordar que, embora exista a liberdade de contratação e escolha de operadoras de plano de saúde, há necessidade de que elas invistam em melhorias e qualidade na prestação de serviços para responder satisfatoriamente ao tratamento almejado e garantir a fiel execução do contrato, sobretudo no tocante à fiscalização da rede credenciada oferecida, e como esta se porta diante do usuário do serviço. Portanto, a existência de flagrante falha na prestação de serviço da rede credenciada restará o dever de indenizar, de forma mais agravada, não só pelas obrigações estatuídas no contrato, mas pela inércia e descuido no dever de fiscalização e vigilância.

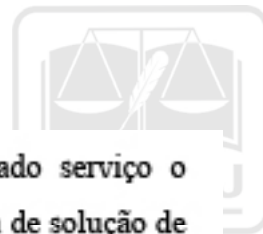
Palavras-chave – Direito Civil. Direito a Saúde. Responsabilidade Civil. Operadoras de Plano de Saúde.

Sumário – Introdução. 1. O direito à saúde e garantias de tutela e defesa. 2. A relação jurídica entre a operadora de plano de saúde e seus beneficiários. 3. Responsabilidade Civil das Operadoras de Plano de Saúde quanto à falha de prestação de serviços na rede credenciada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende tecer uma breve abordagem acerca da relação jurídica estabelecida entre as operadoras de plano de saúde, beneficiários e a rede credenciada. Para tanto, será necessário fixar os papéis das partes envolvidas e compreender como dentro dessa relação são exercidos os direitos, deveres e responsabilidades.

No contexto que envolve as operadoras de plano de saúde privada e usuário do serviço é necessário destacar que a garantia e a assistência à saúde devem ser priorizadas, primando à relação pelo respeito, eticidade, boa-fé, lealdade, transparência e segurança.



Ao evidenciar uma falha na prestação ou execução de determinado serviço o primeiro passo é pontuar o papel da ANS face estas situações, como mediadora de solução de conflitos, e avaliar que o impacto dessa falha transbordará no Judiciário, responsável por assegurar uma resposta justa e equilibrada para o caso concreto. Verifica-se que a garantia de que o direito será tutelado e de que haverá plena execução dos serviços almejados, de forma satisfatória, ocorrerá quando tais instrumentos forem acionados para coibir abusos e excessos.

Evidentemente que há relevância social do tema, com repercussão no âmbito contratual, consumerista, constitucional e na responsabilidade civil. Também é possível identificar repercussão na seara do direito empresarial, no que tange a imagem das operadoras de plano de saúde, da rede credenciada, quando deflagrada uma situação de falha que acarrete risco à saúde ou à vida do consumidor, colocando em xeque a credibilidade do serviço ofertado.

O presente trabalho pretende responder no primeiro capítulo a importância da saúde como bem jurídico de relevância para a vida, a integridade física e emocional, apresentando em segunda instância os instrumentos de tutela, de defesa e proteção diante de um dano provocado pelas operadoras de plano de saúde.

O segundo capítulo discorrerá a relação entre as operadoras de plano de saúde e o consumidor, delimitando a extensão da responsabilidade dos prestadores de serviço que formam a rede credenciada das operadoras de plano de saúde.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta como o Poder Judiciário vem se manifestando quando diante de falha na prestação de serviços, envolvendo os beneficiários, operadoras de plano de saúde e rede credenciada.

Para desenvolvimento da pesquisa foi eleito o método hipotético-dedutivo, com o qual os recursos empregados para elucidação e exposição do tema, serão a doutrina, jurisprudência e site da Agência Reguladora, considerando que tais instrumentos serão suficientes para discussão da problemática que envolve o tema.



1. O DIREITO À SAÚDE E AS GARANTIAS DE TUTELA E DEFESA

A saúde é um bem de extremo valor para desenvolvimento de vida plena e digna. Por essa razão, é tratado como um direito social, de toda coletividade, e tem como principal executor e garantidor da sua prestação o Estado, consoante previsão dos artigos 6º e 196 da Magna Carta¹. A saúde é um direito fundamental, essencial ao desenvolvimento e bem-estar da humanidade, portanto é necessária atenção às condições de prestação desse serviço.

Importante destacar que a saúde também pode ser prestada por pessoa jurídica de direito privado, as denominadas operadoras de serviços de assistência à saúde. Desse modo, mediante remuneração mensal uma pessoa poderá obter como contraprestação a assistência à saúde a ser executada pela operadora de plano de saúde, a qual elegeu.

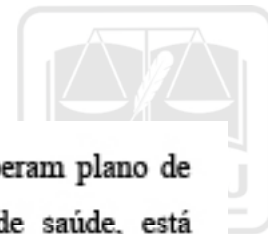
Ao abordar sobre planos de saúde, afirma Cláudia Lima Marques² “que atualmente esses contratos estão em expansão e geralmente são contratados como de massa, adesão ou até mesmo de porta em porta”. Saliente-se que a relação estabelecida entre as operadoras de plano de saúde e usuários tem incidência no Código de Defesa do Consumidor, conforme orientação da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça, sendo as partes envolvidas representados na figura do fornecedor de serviço e usuário do serviço, respectivamente.

Para compreensão da extensão e os campos que permeiam a matéria é necessário ater-se aos ditames da Lei n.º. 9656/98³ de 03.06.1998 que disciplina e regula o exercício das

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Redação da EC 90/2015)

² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.530

³ BRASIL. *Lei n. 9656* de 03 de junho de 1990. Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, em prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I- Plano Privado de Assistência à saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não da rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; II- Operadora de Plano de Assistência à saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.



atividades desempenhadas pelas Pessoas Jurídicas de Direito Privado que operam plano de saúde. Observa a autora Cláudia Limas Marques⁴ que (...) “os planos de saúde, está intimamente ligado ao anseio humano de controle de riscos e de socialização de riscos atuais e futuros entre todos na sociedade.” Essa constatação permite compreender porque o contrato de plano de saúde é contínuo e de prolongada duração, pois visa cobrir a assistência de um evento futuro e incerto.

Por oportuno, impõe-se tecer o importante papel da ANS⁵ (Agência Nacional de Saúde Suplementar), instituída pela Lei n.º 9961, de 28.01.2000, como órgão vinculado ao Ministério da Saúde e responsável pela regulação e fiscalização de planos de saúde no Brasil, assim como executora das exigências estabelecidas na Lei n.º 9656/1998.

Dado o poder dever de fiscalização da Agência, o consumidor possui um aliado no esclarecimento dos seus direitos e deveres, e por consequência um instrumento hábil a exigir inclusive diante de uma infração contratual grave a imposição de multa.

É notório que a prestação deficiente do serviço público de saúde, operada pelo SUS (Serviço Único de Saúde) de responsabilidade do Estado, tem aumentado a procura pela adesão aos contratos de planos de saúde privado. Esse fator pode ser facilmente constatado com o avanço de ofertas no mercado de consumo de diversos tipos de planos de saúde, da variedade de operadoras de planos atuantes e pelo crescimento de demandas relacionadas à matéria (Exemplos. necessidade de submissão a tratamentos cirúrgicos, quimioterápicos e outros).

Com aumento de usuários, é necessária uma atenção aos contratos firmados entre as partes envolvidas na relação contratual e a forma como a prestação de serviços vem sendo desempenhada, para que a principal finalidade e objetivo do contrato não venham a ser frustrado. Um defeito ou um vício na prestação de serviços, não dirimido entre as partes, culminará na judicialização da questão, principalmente porque é evidente a flagrante vulnerabilidade do consumidor em face de relação contratual.

O fato de existir autorização constitucional de que a iniciativa privada possa participar da assistência à saúde, a liberdade conferida deve ser limitada e deve submeter-se a regência da Lei n.º 8078/1990. A justificativa da atuação da iniciativa privada na saúde é para

⁴ MARQUES, op. cit., p. 542

⁵ BRASIL. ANS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos> Acesso em: 26 set. 2017



permitir que a prestação de serviços de relevância pública seja ainda mais qualificada, em tecnologia e tratamento de excelência dispensado aos usuários. Note-se que bem jurídico de elevada relevância, em questão é a saúde, que está ligada a vida, fonte de subsistência humana.

Frise-se que para o desempenho de suas atividades as operadoras de plano de saúde, que não dispõe de rede própria de atendimento, é necessário contar com ampla rede credenciada (consultórios, clínicas, hospitais e laboratórios) que atenda a demanda dos seus usuários. Por essa razão, tem-se que objetivo primordial do contrato é não se ater ao cunho eminentemente mercantil, mas de promover e garantir um serviço de saúde que propicie melhor condição de subsistência física, psíquica e emocional ao usuário do serviço.

2. A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE E SEUS USUÁRIOS

O autor Sérgio Cavalieri Filho esclarece que o plano de saúde privado é operado por companhias seguradoras, empresas de medicina de grupo e cooperativa de serviços médicos. Afirma Sérgio Cavalieri⁶ “que o seguro de saúde, propriamente dito, é operado por companhia de seguro mediante regime de escolha de médicos e hospitais e reembolso das despesas médico-hospitalares nos limites da apólice.”.

Ainda de acordo com o autor Sérgio Cavalieri⁷:

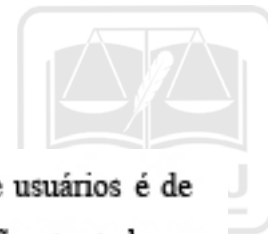
(...) a Portaria nº. 3286/1986 do Ministério do Trabalho destaca que existem três formas da empresa de Medicina de Grupo que executam essa atividade, sendo elas: por intermédio de recursos materiais e humanos próprios (médicos, hospitais e ambulatórios); por meio de credenciamento de serviços de terceiros; e por meio de um sistema misto, que envolve serviços próprios e de terceiros.

Frise-se que as empresas que atuam nesse ramo se valem mais do sistema misto, em razão do alto número de usuários do serviço.

A partir do momento que conseguimos identificar a estrutura de funcionamento das operadoras de plano de saúde, é possível compreender o papel de cada integrante da relação contratual e determinar a responsabilidade.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed.São Paulo: Atlas, 2014.p.507

⁷ Ibid.



A relação instaurada entre a operadora de plano de saúde privado e usuários é de consumo, porquanto diante do tema responsabilidade civil, obedecerá à previsão esponsada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor⁸, quando presente falha na prestação de serviços. Este dispositivo estabelece que independente da existência de culpa, o fornecedor de serviços responderá pelos danos causados aos consumidores.

Em outras palavras haverá o dever de indenizar do fornecedor de serviços, quando comprovado que prestação de serviços acarretou dano ao consumidor, isto é, trata-se da conjugação do artigo 14 do CDC e 927, paragrafo único do Código Civil Brasileiro, que estabelece que ação que acarreta dano ou prejuízo será passível de reparação, pois inerente ao risco da atividade.

É importante destacar o entendimento da doutrina clássica, em especial o autor Silvio de Salvo Venosa, que na responsabilidade civil quando há falha na prestação de serviços, dentre vários segmentos da rede credenciada (médico, hospital, laboratório e clinicas) quando associada ao desenvolvimento de atividade do plano de saúde, é solidária, portanto responsabilidade civil objetiva.

Ao tangenciar sobre o tema, atendo-se a expor a posição dos tribunais acerca da responsabilidade da empresa de assistência médica e hospital, destacando a responsabilidade solidária, pontuou o autor Carlos Roberto Gonçalves⁹:

(...) a empresa locadora direta de serviços médico-hospitalares, credenciando médicos e hospitais para suprir as deficiências de seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e hospitais que seleciona.

Ao tratar especificamente a respeito da responsabilidade de hospitais e laboratórios, traçando distinção entre médico com vínculo empregatício e o médico que apenas utiliza o hospital, assevera o autor Carlos Roberto Gonçalves¹⁰:

(...) se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe

⁸ BRASIL. *Lei n. 8078* de 11 de setembro de 1990. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.> Acesso em: 26 set. 2017

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.278

¹⁰ *Ibid.*, p. 276-277



médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços nos termos do art. 14, caput, do código de defesa do consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

Ao abordar sobre o tema, prediz Silvio de Salvo Venosa¹¹:

(...) que o profissional do ramo da medicina tem o dever de conhecer as técnicas a ser utilizada, assim como deve dominar o campo da especialização, exercendo o ofício com diligência, pois se requer deste profissional uma obrigação de meio, ate porque jamais poderá afirmar um resultado garantindo, por exemplo, a cura. Por outro lado, afirma que será de resultado a obrigação quando no desempenho de atividade de cirurgia plástica, exames de laboratório, tomografia, ressonâncias, porque aqui se espera a segurança e confiança do trabalho realizado.

Importante pontuar que o autor Silvio de Salvo Venosa¹² considera que a responsabilidade do médico ou outro profissional de saúde é subjetiva e será afastada se comprovada conduta culposa, enquanto na execução de serviços por hospitais clínicas, como fornecedoras de serviço, aplica-se a teoria do risco, ou seja, o mero desempenho da atividade se resultar em dano gerará o dever de indenizar.

Por seu turno, ao tratar acerca da relação contratual, em especial dos serviços médicos, expõe o autor Eduardo Dantas¹³:

(...) o médico possui como obrigações o dever de cuidar, agir com diligência, a obediência aos preceitos deontológicos da profissão, dever de lealdade, dever de proteção ou sigilo, o dever de informar ou prestar esclarecimentos e pontua que dentre as principais obrigações do paciente estão o dever de pagar os honorários médicos, de informar, colaborar e seguir as instruções médicas.

É certo que o serviço de saúde é uma atividade precípua do Estado, mas o fato desta atividade poder ser desempenhada por empresas de iniciativa privada, na seara do seguro de saúde, torna-se necessário a fiscalização dos atos oriundos do exercício desse ramo não só pela Agência Reguladora¹⁴, mas pela própria operadora que deve zelar por um exercício de serviço satisfatório, suficiente e adequado.

Notadamente, cada um que compõe a rede credenciada da operadora do plano de saúde exerce atividade específica e segmentada, porém não poderá se desvincular da

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 126

¹² *Ibid.*, p. 127

¹³ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito Médico*. 3.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 168-176

¹⁴ A ANS como fiscalizadora das ações das Operadoras de Plano de Saúde, impõe dentre as principais obrigações que devem ser observadas, que entre as Operadoras de Plano de Saúde e os Prestadores de Serviço seja formalizado contrato escrito, com estabelecimento, por exemplo, do objeto e vigência do contrato, valores dos serviços contratados, penalidade pelo descumprimento de obrigações, dentre outros. Disponível em : <http://www.ans.gov.br/prestadores/contrato-entre-operadoras-e-prestadores/obrigatoriedade-do-contrato-escrito>
> Acesso em: 22 out. 2017



necessidade de atender ao zelo e a diligência exigida do ofício desempenhado.

Importante ressaltar que aqueles que se propuseram a desempenhar a atividade de assistência médica deve ter a cautela quanto à seleção da rede credenciada, pois estará habilitando-a a prestar serviço diretamente aos usuários, sendo responsável solidariamente por qualquer falha em razão do atendimento realizado, em atenção ao princípio da confiança, eticidade e boa-fé objetiva. Considerando a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor na relação contratual estabelecida com empresa de plano de saúde, é imperiosa a atenção aos princípios básicos que norteiam a relação de consumo.

Partindo dessa vertente, a diligência que se espera na prestação de serviços na área da saúde, é possível concluir que ao optar por selecionar e contratar uma rede credenciada já ciente das deficiências, da falta de preparo dos profissionais, a operadora do plano de saúde deverá assumir responsabilidade mais agravada. Isso porque, negligenciou o dever de fiscalização, já que conhecia tal fato.

Nesse diapasão, importante salientar a consideração realizada na obra do autor Eduardo Dantas¹⁵ “o atual estágio da medicina (e todo o seu aparato tecnológico) não permite mais tolerar, seja por parte do médico, da clínica ou do hospital, é o descuido, o descaso, a negligência, a imperícia e a imprudência.” Significa dizer que se exige postura ética profissional, idônea e com observância fiel e irrestrita ao cumprimento do dever.

Uma das principais obrigações dessa relação destaca-se o dever de informar, considerado também um princípio básico do direito do consumidor. Isso pode ser observado no consolidado entendimento do STJ no sentido de que havendo descredenciamento de médicos ou hospitais, a operadora de plano de saúde tem o dever de informar, como bem assevera o autor Cristiano Chaves¹⁶, esse fato individualmente a cada um dos associados dada a preocupação em salvaguardar os direitos do consumidor.

Conclui-se que se espera da relação obrigacional é exercício de assistência médica idônea, confiável e que assegure aos usuários a contraprestação de serviços almejada, muito além dos termos expressos no contrato. Discute-se então, não só os avanços que a medicina

¹⁵ *Ibid.*, p. 178

¹⁶ Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Braga Neto, afirmam “ os deveres de informação devem ser cumpridos com rigoroso escrupulo. Informação adequada vale lembrar, é aquela completa, gratuita e útil. Isso significa , por exemplo, em relação à utilidade, que não é dado ao fornecedor “esconder” uma informação útil num mar de informações inúteis.” FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson . *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p.1145



precisa alcançar para cura de determinadas enfermidades, mas o grau de comprometimento, entrega dos profissionais para desempenho da função cujo objetivo é exercer a atividade com excelência, senão qual a razão de existir possibilidade de exercício de saúde suplementar?

Desse modo, a proposta dessa discussão, nos permite concluir que a responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde apenas poderá ser afastada comprovada a ausência de omissão e fiscalização da execução das atividades da rede credenciada, corroborado com a comprovação da observância rigorosa do cumprimento das cláusulas expressas no contrato.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE QUANTO A FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA REDE CREDENCIADA.

A atribuição das operadoras de plano de saúde consiste na oferta de serviços médicos a atender a necessidade dos usuários, como leciona Cláudia Lima Marques¹⁷:

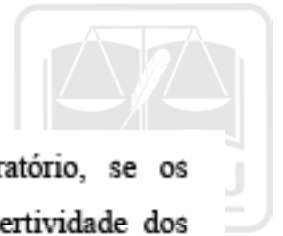
(..) os contratos de planos de seguro-saúde são contratos cativos, de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é de assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários.

É notório que a falta de garantia de atendimento na rede pública, oferecido pelo Sistema Único de Saúde, acarreta uma procura pela adesão dos contratos de planos de saúde da rede privada. Os contratos formalizados em grande parte são de adesão, porquanto aos beneficiários cabe somente anuir às cláusulas estatuídas de forma unilateral.

Com o crescimento em larga escala dos planos de saúde suplementar e a constante necessidade de valer-se das prestações de serviços médicos é que se denota a necessidade fiscalização. Essa fiscalização deve ser intensificada para evitar que a falta do dever de cuidado e a negligência cause lesão severa ou frustrate a expectativa de cura e tratamento do usuário do plano de saúde.

Como muitas operadoras de plano de saúde não possuem serviço próprio para prestação de serviços, acabam credenciando outros prestadores de serviços, portanto deve existir uma preocupação de como o serviço é executado, como o médico conduz o seu atendimento ao paciente, como são as instalações dos hospitais, as condições de higiene, a

¹⁷ MARQUES, op. cit., p. 539



tecnologia dos equipamentos que realizam exames de imagem e laboratório, se os profissionais que desempenham atividade possuem formação técnica, a assertividade dos laudos. Enfim, uma série de quesitos devem ser diligentemente avaliados e fiscalizados de forma que o atendimento a saúde seja suficiente, satisfatório e eficaz. Esta é a contraprestação esperada pelos usuários de serviços médicos.

Do acervo doutrinário reunido na pesquisa, identificou-se que a responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde pela falha na prestação de serviços da rede credenciada é solidária e objetiva, uma vez que nessa cadeia de fornecedores de serviços, estão presentes a operadora do plano de saúde e a rede credenciada (hospitais, laboratórios, clínicas e consultórios médicos) que atende a demanda dos usuários.

Desse modo, é dever da operadora do plano de saúde garantir atendimento na rede credenciada compatível com expectativa estatuída no contrato, sendo, portanto, dever de esforçar-se para cumprir de forma plena o ajuste contratual, sem criar embaraços ou obstáculos na satisfação dos serviços propostos.

Existe uma larga escala de rede credenciada no campo da prestação de serviços médicos, e constatamos a cada dia a necessidade de investir nos equipamentos utilizados, na especialização de profissionais e no tratamento mais humanitário e cortês aos beneficiários dos serviços.

A análise do tema levou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁸ consolidar o seguinte entendimento:

(...) o plano de saúde é solidariamente responsável pelos danos causados aos associados pela sua rede credenciada de médicos e hospitais. Assim, no caso de erro médico cometido por profissional credenciado, a operadora responderá, solidariamente, com o médico, pelos danos causados ao paciente. O plano de saúde possui responsabilidade objetiva perante o consumidor, podendo, em ação regressiva, averiguar a culpa do médico ou do hospital.

Conclui-se quanto à responsabilidade civil o autor Miguel Kfoury Neto¹⁹:

(...) perante o consumidor a responsabilidade da operadora, hospital e médico é objetiva e concorrente; porém a responsabilidade entre estes responsáveis solidários enumerados se rege pelo Código Civil, respondendo cada um nos limites de sua Culpa.

Há necessidade de preocupar-se com esse público cativo, que é dependente da

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.220.552-SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 05/05/2015 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=7> Acesso em : 01 de dez. 2017

¹⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 127.



prestação de serviços uma vez que o SUS não consegue suprir a demanda de atendimentos e suportar o encargo dessa atividade, fazendo com que muitos se socorram aos planos de saúde.

Ora com o crescimento em larga escala e aumento de carteiras de usuários ater-se a adequação dos serviços prestados, com o conforto das acomodações, com condições dos materiais utilizados, a qualidade de atendimento dos profissionais consiste numa obrigação contratual e que deve ser efetivamente implementado. Todavia, não condiz com a realidade, consoante situações já experimentadas pelo consumidor, revelada em conduta avessa ao pacto contratual culminando na quebra do pacto e frustração da boa-fé objetiva.

A proposta do trabalho é discutir melhoria na prestação de serviços, de forma que sejam sanadas de maneira preventiva quaisquer deficiências que possam comprometer não só a execução da atividade, mas evitar que em decorrência dessa falha acarrete transtorno e experiências adversas ao consumidor. A gama existente de operadoras de plano de saúde, expressiva no mercado de consumo, recomenda atenção não com o propósito mercadológico, visando aumentar a carteira de clientes, mas objetivando e perseguindo na qualidade dos serviços colocados à disposição dos consumidores.

A autora Cláudia Lima Marques²⁰ pondera que a jurisprudência avançou muito para conscientizar que deve ser traçada relações pautada no contrato mais social, comprometido com equidade, com a boa-fé e afastar-se da influência da autonomia da vontade. Assim os princípios básicos do consumidor devem ser norteadores da relação, evitando-se assim que situações que poderiam ser preventivamente evitadas deságuem no Judiciário.

É importante que as relações contratuais sejam formalizadas de forma a manter a postura de cooperação, transparência e lealdade recíprocas, respeitando as legítimas expectativas, principalmente em contratos de longa duração, em que a frustração da confiança é pilar para materialização do dever de responsabilização.

Para ilustrar as situações que chegam ao Poder Judiciário, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da apelação Cível nº. 0011869-52.2010.8.19.0212, a desembargadora Relatora Helena Cândida Lisboa Gaede analisou um caso concreto, no qual uma paciente que possuía cobertura para internar-se em acomodação apartamento, foi alocada pelo hospital em enfermaria sem condições de higiene. Foi reconhecido o direito a indenização diante de flagrante dano moral sofrido pelo consumidor.

²⁰ MARQUES, op. cit., p520



Foi declarado pela paciente, nos autos do processo 0011869-52.2010.8.19.0212²¹:

“(...) o banheiro da enfermaria em que a autora ficou internada em 23/09/2010 tinha uma mancha no assoalho junto ao vaso sanitário, que tanto poderia ser de sangue, como de ferrugem ou outro elemento de coloração avermelhada. Seja como for, limpo não estava. A lixeira da mesma enfermaria estava destampada, próxima ao leito em que a autora foi acomodada”.

Em outro processo que também chegou à análise do Tribunal, Apelação Cível nº. 0123313-83.2006.8.19.0001²², o desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos apreciou um caso concreto no qual houve defeito nos serviços auxiliares prestados pelo hospital, como os de higiene oral e corporal e ministração de medicamentos. Foi apurado que os réus limitavam a quantidade diária de fornecimento de fraldas geriátricas que não atendia as necessidades da paciente. Por flagrante falha na prestação de serviços foi reconhecido o direito a indenização.

Por fim, temos que a responsabilidade daqueles que se propõem a prestar serviço de assistência à saúde é minimizar situações que acarretem constrangimentos, descaso e baixa qualidade de atendimento. Afinal de contas como contraprestação de serviços, espera-se máxima efetividade e segurança para conduzir atendimento adequado ao qual foi confiado.

CONCLUSÃO

A principal tarefa desta obra foi traçar a importância do serviço de saúde, em especial quando desempenhada por operadoras de planos privados. O direito a saúde deve ser assegurado a todos e quando esta assistência é executada por operadoras de planos privados, dada a relação contratual firmada entre a fornecedora de serviços e consumidor, usuário do serviço, a prestação de serviços deverá observar o dever de transparência, eticidade, boa-fé objetiva e não frustração da legítima confiança.

Foi discutido também que contratação do plano de saúde em larga escala, deve-se a

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0011869-52.2010.8.19.0212/RJ*. Relatora Helena Candido Lisboa Gaede. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?pageSeq=1&Version=1.0.3.50> > Acesso em: 30 nov. 2017.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0123313-83.2006.8.19.0001/RJ*. Relator Edson Aguiar de Vasconcelos. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?pageSeq=1&Version=1.0.3.50> > Acesso em: 30 nov. 2017.



deficiência na prestação dos serviços públicos oferecidos pelo Estado, assim quem se propõe a executar tal ofício no setor privado deve primar pelo respeito às condições contratuais e preocupar-se em se ater a cumprir o pactuado, com o fim de atender a expectativa almejada, não só o atendimento da álea.

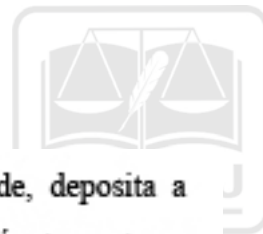
Portanto, além do dever de cumprir as cláusulas contratuais é primordial a atenção à qualidade, à transparência e à confiança depositada pelo consumidor na operadora elegida. Diante da extensa cadeia de rede credenciada (hospitais clínicas, laboratórios, consultórios médicos e outros) colocada à disposição do atendimento ao consumidor, é necessário delimitar a responsabilidade civil, em eventual dever de indenizar, por infração normativa ou ato ilícito praticados por aqueles prestadores de serviços.

Por essa razão, está sedimentado o entendimento na doutrina e jurisprudência de que a responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde pelos serviços desempenhados pela rede credenciada, por ela oferecida é solidária, ou seja, responderá juntamente com a rede credenciada.

A importância de deixar em evidência a responsabilidade é para chamar a atenção para a necessidade de oferecer não um extenso rol de prestadores de serviços que garantirão o atendimento, mas que além da garantia executará o serviço com a qualidade técnica e profissional desejada pelo consumidor, como contraprestação do serviço. Isso é um dever da Operadora de Plano de Saúde, que comumente não é respeitado, e acaba desaguando no Poder Judiciário.

Ora, se a operadora do plano de saúde é conferido liberdade de escolher médicos, hospitais e laboratórios e clínicas que formarão a sua rede credenciada, é primordial que se dedique a intensa fiscalização de como o serviço é executado, como forma preventiva para repelir qualquer intenção de frustrar a legítima confiança do consumidor.

É necessário acompanhar as condições de higiene, se há materiais disponíveis necessários para garantir que atendimento será prestado com a segurança necessária, acompanhar a qualificação técnica e apurar a perícia dos profissionais de saúde, erros grosseiros de diagnóstico sucessivo, troca de resultado de exames, averiguar a forma de atendimento dos profissionais de apoio (recepcionistas, seguranças, enfermeiras, etc.), aos consumidores, enfim implementar uma série de medidas fiscalizatórias que viabilize a satisfação do público já cativo do plano de saúde.



A vulnerabilidade do consumidor que ao eleger um plano de saúde, deposita a confiança de que ao necessitar poderá utilizar dos serviços pactuados, qual não é a surpresa ao deparar-se com a precariedade da mão de obra especializada, descuido e falta de cuidado na emissão de um diagnóstico utilização de acomodações sem higiene, possibilidade de incorrer numa contaminação pelo uso de material não esterilizado e muitos outros casos que chegam ao Poder Judiciário, pois houve inércia e ausência de fiscalização dos planos de saúde ao contratar a rede credenciada. Nada mais justo, razoável e proporcional seria agravar a sanção indenizatória da operadora do plano, nestas situações deflagradas no cotidiano.

Não raro os tribunais tem se debruçado sobre a matéria, diante das numerosas demandas nessa seara. Reconhecidamente, a ANS desempenha com louvor o seu papel de órgão fiscalizador e regulamentador, mas é necessário que na prática tal esforço seja identificado na figura da própria operadora do plano de saúde, de modo que seu foco não seja apenas o econômico-financeiro, mas zelo pelos princípios da boa-fé, cooperação, solidariedade, confiança e transparência, conforme promessa estampada no pacto contratual.

O consumidor como financiador da prestação de serviços tem o direito de ser priorizado na relação contratual e devem ser viabilizados todos os instrumentos para exercício dos direitos previstos no contrato. A garantia de prestação de serviços com excelência, qualidade e segurança almejados são o que assegura a efetividade do contrato.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 26 set. 2017

_____. *Lei 9656, de 3 de junho de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm/ > Acesso em: 26 set. 2017

_____. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 set. 2017

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0011869-52.2010.8.19.0212/RJ*. Relatora Helena Candido Lisboa Gaede. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?pageSeq=1&Version=1.0.3.50>> Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0123313-83.2006.8.19.0001/RJ*. Relator Edson Aguiar de Vasconcelos. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?pageSeq=1&Version=1.0.3.50>> Acesso em: 30 nov. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito Médico*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais: código civil e defesa do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) COMO MEIO TECNOLÓGICO PARA SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS E REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DE CAUSAS DE BAIXA COMPLEXIDADE E REPRESENTAÇÃO ECONÔMICA

Carla Cristina Falcão Gama

Graduada em Direito pela UNESA/RJ. Advogada. Pós Graduada em Responsabilidade Civil Médica pela UERJ. MBA em Gestão Empresarial pelo IBMEC. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Segundo informações do CNI, o Brasil gasta 1,3% do PIB com o Poder Judiciário, sendo o maior gasto proporcional do mundo. Atualmente, há cerca de 100 milhões de ações transitando em todas as esferas judiciais no país, que acarreta uma carga de aproximadamente 6.500 (seis mil e quinhentas) processos por juiz a cada ano, o que, em razão deste alto volume, gera uma sobrecarga e consequentemente lentidão e inchaço do Poder Judiciário. A cultura do embate provoca a judicialização de todos os tipos de demandas, inclusive daquelas em que as partes podem dispor livremente, mas que acabam por não buscar soluções alternativas. O objetivo do trabalho é discutir entre meios alternativos de soluções de conflitos, com enfoque nas soluções digitais, que se conformam com a realidade do mundo, com a informatização do processo eletrônico no Poder Judiciário e com o Novo Código de Processo Civil que prima por soluções alternativas e extrajudiciais.

Palavras-Chaves: Direito Processual Civil. ODR, *online dispute resolution*. Meios alternativos de solução de conflitos. Desjudicialização. Acórdãos extrajudiciais.

Sinopsis: Introdução. 1. Solução alternativa de conflitos e a desjudicialização pela ODR, *online dispute resolution*. 2. A valorização das formas alternativas de conflitos no Novo Código de Processo Civil e o papel do Poder Judiciário na quebra de paradigmas. 3. O direito e a tecnologia. O modelo disruptivo da ODR, *online dispute resolution*, como solução para um Judiciário saturado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a utilização de meios alternativos de conflitos, ADR, *alternative dispute resolution*, com enfoque nas soluções digitais e tecnológicas atualmente presentes na vida cotidiana, bem como o papel do Poder Judiciário que trilha caminho na direção de dar maior celeridade e eficiência à prestação jurisdicional.



Procura-se demonstrar que o casamento entre os meios alternativos de conflitos e a tecnologia, faz surgir a ODR, *online dispute resolution*, meio capaz de apoiar na busca pela melhor e mais célere prestação jurisdicional.

A internet é um fenômeno social e percebendo sua evolução ao longo dos anos, estendo cada vez mais integrada à sociedade e à vida cotidiana. Dessa forma, os conflitos, que são inerentes às relações humanas, não poderiam estar à margem dessa evolução tecnológica, especialmente pelo fato de a sociedade estar cada vez mais buscando soluções mais ágeis e eficientes para os problemas que se instam.

De outro lado, o direito de forma abstrata como norma de prevenção de conflitos e o Poder Judiciário, tradicional campo de solução desses conflitos, precisam ser reidos à luz desta nova sociedade, sem, contudo, perder de perspectiva a manutenção das garantias constitucionais como o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição.

Para tanto, serão analisados os indicadores de judicialização e de resolução de conflitos em sede judicial. Ademais, serão ainda estudados alguns dos projetos institucionalizados pelo Poder Judiciário, bem como por demais órgãos componentes do sistema judicial, na busca por soluções alternativas e antecipadas de conflitos que visam evitar a propositura da ação.

Nesse contexto, relevante será a análise dos acordos extrajudiciais e a sua eficácia como título executivo extrajudicial, que dá maior segurança às partes, à luz do Novo Código de Processo Civil. Para melhor compreensão do tema, abordar-se-á a essa ideia o estudo da terminologia da desjudicialização, que é utilizada nos tribunais superiores, de maneira a valorizar as soluções alternativas e extrajudiciais de conflitos, com vistas ao desafogar o Poder Judiciário e dar maior celeridade às soluções das lides.

No primeiro capítulo, serão abordados os conceitos de ADR, *alternative dispute resolution*, e de ODR, *online dispute resolution* e a sua utilização nos Estados Unidos, bem como no Brasil, de modo a demonstrar seu papel como fomentador de soluções amigáveis de conflitos, sem afetar o acesso à justiça. Para tanto, serão apresentados projetos pioneiros na busca pela solução alternativa de conflitos ligados à tecnologia.

No segundo capítulo, procura-se abordar as vantagens na utilização desses métodos alternativos de conflitos, partindo da análise, especialmente, de dados fornecidos pelo CNU quanto aos custos que envolvem a utilização de toda a máquina judiciária e as consequências negativas na prestação jurisdicional pelo inchaço que percebemos hoje. Serão analisados os resultados obtidos em países que utilizam o ODR, *online dispute resolution* e ao seu papel para dar maior celeridade na solução de lides sob a ótica do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, no terceiro capítulo, serão abordadas as iniciativas que buscam desenvolver a composição amigável, que funcionam como mecanismo de levar as partes à solução que lhes melhor aproveita. Com isso, o papel dos acordos extrajudiciais e a sua força como título executivo extrajudicial, dando maior segurança aos conflitantes e a consequente desjudicialização de demandas de menor complexidade e representação econômica, sendo um caminho a ser seguido por todos na busca de uma melhor e mais rápida prestação jurisdicional.

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 fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da biografia pertencente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO PELA ODR, *ONLINE DISPUTE RESOLUTION*.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 percebeu-se uma maior judicialização, na medida em que os direitos e garantias individuais previstos na carta cidadã fizeram implodir no Judiciário milhares de ações. A máquina judiciária tornou-se cara, lenta e ineficiente. Assim, faz-se necessária a criação e inovação de meios que busquem a pacificação social permitindo que as partes conflitantes possam, de comum acordo, de forma rápida e eficiente, buscar suas próprias soluções.

Percebe-se que a procura pelo Poder Judiciário como solucionador dos conflitos privados vem se estrondando ao longo dos anos, e essa característica recebeu novas contornos desde a entrada do Código de Defesa do Consumidor. Tanto consumidores quanto fornecedores de produtos e serviços vêm experimentando uma mudança na forma de se fazer negócios desde então, uma vez que passaram a ser mais conscientes quanto aos seus direitos e obrigações nas relações comerciais e jurídicas.

Todavia, de modo incipiente, ainda pecam na busca de soluções amigáveis, o que gera uma sobrecarga de processos judiciais, uma vez que muitos dos conflitos que poderiam ser solucionados na esfera particular, revelaram para a tutela jurisdicional.



Nesse sentido, importante trazer à tona, nas palavras Alexandre Câmara¹, o conceito de jurisdição, “Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta”. Assim, cabe ao juiz quando da análise dos casos que lhe são apresentados verificar qual o direito a que se refere e aplicá-lo, ou seja, nas palavras de Rodolfo Hartmann² “dizer o Direito”.

Entretanto, há diversas situações em que as partes podem aplicar o direito sem que haja a necessidade da busca pela tutela jurisdicional, o que se dá por meio do que Hartmann chama de equivalentes jurisdicionais³ que são meios alternativos colocados à disposição das partes de modo a buscarem as soluções para os conflitos que se apresentam. Frequentemente são classificadas como autotutela, autocomposição, conciliação, mediação e arbitragem.

Os institutos acima referidos, com exceção da autotutela, compõem o que se costuma ainda chamar de MASCs, meios alternativos de solução de conflitos, ou usando a terminologia inglesa de ARD, *alternative dispute resolution*. São meios capazes de dar resposta aos mais diversos tipos de conflitos de forma rápida e eficiente, sem que com isso, seja necessário caminhar por todo um processo judicial, que pode levar anos e elevados custos para se chegar à solução, que poderia ser alcançada inicialmente pelas partes de forma livre e voluntária.

Países como os Estados Unidos há muito investem na divulgação e implantação de meios alternativos de conflitos, na medida em que enxergam nessa estratégia do Poder Judiciário com alto volume de demandas ajuizadas o que não traz sinais de melhoria. Conforme trata Colin Rule⁴, o sistema judicial americano envolve milhões de novos casos por ano a um custo de mais de \$200 bilhões. Assim, em razão dessa realidade, os meios alternativos de conflito se mostram como meios eficazes, rápidos e de baixo custo para a aplicação do direito.

Não se pode negar que, apesar de as ADR's, *alternative dispute resolution*, ainda não serem uma realidade viva no Brasil, o país caminha para incorporar meios que visam soluções consensuais sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Muitas são os exemplos de projetos idealizados em Tribunais de Justiça, como se pode citar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o “Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”⁵ que visa apoiar os conflitantes na busca e na confecção de soluções eficientes sem a necessidade de instauração de um processo judicial.

¹ CAMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p.31.

² HARTMANN, Rodolfo Knorzberg. *Cursos Completos do Novo Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2017, p.28. *Ibidem*, p.54.

³ RULE, Colin. *Online Dispute Resolution for Business*. San Francisco: Jossey-Bass, 2002, p. 2.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos*. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br/web/guest/tribunacao1>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

Nesse mesmo sentido, destaca-se ainda outros projetos que alinham o mundo tecnológico com a busca por soluções prévias e alternativas de conflitos como é o caso do "Consumidor.gov" vinculado ao Ministério da Justiça e do "Mediação Digital" do Conselho Nacional de Justiça, CNJ. E é nesta esfera que se insere a ODR, *online dispute resolution*, que conecta a tecnologia às soluções alternativas de conflitos, proporcionando ainda mais eficiência na busca da pacificação das relações em conflito.

Ao mesmo tempo em que a busca por meios alternativos de solução de conflitos se expande, a forma de fazer negócios e de se comunicar no mundo também vem sendo mudada pela tecnologia. O Poder Judiciário não ficou alheio a essa realidade e a expansão do processo judicial eletrônico já é uma realidade em quase todos os Tribunais de Justiça do país. Segundo dados do CNU⁴ o número de processos eletrônicos vem aumentando, colocando o país em uma posição pioneira: "O Brasil caminha a passos largos no cenário mundial como precursor na virtualização dos processos, tendo em vista que o percentual de casos novos eletrônicos tem aumentado gradativamente desde o ano de 2009 no Poder Judiciário."

Assim, percebe-se que naturalmente se caminha para que haja uma maior cooperação e integração entre as ADR's, *alternative dispute resolution* e a tecnologia e desse casamento faz surgir o que é conhecido como ODR, *online dispute resolution*. A ODR combina a eficiência dos meios alternativos de conflitos com o poder da internet, de modo a economizar tempo e dinheiro, e minimizar eventuais frustrações que naturalmente ocorrem em demandas judiciais.

De forma vanguardista, o Código de Processo Civil incveu ao prever no art. 3, § 2 incentivos para que as partes em conflito busquem meios alternativos de solução de suas divergências, incluindo a autocomposição, que se dá por meio das conciliações e se mediações. Os métodos alternativos se apresentam mais vantajosos, com redução de custos e de tempo, por viabilizar a celebração de acordos pacíficos.

Ainda nesse sentido, de modo a valorizar o incentivo à busca pelas soluções alternativas de conflitos, o Código de Processo Civil no art. 784, V traz o reconhecimento expresso de que as transações celebradas entre as partes possuem natureza de título executivo extrajudicial, o que garante maior segurança aos acordos celebrados.

A procura por resoluções alternativas de conflito está passando de ser apenas um ideal para se tornar cada vez mais uma realidade. Vem, assim, ganhando maior concretude em razão

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2016*, p. 49. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/portal/images-e-arquivos/ju-justica-em-numeros>>. Acesso em: 04 abr. 2017.



de iniciativas de vários órgãos integrantes do Poder Judiciário e da iniciativa privada por meio das chamadas *lawtechs*, que criam ambientes virtuais seguros para que ocorram as negociações. De outro lado, o legislador também vem exercendo seu papel de fomentador de políticas incentivadoras com a publicação da lei da mediação, lei 13.140/2015 e da lei da arbitragem que teve sua última atualização dada pela lei 13.129/2015.

Destarte, a solução alternativa de conflitos exercida por meio da tecnologia, ODR, é o futuro. É o futuro que será experimentado por todos aqueles que desejam encontrar soluções aos problemas cotidianos de dia a dia. A ODR, *online dispute resolution*, não se filia à local, não necessita de espaço físico ou de que haja deslocamento, necessita apenas de interesse em buscar soluções adequadas por meio do exercício da autonomia da vontade.

2. A VALORIZAÇÃO DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA QUEBRA DE PARADIGMAS.

A negociação está cada vez mais presente no cotidiano globalizado e tecnológico da sociedade. O mundo passa por rápidas transformações e as relações travadas entre os indivíduos estão cada vez mais dinamizadas e afetas à tecnologia, que produz mudanças no consumo, na prestação dos serviços, e por via de consequência na forma como fornecedores e consumidores se relacionam.

A velocidade com que o mundo se transforma faz com que, eventualmente, interesses entrem em rota de colisão gerando conflitos que precisam ser solucionados. O Poder Judiciário há muito tempo exerce o papel de “grande pacificador” dos conflitos entre particulares e isso acabou por criar a cultura da litigiosidade, em que as pessoas dependem da mão do Estado para dar-lhes uma solução.

Entretanto, esta realidade de dependência estatal começa a ter novos contornos com o retorno à busca pelas soluções alternativas de conflitos. É indubitável que a pacificação social torna-se mais facilmente alcançada quando a solução do conflito propusera por uma solução resultante da vontade das partes e não por uma imposição do Estado por meio de uma decisão judicial.

Em sintonia com a evolução social na busca pelo consensualismo, o Novo Código de Processo Civil não apenas traz disposições principiológicas, mas enfaticamente apresenta normas que visam soluções harmonizantes.



O art. 3º estabelecimento traz entre seus parágrafos, normas que valorizam e estimulam as formas alternativas de conflitos. Acertadamente, o § 2º do art. 3º dispõe que o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos, sempre que esta se demonstrar possível. E no § 3º prevê a necessidade de se estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos entre todos operadores do direito, antes e durante o processo judicial.

Segundo o recém divulgado Relatório Justiça em Números 2017⁷ (ano base 2016), anualmente publicado pelo CNJ, em 2016 transcorrem pouco mais de 109 milhões de processos na justiça brasileira. Em razão desse expressivo volume, não há dúvida de que os operadores do direito precisam buscar meios alternativos para a solução de demandas sem a necessidade de se buscar o Poder Judiciário, deixando a sua intervenção afeta às causas em que não seja possível transigir. Nesse cenário, devem ser estimuladas as negociações entre as partes envolvidas por meio de acordos extrajudiciais que possuem força executiva, não havendo necessidade de homologação.

Assim, considera-se que quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, maior será a redução dos processos encaminhados à tutela jurisdicional, o que, por via de consequência, leva a um melhor funcionamento do Poder Judiciário que, com menos processos, terá condições de atuar de forma mais célere e adequada aos anseios pelo acesso à justiça.

Antevendo o cenário de assolamento do Poder Judiciário, a Ministra Nancy Andrighi, em 2012, no Recurso Especial nº 1.184.151 – MS⁸, brilhantemente discorreu acerca da necessidade de se estimular a composição extrajudicial e a dispensa da homologação judicial. Verifica-se em sua fala, a necessidade de valorização e estímulo das soluções pactuadas fora do âmbito da jurisdição. Em um estado democrático de direito, deve ser buscado o fortalecimento da negociação entre as partes em conflito, e ao material por elas produzido, deve ser dada força executiva, sem que, nas palavras da Ministra "fosse necessário, sempre e para tudo, a chancela judicial".

Quanto à força executiva dos acordos extrajudiciais, a citada Ministra é enfática ao afirmar a desnecessidade da homologação, especialmente quando as partes estão assistidas por seus advogados, figura indispensável à administração da justiça. Ou seja, à confecção de uma solução extrajudicial por aqueles que inicialmente estavam em divergência, o que após

⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2017*, p. 65. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/contenudo/arquivo/2017/09/9040871215cf19a2838168729516879.pdf>. Acesso em: 06 set. 2017.

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.184.151-MS*. Relator: Ministro Márcio Ueda. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado?componente=ATC&sequencial=17338274&ru_m_registro=201000390286&data=20120209&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2017.



mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais em realizadas por intermédio de profissionais independentes.

Alinhado a esse interesse, em 2015 entrou em vigor a Lei 13.140/2015¹¹ que trata da mediação a que são aplicadas também as regras previstas no Código de Processo Civil. Merece destaque aqui, ao disposto no art. 46 da citada lei, que, quebrando paradigmas e adequando a mediação à realidade virtual, prevê a possibilidade de a mediação ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. Vê-se assim, que o legislador pátrio não está alheio à necessidade de se alinhar a busca por soluções alternativas de conflitos com o uso da tecnológica, sendo esse um caminho a ser seguido.

3. O DIREITO E A TECNOLOGIA. O MODELO DISRUPTIVO DA ODR, *ONLINE DISPUTE RESOLUTION* COMO SOLUÇÃO PARA UM JUDICIÁRIO SATURADO.

Inegável o avanço da internet e a entrada da tecnologia no cotidiano da sociedade, inclusive, abrindo espaços em setores mais tradicionais, como é o caso da área jurídica. Como bem tratou Colin Rule¹² a internet está criando uma nova sociedade *online* e globalizada, que busca por soluções de conflitos compatíveis com o crescimento e expansão da internet e a ODR, *online dispute resolution* é a estrutura judicial para a solução desses conflitos.

Hodiernamente não é mais possível dissociar a tecnologia do direito. Inúmeras são as soluções já utilizadas na área jurídica que estreitam ainda mais essa relação, como o processo judicial eletrônico, o uso de aplicativos de comunicação como meio de prova, o interrogatório por videoconferência entre outros exemplos de como a tecnologia e a internet estimulam a dinâmica do processo judicial. Se o processo judicial caminha visando adaptar-se à realidade tecnológica, do mesmo modo devem ser criadas soluções de estímulo à desjudicialização dos conflitos por meio da busca por soluções amigáveis de resolução de conflitos, que também devem se alinhar à tecnologia para garantir-lhes maior efetividade e celeridade.

O próprio CNJ, ciente da necessidade de se buscar soluções amistosas de conflitos e o desestímulo à cultura da litigiosidade incentiva a celebração de acordos por meio do programa

¹¹BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2015/06/lei13140.htm>. Acesso em 16 out. 2017.

¹²RULE, op. cit., p. 203.



Movimento pela Conciliação¹³, que tem como missão, "contribuir para a efetiva pacificação de conflitos, bem como para a modernização, rapidez e eficiência da Justiça Brasileira".

Patente é a inclinação da tecnologia aos serviços jurídicos que, apesar de terem uma robustez mais tradicional e conservadora, precisam se adequar à crescente demanda por informação rápida e precisa. A informatização é realidade em todos os aspectos da vida cotidiana não podendo o mundo jurídico furta-se à essa realidade, devendo buscar meios de se adaptar e prestar as devidas informações aos jurisdicionados. Nesse cenário, é crescente o espaço que vem sendo ocupado pelas *lawtechs* no cenário das *startups* brasileiras e são elas que buscam criar, desenvolver e oferecer serviços dos mais diversificados para atender às demandas de todos aqueles que, de uma forma ou de outra, necessitam da tutela legal e/ou jurisdicional.

Nesse cenário desafiador de se buscar a pacificação social por meio de soluções amigáveis de conflito sem a necessidade de judicialização combinada com a tecnologia é que surge a ODR, *online dispute resolution*. A ODR é assim, uma plataforma *online* que possibilita a negociação, mediação e até mesmo a conciliação para a resolução de conflitos que é oferecida por algumas *lawtechs* ou *legaltechs* que são *startups* que usam a tecnologia para desenvolver ferramentas de cunho inteiramente jurídico.

Diante dessa crescente demanda, em julho de 2016 foi criada a primeira associação especializada nesse mercado. A Associação Brasileira de *Lawtech* e *Legaltech* (ABZL),¹⁴ visa não apenas representar seus associados, mas também organizar o setor de tecnologia voltado para o mercado jurídico para ganhar eficiência e escala. Indubitavelmente todos aqueles que participam da área jurídica, seja em qual esfera for, necessitam de se adaptar à realidade tecnológica e de utilizar a inteligência artificial na busca da redução de custos e de tempo com serviços automatizados e eficientes, de modo que os profissionais possam dedicar seu tempo na resolução de problemas realmente complexos.

Variadas são as tentativas atualmente colocadas à disposição dos operadores do direito que visam agregar valor tecnológico ao trabalho legal e entre elas está a *online dispute resolution*. A ODR procura alinhar as técnicas já existentes de soluções alternativas de conflitos com a tecnologia, por meio do oferecimento de um campo virtual para que as partes em conflito busquem a solução que mais lhes favoreça por meio do exercício da autocomposição e da autonomia da vontade.

¹³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Movimento pela Conciliação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programa-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 25 set. 2017.

¹⁴LEGALTECHS, Associação brasileira de lawtech e. Disponível em: <<https://www.ab21.net.br/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

Também atento à essa dinâmica, o Novo Código de Processo Civil trouxe como uma de suas tentativas para adequação à realidade social e à necessidade da desjudicialização, o incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos, especialmente a autocomposição, como mecanismos de estabilidade e harmonia social. Dentro desse contexto, o legislador seguiu com a regulamentação da mediação ao editar a Lei n.º 13.140/2015 que, ao lado da lei de arbitragem, Lei n.º 9.307/96 e da conciliação regulada pelo Código de Processo Civil e por leis esparsas, estimularam a busca por soluções alternativas de conflito com vistas a garantir maior autonomia das partes sem a necessidade da tutela jurisdicional naquilo em que é possível dispor e transigir.

Conforme trata Luiz Fernando Guerrero¹⁵, a negociação é um meio de comunicação que permite que as partes envolvidas possam chegar a um consenso acerca do determinado conflito e a isso se deve adicionar a tecnologia como facilitador desse processo de comunicação. Nesse contexto, muitas são as soluções de plataformas criadas e disponibilizadas para atender a crescente demanda por soluções digitais para os conflitos que naturalmente nascem das relações empresariais, consumeristas, entre outras, que não mais desejam se sujeitar ao árduo, longo e custoso caminho do processo judicial.

Vê-se, portanto, que a negociação, como método autocompositivo, é capaz de trazer soluções rápidas e efetivas aos mais diversos tipos de conflitos e é o meio pelo qual as partes envolvidas podem criar as soluções que mais se adequem às suas necessidades, dando efetividade ao princípio da autonomia da vontade inerente aos negócios jurídicos. Ainda dentro do campo da busca por soluções alternativas de conflito há também a mediação, a arbitragem e a conciliação como métodos que, apesar de possuírem cada um suas características próprias, visam possibilitar a busca por soluções aos problemas apresentados, estimulando as mais diversas soluções para os mais diversos tipos de conflitos. E a ODR é a plataforma tecnológica que permite a busca por soluções de conflitos, por quaisquer dos métodos citados.

Assim a ODR usa dos métodos de soluções alternativas de conflitos, mas proporciona uma plataforma *online* em que as partes em conflito possam chegar a um acordo sem necessidade de maiores custos ou até mesmo de deslocamento, pois o processo todo ocorre em espaços virtuais seguros que permitem a negociação de forma rápida, ágil e segura. As partes podem usar a internet e a tecnologia de muitas formas, pois a ODR pode ser oferecida por meio de chats, e-mail, videoconferência ou até mesmo por meio da junção de três ou outros meios, não

¹⁵ GUERRERO, Luiz Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p.27.



impedindo, inclusive que as partes se encontrem fisicamente ou que resolvam suas disputas inteiramente em um ambiente *online*⁶⁶.

A criação e o desenvolvimento do ambiente em que se dá a negociação por meio da ODR, *online dispute resolution*, leva por base, essencialmente as necessidades experimentadas por aqueles a quem se visa entregar a solução. Assim, é certo dizer que as soluções podem ser customizadas de acordo com a demanda colocada pelas partes ou até mesmo em razão de particularidades dos assuntos envolvidos.

A técnica da ODR é usada por muitos países pelo mundo como Estados Unidos, Canadá⁶⁷, México⁶⁸, países integrantes da União Europeia⁶⁹ entre outros, que, desenvolveram plataformas *online* que permitem que questões comerciais entre outras, possam ser decididas de forma livre sem a necessidade de intervenção do poder estatal, ou seja, sem a necessidade da judicialização de uma ação que levaria tempo e dispendio de todos os envolvidos desnecessariamente.

Incontestavelmente se trata de uma inovação disruptiva, pois quebra paradigmas e cria uma nova visão de como fazer negócios e, especialmente, de como prestar a efetiva celeridade e adequada resposta aos problemas que surgem nas mais diversas relações contratuais. Vai ao encontro ainda da necessidade de se estimular a solução alternativa de conflitos e dar conteúdo ao termo desjudicialização⁷⁰ brilhantemente empregado pela Ministra Nancy Andrighi com a garantia da autexecutividade dos acordos extrajudiciais e desnecessidade de se buscar o Poder Judiciário para aquilo que as partes possam transigir e chegar a um consenso.

CONCLUSÃO

Indiscutível é o crescimento das atividades sociais e comerciais por meio da internet e da mesma forma é inevitável o surgimento de conflitos nas relações comerciais,

⁶⁶ASSOCIATION, *American Bar*. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/supersite/2011/1_bar04dispute_resolution/commerce_resolution/aba_resolution.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁶⁷TRIBUNAL, *Civil Resolution*. Disponível em: <<http://civilresolutionbc.ca/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁶⁸GOB.MX. *Conciliator*. Disponível em: <<http://conciliator.profecm.gob.mx/Conciliator/mision.jsp>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁶⁹COMMISSION, *European*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/commerce/online_dispute_resolution/index_en.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1184151. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediante?componente=ITA&sequencia=1083672&num_registro=201000390286&data=20170209&formato=HTML>. Acesso em: 25 set. 2017.



especialmente. O presente trabalho busca trazer à baila a reflexão acerca da necessidade de quebra de paradigmas quanto à cultura da litigiosidade e, conseqüentemente alcançar a desjudicialização de certas matérias para o alcance de melhor prestação jurisdicional.

É função, assim, reconhecer que a sociedade jurídica e o próprio Poder Judiciário precisam se adequar a esta nova realidade que vem sendo guiada pela internet e pela busca de soluções rápidas, eficazes e de baixo custo. Desarte, do casamento entre a tecnologia e de métodos de solução alternativa de conflitos, nasce a ODR, *online dispute resolution*, como o ideal a ser seguido pelos operadores do Direito e pela sociedade em si.

Conforme visto neste trabalho, muitas países já aderiram à idéia de se buscar melhores e rápidas transações entre partes em conflito naquilo que hoje é disponível e, por via de conseqüência, descongestionar o Poder Judiciário que recebe uma enxurrada de novas ações diariamente. Restou apresentado que esse país precisa criar regras específicas, além de terem desenvolvido uma plataforma virtual de negociação, proporcionando um ambiente seguro e eficaz para a realização das negociações dos problemas que eventualmente possam surgir entre as partes em disputa.

Apenha-se que a ODR, *online dispute resolution*, é uma plataforma que usa a tecnologia para facilitar a solução das mais variadas disputas que possam surgir. Ademais, visto-se que não há limitação para o método de solução alternativa de conflitos a ser aplicado, podendo envolver negociação, mediação ou arbitragem ou até mesmo a combinação desses três métodos. Ademais, é possível que as partes convençam de maneira diversa e adóquem o método de negociação às suas necessidades.

Restou demonstrado ainda, que o campo de aplicação da ODR é vasto e pode ser aplicado em uma série de disputas, dando concretude à autonomia da vontade das partes envolvidas na busca pela solução que melhor lhes aprouver. Em conseqüência, como visto, há o ganho tangível de redução do número de demandas que são diariamente distribuídas aos Tribunais e com isso se chega ao que a Ministra Nancy logrou denominar de "desjudicialização", ou seja, redução da cultura do litígio e dependência do Judiciário.

A ODR, *online dispute resolution*, não é a panacéia para os nossos sociais e para a consecução da pacificação social do ponto de vista do fim da lição sociológica. Contudo, é inegável o seu papel como facilitador da harmonização dos conflitos, pois atrai o uso da internet e da tecnologia com os meios alternativos de conflitos, possibilitando o alcance de soluções rápidas, eficazes e de baixo custo, permitindo ao Poder Judiciário atuar nas demandas que de fato necessitem da mão firme do Estado.



REFERÊNCIAS

ASSOCIATION, *American Bar*. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/consumerdc_authcheck/dam.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1315145*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao%20A7%20A3/noticias/Not%20Adciais/A%20A7%20A3-documento%20B3ria-incidental-pode-ser-usada-para-reviver-validade-de-acordo-extrajudicial>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1184151*. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processos/revista/documento/mediado/?componente=ITAdsequencial=1083622&num_registro=201000390286&data=20120209&formato=HTML>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.184.151-MS*. Relator: Ministro Massimo Uyeda. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processos/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17338274&num_registro=201000390286&data=20120209&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC n. 0450927-09.2014.8.19.0001.126174*. Relator: JDS Desembargador: João Batista Damasceno. Disponível em: <<http://www4.tj.jus.br/ojud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700134454>>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2017*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/arquivos/2017/09/04/07/215cf19a2838168729516b79.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Movimento pela Conciliação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 25 set. 2017.



_____. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos*. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br/web/guest/mediacao1>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/foi/civil_03/mis/L8429.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

COMMISSION, European. Disponível em: <http://ec.europa.eu/consumers/advocating_consumer_disputes/non-judicial_resolution/odr/index_en.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

GOB.MX Conciliator. Disponível em: <<http://conciliator.profeca.gob.mx/ConciliatorInicio.jsp>>. Acesso em: 25 set. 2017.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kromberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2017.

LEGALTECHS, Associação brasileira de lawtech s. Disponível em: <<http://www.ab21.net.br/>>. Acesso em 25 set. 2017.

RULE, Colin. *Online Dispute Resolution for Business*. San Francisco: Jossey-Bass, 2002.

_____. *Online Dispute Resolution for Business*. San Francisco: Jossey-Bass, 2002.

TRIBUNAL, Civil Resolution. Disponível em: <<http://civilresolutionbc.ca/>>. Acesso em: 25 set. 2017.



O DELITO DO TRÁFICO DE PESSOAS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL E AS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO SOB A ÓTICA DA LEI 13.344/2016

Carolina Bullaty Ferreira de Carvalho

Graduada pela Faculdade Nacional de
Direito – UFRJ.

Resumo – É notório que o comércio de seres humanos faz parte de um crescente e assustador fenômeno mundial, consubstanciado no delito do tráfico internacional de pessoas, que pretende os mais diversos tipos de exploração do ser humano, seja sexual, seja visando ao trabalho forçado ou servidão, seja para a adoção ilegal, ou ainda, para a remoção de órgãos/partes do corpo, a serem vendidos no chamado ‘mercado negro’. Ainda que o Brasil fosse signatário dos principais Tratados Internacionais elaborados com o fim de coibir a prática do referido delito, e ainda que houvesse a tipificação legal do crime no ordenamento pátrio, mostrava-se necessário um enfrentamento especial, específico e mais direto, com vistas a prevenir e reprimir mais eficazmente a ocorrência daquele. Assim se justifica tamanha a relevância da inovação legislativa de número 13.344/2016. Este trabalho se dedicará a explorar os aspectos que levaram à elaboração da referida Lei e o que ela representa para o futuro das vítimas de exploração.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Internacional Penal. Tráfico de Pessoas. Exploração sexual. Trabalho Escravo. Tratados Internacionais. Inovação legislativa.

Sumário – Introdução. 1. Das similitudes entre o crime de tráfico e a imigração irregular de pessoas. 2. Das inovações trazidas pela Lei 13.344/2016: análise crítica dos aspectos positivos quanto à prevenção e repressão do delito e à proteção das vítimas. 3. Das lacunas da Lei nova e os empecilhos fáticos ao combate do tipo penal: os aspectos que carecem de reparo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a questão relativa ao tráfico de pessoas e à crescente atenção nacional e internacional que a ele vem sendo dada, reconhecendo-se que tal crime é um fenômeno mundial, na medida em que atinge todos os países, segundo informações da Organização das Nações Unidas.

Somando-se aos anos de descaso e pouca credibilidade dispensados às eventuais vítimas sobreviventes, com seus respectivos relatos, o fator da globalização, do crescimento dos meios de comunicação e do desenvolvimento da tecnologia, é possível compreender porque o número de casos aumenta exponencialmente e se dá de forma transnacional, integrando o campo do Direito Internacional Penal.

Portanto, objetiva-se demonstrar de que forma o combate ao delito do tráfico internacional de pessoas vem se intensificando e, simultaneamente, quais aspectos permanecem negligenciados. Conclui-se que o direito penal deve ser utilizado como *última ratio*, uma vez que é simplista acreditar que apenas com a criação de leis penais o problema será resolvido, pois seria a certeza da utilização do direito penal de forma emblemática.

Ademais, além de mera diretriz preventiva e repressiva é necessário que a polícia e o judiciário utilizem normas e procedimentos para garantir a segurança e privacidade das vítimas do tráfico de pessoas, a devida reintegração destas no convívio social e também a reaproximação com suas famílias.

Igualmente necessário se faz fortalecer os sistemas de justiça e a cooperação entre os países para que o maior número de criminosos seja julgado e punido.

No primeiro capítulo busca-se demonstrar a dificuldade em estabelecer quando efetivamente se está diante desse tipo de delito; a dificuldade em reconhecê-lo, e, conseqüentemente, reprimi-lo. É possível estabelecer parâmetros mínimos de modo a tipificar o crime?

O segundo capítulo se propõe a uma análise crítica das inovações trazidas pela Lei 13.344 de 2016, na forma de comparativo com a legislação anterior vigente, de modo a destacar que tópicos relativos à prevenção e repressão do delito, bem como à proteção das vítimas, sofreram uma favorável modificação e releitura por aquela lei.

No último capítulo apresenta-se, antagonicamente, discussão relacionada às lacunas da lei nova, aspectos por ela não abordados e aos quais ainda não foi dispensada a necessária consideração, tendo em vista que são pontos cruciais para uma futura e vasta diminuição de ocorrências de tráfico de pessoas, para os mais variados fins, ao redor do mundo.

O tema exige pesquisa doutrinária, jurisprudencial, dos acordos internacionais e da inovação legislativa em comento, tendo em vista que o delito em questão não é visto como um mero artigo da parte especial do código penal. É, em verdade, um verdadeiro fenômeno globalizado, cuja repressão vai além das questões jurídicas: o problema abrange a área política, social, educacional e, até mesmo, histórica. Estes diversos fatores devem ser analisados conjuntamente, na busca pela erradicação do delito.

A pesquisa será regida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se inicia com uma questão problemática (as dificuldades em combater o tráfico internacional de pessoas) e pretende discutir os pontos conflitantes, além de abordar possíveis soluções para os temas.



A abordagem do objeto desta pesquisa será feita tendo por base a bibliografia pertinente ao tema, analisada e fichada na parte exploratória da pesquisa, composta por doutrinas, legislação e artigos jurídicos, para sustentar sua tese.

1. DAS SIMILITUDES ENTRE O CRIME DE TRÁFICO E A IMIGRAÇÃO IRREGULAR DE PESSOAS

Para que seja possível analisar o delito do tráfico de pessoas em âmbito internacional e, posteriormente, nacional, é preciso inicialmente compreender que tal delito se enquadra no chamado direito internacional penal, sendo importante que não se confunda esse com o direito penal internacional.

O direito internacional penal diz respeito ao direito dos tratados internacionais que versam sobre direito penal. Nestes tratados, os países signatários se obrigam a tomar providências em sua ordem legislativa interna para cumprir determinadas obrigações, tais como tipificar crimes que também se obrigam a coibir.

Tratados são acordos formais concluídos entre os sujeitos de Direito Internacional Público, destinados a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional. São compulsórios: uma vez assinados e ratificados por um país, impõem o mais elevado grau de obrigações pelo seu governo. Os tratados e convenções configuram fontes diretas do direito internacional penal, mas jamais podem servir de base normativa para o direito penal interno, cuja única fonte direta só pode ser a lei formal redigida, votada e aprovada pelos parlamentares. Defende Luiz Flávio Gomes¹ que a lei é a única que pode definir crimes e penas internamente; mesmo a Constituição Federal, que constitui fonte imediata do direito penal, não pode definir crimes, penas ou agravar as existentes.

Por sua vez, o direito penal internacional trata dos delitos internacionais julgados perante o Tribunal Penal Internacional, aplicáveis às pessoas naturais. Apenas em sentido muito amplo pode conferir-se a natureza de crime internacional ao delito do tráfico de pessoas, atribuindo-lhe a competência do Tribunal Penal Internacional. Para que corresponda a uma infração contra a humanidade exige-se um caráter generalizado ou em grande escala, além da tolerância ou participação do poder político em seu exercício.

¹ GOMES, Luiz Flávio. Os tratados internacionais podem definir delitos e penas? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n° 1559, 08 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10506/os-tratados-internacionais-podem-definir-delitos-e-penas>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

O caráter em grande escala é o que permite que se conceda a essas condutas relevância na ordem pública internacional e reconhecer-lhes a natureza de ameaça para a paz e segurança da humanidade, que é o interesse de proteção característico dos delitos internacionais.

A participação ou tolerância do poder político em seu exercício é o que explica a ausência ou insuficiência de repressão interna e a necessária intervenção do Direito Penal Internacional para garantir sua persecução.

Mesmo não se observando, porém, tais requisitos, o tráfico de pessoas é infração que ameaça interesses de vários Estados, devido à extensão de suas consequências, quando da internacionalização da prática organizada do delito, requerendo a cooperação e soma de todos os esforços dos países interessados em sua luta. Por isso, este é um delito transnacional ou transfronteiriço; está submetido ao princípio de jurisdição internacional, mas não se classifica como crime contra a humanidade, por mais óbvia que seja sua desumanidade.

É de suma importância que não se confunda os institutos *Trafficking* e *Smuggling*, pois implicam em diferentes tipificações e consequências no ordenamento jurídico. Devido ao fato de se constituírem como fenômenos bastante similares, na medida em que em ambos os casos há uma entrada irregular de indivíduos em país estrangeiro, em certas situações se misturam, de modo que possam coexistir.

A Organização das Nações Unidas, nos termos do Protocolo de Palermo², define o tráfico de pessoas como:

o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

As principais fases do tráfico de pessoas (*trafficking of human beings*), que são o recrutamento, o transporte e a exploração, podem ser extraídas desse conceito. No que tange o recrutamento, o consentimento da vítima vem a ser um dos pontos de intenso debate na definição do tráfico de pessoas. É essencial observar que as organizações criminosas se utilizam de determinado grau de “colaboração da vítima” para a implementação das fases do delito, primordialmente para o aliciamento. Todavia, de acordo com a redação do Protocolo

² BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.



de Palermo, é irrelevante o consentimento da vítima, para a configuração do fato como crime de tráfico de pessoas, se tiver sido utilizado quaisquer dos meios acima referidos.

Cumpre enfatizar que a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas³ confere proteção ainda maior à vítima, pois seu consentimento será desconsiderado em qualquer contexto. Não se opondo a vítima ao recrutamento e transporte e concordando com sua exploração, ainda assim se verificará a configuração do tráfico de pessoas. O disposto demonstra respeito à dignidade enquanto direito fundamental, repercutindo uma visão mais humanitária em relação àquela consignada no Protocolo de Palermo.

Figuram como vítimas do tráfico, em primeiro lugar: as pessoas que tenham sido vítima de violência, abuso de autoridade ou ameaças; também as que tenham sido enganadas por organizadores/ traficantes, acreditando que teriam um contrato atrativo de trabalho sem qualquer relação com a indústria do sexo e, por fim, as que conheçam as verdadeiras intenções dos traficantes e aceitaram de antemão sua exploração sexual, pela situação vulnerável em que se encontravam. A pessoa que cai na armadilha do serviço forçado depois de haver migrado, de início voluntariamente, ou de haver aceito um emprego igualmente de sua própria vontade, ainda assim, é considerada vítima do tráfico.

Em relação ao deslocamento da vítima, este poderá se dar dentro ou fora do território nacional, caracterizando o tráfico como interno ou externo. Sobre essa questão, é essencial a que se faça a distinção do contrabando de imigrantes (*smuggling of migrants*). Este se refere ao fomento da entrada ilegal de pessoas em um país do qual não se originam, com o propósito de obter benefício financeiro ou material.

Por fim, a última fase é a exploração da vítima, principal objetivo do tráfico de pessoas. O tráfico de pessoas pode envolver questões ligadas ao contrabando de pessoas para trabalho escravo, exploração sexual ou mesmo a retirada de órgãos. Evidentemente as características de práticas delituosas dessa natureza são extremamente próximas, até porque, em sua maioria, são interdependentes, tendo em vista que um fato pode vir a propiciar outro de natureza e propósito diverso. As distinções são muito sutis.

A Global Alliance Against Trafficking in Women⁴, em pesquisa diante da definição dos Padrões de Direitos Humanos, sobre o Tráfico de Pessoas, fixou os elementos restritos ao crime, a fim de distinguir o tráfico de outros delitos, como a migração sem documento, sendo

³ BRASIL. Decreto n. 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Art. 2º, § 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

⁴ GLOBAL ALLIANCE AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN, GAATW. Human rights standards for the treatment of trafficked persons. Disponível em: <<http://gaatw.org/home-2/publications/902-human-rights-standards-for-the-treatment-of-trafficked-persons>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

tais elementos incluídos no protocolo de Palermo. Desta forma, ao considerar cada elemento característico do crime, pode-se saber em quais casos se trata especificamente de tráfico.

Enquanto o *trafficking* engloba apenas o tráfico de pessoas, o *smuggling* trata do contrabando, que tanto pode ser de pessoas, através da imigração ilegal, como pode ser de armas e/ou drogas, que acabam sendo utilizados para consumir o delito em foco.

Por isso, ao mesmo tempo em que é importante fazer a distinção entre ambos os institutos, compreende-se que são, por diversas vezes, interligados, dificultando que sejam compreendidos de forma clara e separados um do outro. Qualquer proposta de criminalização para os casos de favorecimento de um traslado ilegal ou clandestino implicaria em uma vitimização fictícia, de forma a desconhecer a autonomia e capacidade de decisão daqueles que, voluntariamente, participam de um intento migratório para os países do centro mundial.

Assim, as autoridades, em âmbito mundial, se veem em situação de imensa dificuldade para identificar precisamente quando estão diante de um crime de tráfico de pessoas e, não, de um mero caso de imigração ilegal. Em outras vezes, a vítima é presa por traficar drogas, mas aquela era apenas mais uma de suas atribuições forçosamente atribuídas.

O National Referral Mechanism (NRM)³, programa do governo britânico para identificar e ajudar as vítimas do tráfico de pessoas ou de escravidão moderna no país, diz que as estatísticas que possui se referem às "vítimas potenciais" que chegaram ao programa e ressalta que, além destas similitudes entre os crimes citados, do difícil acesso aos locais de exploração, que mudam em curtos períodos de tempo e de uma aparente situação de normalidade no ingresso da vítima ao país, muitas vítimas preferem não denunciar seus algozes, por medo e vergonha do julgamento de sua comunidade, ao retornar a seu país de origem.

Portanto, é preciso refletir: até que ponto devem ser respeitadas as liberdades individuais e a partir de quando seria válido um maior controle e ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos, de modo a fiscalizar com maior afinco, para prevenir e coibir o tráfico de pessoas?

³ *Estuprada durante o parto: o inferno das mulheres latinas traficadas em Londres*. Disponível em: <<http://gl.globo.com/mundo/noticias/estuprada-durante-o-parto-o-inferno-das-mulheres-latinas-trafficadas-em-londres.ghtml>>. Acesso em: 03 abr. 2017.



2. DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.344/2016: ANÁLISE CRÍTICA DOS ASPECTOS POSITIVOS QUANTO À PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO E À PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS

O Brasil foi signatário dos principais protocolos, convenções e pactos internacionais que versavam sobre direitos humanos e tráfico de pessoas. Iniciou esse processo em 1948, ao assinar o Protocolo de Emenda da Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres⁶, que datava do ano anterior.

É possível afirmar que, dentre aqueles, o predominante seja o Protocolo Complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas - comumente conhecido como Protocolo de Palermo⁷- promulgado no Brasil pelo Decreto 5.017 de 12 de março de 2004, que melhor definiu o crime em comento e serviu de base para a evolução de outras legislações mundo afora.

Com isso, o Código Penal sofreu uma série de alterações importantes em seus dispositivos referentes à repressão ao tráfico, em face da necessidade de amoldamento aos documentos internacionais pelo Brasil ratificados. Dentre elas, a Lei nº 12.015/2009 foi responsável por positivizar, respectivamente, o tráfico internacional e o tráfico interno de pessoas, nos artigos 231 e 231-A, do referido diploma legal.

Entretanto, era contínua a inadequação das leis internas sobre o assunto, uma vez que os dispositivos legais tipificavam apenas um tipo de exploração - a sexual - e não qualquer tipo de exploração humana. A proteção era insuficiente, na medida em que o comércio de pessoas compreende um espectro bem maior; o enfrentamento ao delito demandava que este fosse criminalizado de modo que abrangesse todas as suas espécies.

Assim, é imperioso admitir a relevância da Lei nº 13.344/2016⁸, que, após mais de uma década, reconheceu e positivou o crime de tráfico para os fins de exploração do ser humano; enfim todas as formas de exploração atualmente reconhecidas foram contempladas.

Tal mudança ocorreu com a revogação dos supracitados artigos 231 e 231-A, do Código Penal, e com a consequente migração de seu conteúdo para tipo penal novo,

⁶ IESJUS, Domínio Evangelista de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças. Brasil: aspectos regionais e nacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 07 out.2017.

materializado no artigo 149-A, do mesmo diploma. Observa-se que ocorreu a chamada continuidade normativo-típica, pois o fato permanece punível e a intenção do legislador foi de manter o seu caráter criminoso. Não ocorreu abolitio criminis, nem a criação de um novo tipo; houve apenas um deslocamento de conteúdo para outro tipo penal.

O artigo 13 da Lei nº 13.344/2016 alterou o Código Penal, e assim passou a ser classificado o crime de tráfico de pessoas:

agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. § 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Qualquer pessoa poderá praticar o crime em estudo, seja como funcionário do comércio de pessoas, seja como consumidor do “produto” humano traficado. Homem, mulher, criança ou adolescente, podem figurar como vítimas. Pesquisa elaborada pelo escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime⁹ (UNODC) concluiu que as mulheres são vítimas, em sua maioria, para o tráfico com fim de exploração sexual, ao passo que os homens são os mais impactados, quando se trata do tráfico para trabalho escravo.

Com essa nova redação, um único tipo penal trata do delito a nível nacional e internacional. Outra mudança que se observa, quando da comparação com os artigos 231 e 231-A, é que a pena privativa de liberdade cominada para o delito aumentou, além de a pena de multa ter passado a ser necessariamente cumulativa, independentemente do fim almejado pelo agente. Nos artigos anteriores, estabelecia o parágrafo 3º que apenas aplicava-se a multa se o crime fosse cometido com o fim de obter vantagem econômica.

A depender de condições especiais dos envolvidos, descritas no parágrafo 1º do artigo 149-A, a pena poderá ser majorada de um terço até a metade.

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Esfuramento ao tráfico de pessoas. Relatório Nacional 2005-2011*, p. 19. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf>. Acesso em: 07 out 2017.



Portanto, é possível constatar que esta lei nova aqui em debate é mais severa e desvantajosa para os que cometerem o crime a partir de sua vigência. Diante desse agravamento, será irretroativa, ainda na parte que prevê minuciente para o réu - o parágrafo 2º prevê a redução obrigatória de um a dois terços da pena se o agente for primário e não integrar organização criminosa -, uma vez que a Súmula 501, do STJ proíbe a combinação de leis penais.

A respeito da vigência, o artigo 17 da mesma lei estabelece que ela entrará em vigor decorridos 45 dias da sua publicação, que se deu em 07 de outubro de 2016; o cálculo far-se-á incluindo o dia da publicação e o último dia do prazo. À vista disso, o período de *vacatio legis* findou em 21 de novembro daquele mesmo ano, e desde então a lei está vigente.

Na medida em que a Lei 13.344/2016 configura *novatio legis in pejus*, é vedada a sua retroação para alcançar atos perpetrados antes de sua entrada em vigor, de forma a não violar os princípios da legalidade¹⁰, e da anterioridade da lei penal¹¹.

Os revogados artigos 231 e 231-A encontravam-se no Título VI do Código, que dispõe sobre os crimes contra a dignidade sexual; o tipo penal agora está inserido no Título I do Código, que tutela os crimes contra a pessoa, mais especificamente no Capítulo IV: dos crimes contra a liberdade individual. Fica claro que o que se pretende combater é a agressão à liberdade do ser, em seu mais amplo significado, uma vez que tal agressão significa violar a autodeterminação e o livre arbítrio do indivíduo, institutos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Lei nº 13.344 traz, em seu artigo 2º, inciso I, seus princípios norteadores e, dentre eles, o respeito à mencionada dignidade da pessoa humana, que poderia ser resumida como a prerrogativa do homem de viver em liberdade, segundo suas razões, opção e convicções pessoais. É um direito inerente à própria existência humana, a todos estendido e irrenunciável. Tal princípio é notoriamente violado pelo crime de tráfico de pessoas, o que acaba por violar, também, os direitos humanos como um todo.

O inciso IV deste mesmo artigo muito acertadamente determina que não haverá discriminação por motivo de situação profissional da vítima, o que significa dar proteção para

¹⁰ Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

¹¹ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848/compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.



aqueles que exerciam a prostituição. Conforme observa Daniel de Resende Salgado¹², deve ser examinado, no caso concreto, se de fato houve liberdade de escolha, verificando se a manifestação de vontade para ingresso na prostituição foi racional e genuinamente livre ou se o indivíduo realizou tão somente uma escolha pela sobrevivência. A vulnerabilidade, segundo Alessandra Greco e João Daniel Rassi¹³, pode ser social, econômica ou psicológica e, nesses casos, o consentimento da vítima, uma vez que consequência de situação de precariedade, será desconsiderado.

Essa questão é essencial, uma vez que uma das inovações da lei foi a de, seguindo o entendimento do Protocolo de Palermo, permitir que o consentimento válido da pessoa exclua a tipicidade da conduta. Antes da lei, o emprego de violência ou fraude servia como majorante de pena, ou seja, o consentimento era irrelevante. Com o advento da lei, essas condutas migraram para o caput do tipo penal, que é de conduta mista e possui oito núcleos, de modo que a violência, fraude ou coação passaram a ser os meios pelos quais se comete o crime.

Nestas condições, não há consentimento ou este não poderá ser considerado válido; por conseguinte, sem o uso dos meios violentos ou fraudulentos não há crime, devido à validade do consentimento legítimo. Cumpre ressaltar que o consentimento do vulnerável jamais será tido como válido.

É preciso destacar que o Brasil adota, a respeito do tratamento conferido pelo Estado à prostituição, o sistema chamado de abolicionista: o exercício em si não é punido; o ato de prostituir-se não é considerado crime. A incidência da lei penal recai para aqueles que se aproveitam da prostituição alheia, com ela obtendo algum tipo de vantagem, sendo na maior parte das vezes de cunho econômico.

Como dito, o tipo penal é plurinuclear. Por este motivo, basta que se realize uma das condutas previstas para que o crime esteja consumado, independentemente do efetivo exercício da finalidade exploratória que mova o agente. Devido à pluralidade de condutas, a tentativa, enfim, passou a ser admitida.

Assim, se o indivíduo, por exemplo, comprar de outrem uma pessoa com o fim de ilegalmente adotá-la, ainda que não consiga concretizar a adoção, o crime de tráfico já estará caracterizado, para ambos os agentes – o que vendeu e o que comprou. Se, por outro lado,

¹² BRASIL. Ministério da Justiça. Tráfico internacional de seres humanos, prostituição e vulnerabilidade: análise conceitual e empírica, in *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os Direitos Humanos*. 2013, p. 301. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/assuntos/cartilha_trafico_de_pessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

¹³ *Ibid.*, p. 302.



nem o ato da compra tivesse sido concluído, apesar das diligências dos agentes, haveria então a figura da tentativa.

Conforme exposto anteriormente, não se exige que se alcance a finalidade pretendida ao traficar o ser humano. Deve haver, porém, o especial fim de agir para que, cumulativa ou alternadamente, haja a exploração sexual do indivíduo; sua remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo; submissão a trabalho em condições análogas à de escravo ou a qualquer tipo de servidão ou para que ele seja ilegalmente adotado.

O tipo penal traz diversas finalidades específicas que podem constituir, caso alcançadas, figuras penais autônomas. Neste caso não haverá absorção de uma figura penal por outra, mas sim concurso material. Tal ocorreria se, no exemplo acima, o indivíduo comprasse a vítima para ilegalmente adotá-la, com o intuito de, estando ela sob sua autoridade, submetê-la à exploração sexual. Teriam sido praticados dois crimes de tráfico de pessoas, pelos quais seria processado e julgado o indivíduo, somando-se, ao fim, suas penas¹⁴.

Além disso, o crime não requer habitualidade: basta que ocorra uma única vez, que apenas uma única vítima seja submetida à ação do agente, para que este reste evidenciado.

O artigo 12 da lei em comento alterou também o Código Penal em seu artigo 83, inciso V, que traz o requisito de cumprimento de mais de dois terços da pena, como possibilidade de concessão do livramento condicional. Ao inciso foi acrescentada a figura do tráfico de seres humanos, aplicando-lhe a mesma condição temporal exigida para os crimes hediondos, sem, contudo, equipará-lo a tal grupo de delitos e sem que a Lei nº 8.072/90 seja ao tráfico de pessoas aplicada.

Por fim, a lei foi muito feliz ao decretar a proteção integral às vítimas diretas e indiretas – familiares e pessoas do convívio próximo –, garantindo-lhes assistência jurídica e social; tratamento de saúde física e psicológica, independentemente de sua nacionalidade, concedendo-se visto permanente para vítima estrangeira, e de colaboração com as investigações ou processos. Além disso, garante-se o abrigo, a proteção policial e jurídica, devendo-se preservar o sigilo dos procedimentos administrativos e judiciais.

Esses dispositivos legais demonstram a intenção do legislador em criar um instrumento verdadeiramente eficiente de efetivação dos “quatro P” previstos no Protocolo de Palermo: a prevenção, persecução, proteção e parceria entre Estado e sociedade civil, para que, agindo todos conjuntamente, a luta contra este crime consiga, enfim, evoluir.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 12. Art. 69.



3. DAS LACUNAS DA LEI NOVA E OS EMPECILHOS FÁTICOS AO COMBATE DO TIPO PENAL: OS ASPECTOS QUE CARECEM DE REPARO

A nova lei neste artigo analisada prevê uma legislação mais rígida, além de diretrizes e promoção de políticas públicas que nortearão o combate ao tráfico de pessoas nos âmbitos da prevenção e repressão do delito.

Entretanto, como toda legislação recente, percebe-se que há lacunas e equívocos que poderão dificultar o enfrentamento ao crime e, por este motivo, deve ser feita uma análise crítica dos mesmos.

De início, destaca-se o grave erro do legislador quanto ao tráfico transnacional de pessoas, delito que era tipo penal autônomo no revogado artigo 231 do Código Penal e agora é mero inciso do novo artigo 149-A.

Antes da lei nova, o direito penal pátrio punia a conduta que promovesse ou facilitasse tanto a entrada quanto a saída do território brasileiro da vítima traficada. Com a redação do artigo 149-A, é tipificada como tráfico, na forma majorada do inciso IV, apenas a conduta que retira a vítima do território brasileiro.

Frente a esta lacuna, surge o questionamento de como seria enquadrada a situação daquele que introduz a vítima no nosso país, na condição de produto do tráfico.

Certo é que a conduta não pode ser tida por atípica, pois se amolda ao disposto no caput do artigo em questão; de igual maneira não poderá a ela ser empregada a causa de aumento do inciso IV, pois violaria o princípio da legalidade¹⁵. Contudo, seria desproporcional punir de forma mais grave a entrada da vítima no país, e não o fazer de forma paritária em relação à saída.

Além disso, esse aspecto é importante também para definir a competência para processar e julgar o traficante, uma vez que, via de regra, a competência é da justiça estadual, mas será da justiça federal quando o delito for transnacional.

Outra lacuna ocorre quando o legislador dispõe, no artigo 1º da Lei nº 13.344/2016, que disporá sobre o tráfico de pessoas praticado no território brasileiro contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira. Dessa forma, primeiramente excluir-se-ia o apátrida de proteção legal. Em segundo lugar, condicionaria a extraterritorialidade da lei¹⁶ nacional às situações em que a vítima fosse brasileira.

¹⁵ BRASIL, *op. cit.* nota 11. Art. 5º, inciso II.

¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 12. Art. 7º.



Esta falha é corrigida pelo disposto no Protocolo de Palermo e devidamente ratificado pelo Brasil, que obriga os países signatários a reprimir o tráfico de seres humanos, não podendo se fazer diferença quanto a onde e contra quem tenha sido cometido, desde que o criminoso tenha sido capturado em solo brasileiro. Logo, satisfeita essa condição, aplicar-se-á a lei penal nacional.

Há ainda outro aspecto que não foi abordado: a nova lei silencia quanto à possibilidade de indenização das vítimas. Em contrapartida, o Protocolo de Palermo¹⁷ dispõe que os Estados signatários assegurarão que seus sistemas jurídicos prevejam medidas que ofereçam às vítimas de tráfico a possibilidade de indenização pelos danos sofridos.

O parágrafo único do artigo 1º da nova lei determina que o enfrentamento ao tráfico de pessoas compreende a organização e manutenção de políticas públicas de prevenção, repressão e atenção às vítimas do tráfico de seres humanos.

Ainda, mostra-se de extrema importância o inciso V, inserido no artigo 5º da Lei nº 13.344/2016, ao prever que haja prevenção à revitimização no atendimento e procedimentos investigatórios e judiciais. Quando ocorre o fenômeno da revitimização, a vítima suporta, além dos inúmeros danos já sofridos pelo tráfico, um novo sofrimento, decorrente do atendimento feito pelas autoridades responsáveis e demais funcionários no processo investigatório e judicial. Este dispositivo visa a coibir essa prática e, para tanto, deve haver um treinamento específico para o trato das vítimas de tráfico.

A vítima não pode ser tratada como criminosa, não deve ser vista com desconfiança; não podem ser encarcerada ou mesmo deportada. Deve receber atendimento e tratamento condizentes com a dignidade da pessoa humana.

O inciso VI, em consonância com seu anterior, prevê o atendimento humanizado, voltado a acolher e, não, acusar. Para tanto, todos os envolvidos no processo devem receber treinamento especial, além de se mostrar necessário o auxílio de equipe multidisciplinar, composto de psicólogos, médicos, assistentes sociais.

Segundo o doutrinador Rogério Sanches Cunha¹⁸, “uma das causas que se identifica como maior responsável pela falência do combate à criminalidade em nosso País é, exatamente, a falta de integração entre os diversos órgãos componentes do aparelho estatal”. Prossegue afirmando que um conjunto articulado de ações entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes não governamentais, além da comunicação e cooperação

¹⁷ BRASIL, *op. cit.* nota 2. Art. 6, 6.

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO Rosalinda Batista. *Tráfico de Pessoas: Lei nº 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

internacional, efetivaria as obrigações assumidas pelo Brasil quando da ratificação do Protocolo.

É imprescindível que o Brasil implemente um banco de dados nacional unificado, contendo informações relativas a vítimas e criminosos, uma vez que os sistemas atuais são desarmônicos e não centralizados, o que dificulta uma visão geral da situação.

Entretanto, essas são formas de repressão ao delito. Mais importantes ainda são as formas de prevenção e erradicação do crime, para que não surjam exponencialmente novas vítimas.

As informações referentes ao crime devem ser amplamente difundidas, de modo a atingir primordialmente os grupos vulneráveis, a fim de conscientizá-los para que não se deixem enganar, nem se permitam ser utilizados como mercadorias.

Segundo a jornalista Tatiana Félix¹⁹ “a grande mídia não faz abordagem frequente a essa problemática mundial. Raramente vemos reportagens informativas ou sobre eventos, programas e práticas de enfrentamento e prevenção ao tráfico humano”.

Uma vez que algumas das principais causas do tráfico de pessoas são a pobreza e as desigualdades sociais, a falta de perspectivas e a carência de empregos, uma forma de mitigar a incidência deste tipo penal seria a inclusão de mais trabalhadores no mercado de trabalho, com a finalidade de restituir direitos e estimular compromissos sociais que desencorajem a exploração da força de trabalho, ao modificar as circunstâncias que sujeitem as pessoas a se tornarem vítimas do delito. Somente dessa forma pode-se vislumbrar uma diminuição no número de ocorrências criminosas.

CONCLUSÃO

O tráfico de seres humanos é um tema constante na comunidade internacional. Atividade extremamente lucrativa, movimenta anualmente, segundo a ONU, 32 bilhões de dólares em todo o mundo. Tamanho poderio dos criminosos faz com que as vítimas sintam-se amedrontadas em denunciá-los, pois temem sofrer algum tipo de represália; na maior parte das vezes as ameaças dirigem-se às suas famílias.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Tráfico de pessoas: da informação ao aprendizado*. 2013, p. 209. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/monex/cartilha_trafico-de-pessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.



A ideia atualmente difundida, ligada aos direitos humanos, de que toda pessoa é sujeito de direitos fundamentais, esses inalienáveis e indivisíveis, independentemente de sexo, cor, religião ou cultura choca-se com a realidade de imensas desigualdades sociais e econômicas existentes no cenário global, o que, de certa maneira, propicia o desenvolvimento de toda e qualquer forma de exploração de seres humanos.

Este fenômeno, no âmbito nacional, em especial, reflete a imensa fragilidade vivida pelo sistema estatal juntamente com a sociedade em reprimir tal prática. Destarte, a sociedade e o Estado possuem papel fundamental na repressão ao crime, pois a ação desentrosada não gerará resultados na luta contra o fenômeno.

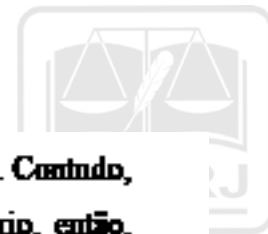
Inúmeros são os desafios para o efetivo combate ao delito, tornando assim, essencial a existência de planos concretos, exequíveis, aplicados de forma permanente e contínua que permitam a redução do número de vítimas. Por mais que a simples assinatura de tratados e a promulgação de leis não bastem para o enfrentamento ao tráfico de pessoas, os tratados internacionais viabilizam a observância aos três eixos de atuação: prevenção, repressão e atendimento às vítimas.

O principal instrumento internacional elaborado para o combate ao delito é o Protocolo de Palermo, uma vez que impõe deveres aos Estados Partes e define conceitos universais. Pressupõe que os elementos responsáveis pelas causas de vulnerabilidade das vítimas sejam extintos, por meio do combate à pobreza, à desigualdade de oportunidades e ao subdesenvolvimento. Adicionalmente, elenca medidas legislativas, educacionais e sociais, cujo propósito é desestimular a prática do tráfico de pessoas.

No Brasil, em cumprimento às obrigações assumidas pela ratificação do Protocolo, foi editada a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, com a participação de órgãos governamentais e membros e instituições da sociedade civil. Esta Política estabelece uma compilação de princípios e medidas de prevenção, repressão e punição dos criminosos, prestando ainda atenção às vítimas do delito e delineando soluções necessárias e passíveis de implementação, nas mais diversas áreas.

Embora importantes medidas para o combate ao tráfico tenham sido tomadas, mediante aprovação de leis e planos, o sistema de investigação e persecução penal não demonstrou grande eficácia.

A Lei nº 13.344 é essencial e passa a ser o principal instrumento nacional, ao tipificar o crime de forma mais severa, ao prever minuciosamente como atingir a cooperação em âmbito nacional e internacional e, principalmente, ao estabelecer a proteção integral e incondicional às vítimas, que devem ser o verdadeiro centro da legislação.



É possível afirmar que o poder legislativo cumpriu a função que lhe cabia. Contudo, leis no papel, não redirecionadas, não representam poder algum. Faz-se necessário, então, harmonizar as ações dos poderes executivo e judiciário, bem como que haja persistência dos agentes públicos, além da compreensão e acolhimento das vítimas pela sociedade civil, para que se possa começar a vislumbrar um futuro de esperança para as suplicantes vítimas deste crime cruel.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. *Decreto n. 5.017*, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. *Decreto n. 5.948*, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - FNETP. Art. 2º, § 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. *Lei n.º 13.344*, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Enfrentamento ao tráfico de pessoas*. Relatório Nacional, 2005-2011. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anejos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. *Tráfico de pessoas: da informação ao aprendizado*, 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anejos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.



_____. Tráfico internacional de seres humanos, prostituição e vulnerabilidade: análise conceitual e empírica, in *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os Direitos Humanos*, 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/publicacoes/anosos/cantilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Tráfico de Pessoas: Lei nº 13.344/2016 comentada por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Estuprada durante o parto: *o inferno das mulheres latinas traficadas em Londres*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/estuprada-durante-o-parto-o-inferno-das-mulheres-latinas-trafficadas-em-londres.html>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Os tratados internacionais podem definir delitos e penas? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1559, 08 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigo/10506/os-tratados-internacionais-podem-definir-delitos-e-penas>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças*, Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.



A EXCEPCIONAL RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Caroline Almeida Gellert

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – um dos princípios basilares do Direito Processual Penal é o do *nemo tenetur se detegere*, que se divide no direito ao silêncio e à não autoincriminação. Esses direitos são garantidos não apenas pelo ordenamento jurídico nacional, em âmbito constitucional e infraconstitucional, mas também pelo direito internacional, em diversos Tratados e Convenções. Apesar do entendimento praticamente unânime da doutrina nacional ser quanto ao caráter absoluto do referido princípio, no direito internacional admite-se a utilização do silêncio contra o réu quando as evidências clamam por uma explicação por parte deste e ele não as dá. Diante da experiência estrangeira, questiona-se se a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* seria possível no ordenamento jurídico Brasileiro. Assim, a essência do trabalho é analisar o conteúdo desse princípio, bem como a sua aplicação em âmbito internacional e nacional, sustentando-se a impossibilidade da referida relativização.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Princípios do Direito Processual Penal.

Sumário – Introdução. 1. O direito ao silêncio e a garantia da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro: seria o sistema hipergarantista? 2. A experiência estrangeira com a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*. 3. A possibilidade de relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se insere na área do Direito Penal e Direito Processual Penal e visa a discutir a respeito da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, isso é, do direito ao silêncio e da garantia da não autoincriminação, e se esta seria possível no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* encontra-se protegido não apenas pela Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) mas também pelo Código de Processo Penal (CPP) e pelo Dec. nº 678/92, que internalizou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O referido princípio, que se desdobra no direito ao silêncio do réu e na garantia da não autoincriminação, adverte que do exercício do silêncio do réu não pode surgir nenhum prejuízo para este.



No Brasil, o entendimento de que tal princípio é absoluto é praticamente unânime. No entanto, no direito comparado já é possível observar, em situações excepcionais, a utilização do silêncio do réu contra ele. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos e devem ser ponderados, já entendeu ser possível a utilização do silêncio contra o réu quando as evidências clamam por uma explicação por parte deste e ele não as dá.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos é conhecido por ser um tribunal de garantias, mas, ainda assim, tem admitido a relativização do princípio do *nono testar se detegere* em situações excepcionais. Desta forma, pode-se argumentar que o ordenamento jurídico pátrio é hipergarantista, uma vez que coloca como garantia fundamental e absoluta o direito do réu ao silêncio e a garantia da não autoincriminação.

Observa-se, no entanto, que o hipergarantismo do ordenamento jurídico brasileiro é voltado totalmente para o réu, e não para a sociedade, protegendo de forma exagerada o primeiro. Desta forma, mostra-se relevante, jurídica e socialmente, uma análise do tema à luz da experiência internacional, bem como a possibilidade de aplicação da relativização do princípio do *nono testar se detegere* no Brasil.

Inicia-se o primeiro capítulo ponderando-se se o ordenamento jurídico brasileiro é hipergarantista e se o fato deste hipergarantismo proteger o réu de uma forma exacerbada é prejudicial à sociedade.

O segundo capítulo destina-se a análise da experiência estrangeira quanto à relativização do princípio do *nono testar se detegere*. Neste, será feito um breve estudo do caso julgado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, qual seja o caso *John Murray v. The United Kingdom*.

O terceiro capítulo, por sua vez, será dedicado a refletir e apontar diretrizes quanto à possibilidade de aplicação da experiência internacional de relativização do princípio do *nono testar se detegere* ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, aponta-se que a pesquisa terá uma abordagem qualitativa, analisando-se a legislação, a doutrina nacional e a experiência do direito comparado, para sustentar os argumentos que se coadunam com a tese do pesquisador.



1. O DIREITO AO SILÊNCIO E A GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: SERIA O SISTEMA HIPERGARANTISTA?

O ordenamento jurídico pátrio trata expressamente do princípio do *nemo tenetur se detegere* em três diplomas legislativos: no art. 5º, LXIII da CRFB/88¹, no art. 186 do CPP² e no art. 8º, item 2, alínea “g” do Dec. nº 678/92³ (CADH). Esses dispositivos proclamam expressamente o direito ao silêncio do réu, que deve ser observado tanto na fase de investigação do delito quanto no momento do interrogatório do acusado.

O art. 5º, LXIII da CRFB/88⁴ atribui ao silêncio e à vedação à autoincriminação o status de direito e garantia fundamentais, visando, em última instância, proteger a esfera de liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, conforme leciona Maria Elizabeth Queijo⁵, o princípio ora analisado “objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal” e “repercute na própria legitimação da jurisdição”. Dessa forma, o direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação constituem não apenas uma garantia do acusado, mas freios ao poder punitivo do Estado.

O art. 186, *caput* e parágrafo único do CPP⁶, por sua vez, dá tratamento infraconstitucional ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, mais especificamente no interrogatório do acusado, momento no qual o referido princípio tem maior manifestação. Assim, enquanto o *caput* do art. 186 prevê o direito ao silêncio, seu parágrafo único determina que este não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Dessa forma, o dispositivo em análise, ao impedir que o silêncio do réu acarrete em algum ônus para a sua defesa, dá proteção e efetividade à previsão constitucional do art. 5º, LXIII, que, caso contrário, encontrar-se-ia esvaziada.

Por fim, o Dec. nº 678/92⁷ internaliza a previsão internacional quanto à vedação à autoincriminação e o direito ao silêncio da CADH, completando a legislação vigente a respeito do tema.

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

² *Idem*. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lecretoslei/De13629.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

³ *Idem*. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lecretos/40678.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁴ *Idem*, *op. cit.*, nota 1.

⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

⁷ *Idem*, *op. cit.*, nota 3.



Feitas estas breves considerações a respeito das normas vigentes, ressalta-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere* encontra-se indiretamente protegido por diversos outros princípios constitucionais, também considerados direitos fundamentais dos indivíduos. Entre eles pode-se citar os princípios do devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência.

O devido processo legal é princípio, previsto pelo art. 5, LIV da CRFB/88⁸, que visa assegurar a observância do processo adequado e necessário para o exercício da jurisdição. Neste sentido, diversas garantias processuais, como o contraditório, a ampla defesa e o *nemo tenetur se detegere*, devem ser observadas. Essa última se configura, também, como um desdobramento da garantia da ampla defesa, inserindo-se em seu aspecto de autodefesa, que permite ao acusado valer-se de todos os meios e recursos que têm disponíveis para se defender da acusação e garantir o seu direito de liberdade. Entre esses meios, encontra-se a possibilidade de ficar calado.

A respeito do direito ao silêncio sob a ótica do princípio da ampla defesa, Maria Elizabeth Queijo⁹ ressalta que “somente com o reconhecimento do direito ao silêncio é que se valorizou, no ordenamento nacional, a autodeterminação e a liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal, especificamente no momento do interrogatório”. Assim, observa-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, não apenas garante a observância do devido processo legal e da ampla defesa, mas também confere ao acusado maior dignidade e a possibilidade optar se deseja ou não influir diretamente no processo, legitimando-se o exercício da jurisdição.

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, pode ser observado em três dimensões: (i) de tratamento; (ii) de garantia; e (iii) probatória. Na primeira, exige a isonomia entre cidadão processado e não processado, devendo o primeiro ser tratado como inocente enquanto não provada a sua culpabilidade. Na segunda, a inocência funciona como obstáculo à opressão pública ou privada. Por fim, na dimensão probatória, indica que o ônus da prova no processo penal é exclusivo da acusação.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* se encontra inserido nas primeira e terceira dimensões, na medida em que o cidadão processado não pode ter o seu silêncio interpretado negativamente com fins de condenação – pois o mesmo não ocorreria com o cidadão não processado –, e que este silêncio não pode ser utilizado como prova de sua culpabilidade, pois esta incumbe somente à acusação. Corrobora tal entendimento a lição de Antônio Magalhães

⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁹ QUEIJO, *op. cit.*, p. 75.

Gomes Filho¹⁰, segundo a qual “em obediência ao mencionado princípio [da presunção de inocência], o processo penal deve objetivar a verificação dos fatos imputados ao acusado e não às eventuais escusas que este ofereceu”.

Assim, depreende-se que o ordenamento brasileiro não pode ser considerado hipergarantista ao dar força quase absoluta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois este se configura como um princípio-garantia que integra diversas outras garantias constitucionais fundamentais. Essas, culminam por proteger a dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Neste sentido, não se pode dizer que essa proteção do réu é exacerbada e prejudicial à sociedade, que necessita de garantias mínimas em face do Estado-Juiz na persecução penal.

Concluindo-se que o sistema de proteção ao silêncio e à não autoincriminação brasileiro se mostra adequado à proteção do réu e da sociedade, sem que se possa falar em um hipergarantismo exacerbado, impende, agora, a análise de como se deu a experiência estrangeira com a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

2. A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COM A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Conforme exposto anteriormente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem admitido, em situações excepcionais, a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*. O caso mais emblemático foi *John Murray v. The United Kingdom*¹¹, julgado pela Grande Câmara do Tribunal em 08 de fevereiro de 1996, cuja a análise se passa a fazer.

No precedente apontado, John Murray e outras sete pessoas foram presos pela polícia em uma casa, com fundamento na Lei de Prevenção de Terrorismo de 1989, sendo acusado de ter praticado conspiração para homicídio e cárcere privado e de pertencer ao grupo terrorista Provisional Irish Republican Army (IRA). No momento da prisão, ele foi advertido sobre o seu direito de permanecer em silêncio, bem como o de mencionar qualquer fato que pudesse favorecer a sua defesa e que, caso deixa-se de fazê-lo, tal omissão poderia ser utilizada para fundamentar outras evidências relevantes perante a corte¹².

¹⁰ GOMES FILHO *opod. Ibid.*, p. 77.

¹¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, caso *John Murray v. The United Kingdom*, julgado pela Grande Câmara em 08/02/1996, Apelação nº 18371/91. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECCHR&id=001-2577&filename=MURRAY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf&logEvent=False>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹² *Ibid.*



Após a prisão foram realizadas diversas outras entrevistas com o réu, perfazendo um total de 21 horas e 39 minutos de interrogatório em dois dias. Nas oportunidades, as autoridades pediram ao acusado para esclarecer, entre outros pontos, a respeito da sua presença na casa em que foi preso. Ressalta-se que em todas as entrevistas o acusado foi advertido de que da sua recusa em responder às questões poderiam ser extraídas inferências pela corte. Porém, mesmo sabendo que seu silêncio poderia influenciar negativamente, o réu optou por afirmar que não tinha nada a dizer.

No julgamento, o acusado também se recusou a responder as perguntas que lhe eram feitas e a fornecer provas ao juiz singular, tendo sido condenado a oito anos de prisão pelo crime de cárcere privado e absolvido das demais acusações. Na sua fundamentação o magistrado alegou que as demais provas constantes nos autos indicariam a culpabilidade do acusado e que a recusa em fornecer explicação alternativa que pudesse favorecê-lo corroboraria a prova dos autos.

John Murray apelou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirmando, entre outros argumentos não relevantes para o presente trabalho, que a fundamentação da decisão condenatória violou o seu direito ao silêncio e à não autoincriminação previstos no art. 6º, item 2 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH)¹³. Alegou que a violação do princípio do *non tenetur se detegere* teria ocorrido em razão do juízo singular ter determinado e fundamentado a condenação com base no seu silêncio durante o interrogatório em âmbito policial e judicial. O apelante¹⁴ arguiu, também, que o juiz teria invertido o ônus da prova, que caberia à acusação, violando o princípio da presunção de inocência.

O Tribunal Europeu, ao analisar a questão entendeu que, embora o direito ao silêncio e a não autoincriminação, integrantes do princípio do *non tenetur se detegere*, sejam reconhecidos internacionalmente, no caso em tela não haveria violação do direito ao silêncio do acusado.

Vejam-se trechos relevantes do pronunciamento da Corte¹⁵:

45. Embora não seja especificamente mencionado no artigo 6 (artigo 6º) da Convenção, não há dúvida de que o direito de permanecer em silêncio sob o questionamento da polícia e o privilégio de autoincriminação são geralmente reconhecidos padrões internacionais que são o cerne de a noção de procedimento justo nos termos do artigo 6 (artigo 6º) (ver o acórdão *Parke*, já referida, loc. cit.). Ao fornecer ao acusado proteção contra a compulsão imprópria pelas autoridades,

¹³ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. "Art. 6. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada." Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.

¹⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., parágrafo 41, livre tradução do inglês.

¹⁵ *Ibid.*



esses imunidades contribuam para evitar abortos espontâneos e para garantir os objetivos do artigo 6 (artigo 6^o). (...)

47. Por um lado, é evidente que é incompatível com as imunidades em causa basear uma condenação exclusiva ou principalmente no silêncio do acusado ou na recusa de responder a perguntas ou de purras. Por outro lado, o Tribunal considera igualmente óbvio que essas imunidades não podem nem devem impedir que o silêncio do acusado, em situações que exigem claramente uma explicação dele, seja levado em consideração para avaliar a persuasão das provas aduzidas pela acusação. Onde quer que a linha entre esses dois extremos seja desenhada, segue-se a partir dessa compreensão de "o direito ao silêncio" que a questão de saber se o direito é absoluto deve ser respondida negativamente.

Não se pode dizer, portanto, que a decisão de um acusado de permanecer em silêncio durante os processos criminais não deve, necessariamente, ter implicações quando o tribunal de julgamento pretende avaliar as provas contra ele. (...)

Se o desenho de inferências adversas do silêncio de um acusado viola o artigo 6 (artigo 6^o) é uma questão a ser determinada à luz de todas as circunstâncias do caso, tendo especialmente em conta as situações em que podem ser deduzidas, a peso em mesmo a eles pelos tribunais nacionais na avaliação das provas e no grau de compulsão inerente à situação. (...)

51. (...) A questão em cada caso particular é se a evidência apresentada pela acusação é suficientemente forte para exigir uma resposta. O órgão jurisdicional de recurso não pode concluir que o acusado é culpado apenas porque ele escolhe manter silêncio. É somente se a evidência contra o acusado "chama" uma explicação de que o acusado deve estar em condições de dar uma falta em dar qualquer explicação", pode, como uma questão de bom senso, permitir o desenho de uma inferência de que existe nenhuma explicação e que o acusado é culpado". Por outro lado, se o caso apresentado pela promotoria tivesse tão pouco valor probatório que não pedis resposta, a falta de fornecer um não poderia justificar uma inferência de culpa (ibid.). [...]

Ad analisar tal julgado, a corrente doutrinária¹⁶ que entende ser possível a relativização do princípio do *non tenetur se detegere*, aponta que o entendimento do Tribunal Europeu é no sentido de que o referido princípio não salvaguarda direito absoluto e não pode ser aplicado para impedir que o silêncio do réu seja utilizado contra ele quando as evidências clamam por uma explicação e esse não as dá. Neste sentido, Deltan Dallagnol¹⁷ aponta que a valoração da ausência de uma explicação permitida pelo Tribunal Europeu na hipótese do caso *John Murray v. The United Kingdom* é similar à valoração que se faz de uma explicação inverossímil ou falta.

No mesmo sentido de Deltan Dallagnol entende Mendonça¹⁸, que aponta decisões internacionais similares à ora analisada para sustentar que a falta de explicação do réu acrescida da existência de outras provas indiciárias pode estar em uma sentença condenatória. O autor¹⁹ entende que, quando há provas que indicam a culpabilidade do réu,

¹⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinuzzi. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 301.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ MENDONÇA, apud DALLAGNOL, *op. cit.*, p. 304.

¹⁹ *Ibid.*



esse deve apresentar contradições e que o seu silêncio deve ser entendido como falha em se desincumbir de tal ônus.

Há que se discordar da interpretação realizada pelos referidos autores. Embora o caso ora analisado seja utilizado como paradigma na defesa da relativização do direito ao silêncio e à não autoincriminação, da análise dos argumentos da Corte, não parece que a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* foi utilizada para condenar o réu com base na ausência de uma explicação.

No trecho acima colacionado o Tribunal Europeu apontou expressamente que se os elementos trazidos pela acusação possuem ínfimo valor probatório, não é possível que o silêncio do réu seja utilizado para considerá-lo culpado. Logo, o que o entendimento trazido pela decisão parece dizer é que quando as evidências trazidas aos autos indicam que o réu seria culpado e este não tem nada a dizer, deve ele ser condenado, não em razão do seu silêncio, mas sim porque as demais evidências apresentadas pela defesa manifestam-se neste sentido.

Posto isto, infere-se que, apesar de em um primeiro momento a jurisprudência internacional parecer indicar o caminho da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma análise da decisão mostra que não se trata da relativização do princípio para utilizar o silêncio do réu como fundamento para a sua condenação, já que esta ocorreu em razão de outros indícios. Assim, não há que se cogitar uma relativização do direito ao silêncio e à não autoincriminação quando a condenação não decorre da ausência de explicação pelo réu.

3. A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Analisados os contornos que o princípio do *nemo tenetur se detegere* toma no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a experiência estrangeira utilizada como paradigma na relativização do direito ao silêncio e à não autoincriminação, o presente capítulo destina-se a refletir e apontar diretrizes quanto à possibilidade de aplicação da referida relativização no ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo anterior finalizou-se com a conclusão de que, embora o caso *John Murray v. The United Kingdom* seja utilizado como paradigma da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* no direito estrangeiro, da análise de seus argumentos sob uma outra perspectiva é possível inferir que inexistiu propriamente a referida relativização. Diante desta



conclusão, perde força o argumento quanto a utilização da “força probatória da ausência de explicação alternativa do réu”²⁰ como forma de relativizar o princípio ora analisado.

Minoritariamente, Deltan Dallagnol²¹, ao tratar da “força probatória da ausência de explicação alternativa do réu”, sustenta que a valoração da ausência de uma explicação alternativa não viola o direito ao silêncio, por não estar abrangida por essa. Sustenta o autor²² que entram em conflito dois pontos de vistas, quais sejam, o axiológico, que com base em diversos valores do ordenamento jurídico coloca em jogo que a utilização do o silêncio com finalidade probatória, e o lógico e epistemológico, que aponta que o silêncio do réu aumenta a probabilidade dele ter cometido o crime. Diante disso, aponta²³ que surge a necessidade de ponderar direitos fundamentais, em suas palavras “o direito do silêncio deve ser ponderado em conjunto com a verdade e a justiça”. Conclui²⁴ que a análise da questão só é correta quando realizada sob o ponto de vista axiológico, pois entender de forma contrária permitiria “a valoração do silêncio do réu em seu desfavor em toda e qualquer situação”.

Observa-se, portanto, que o ilustre autor não defende a utilização da ausência de explicação alternativa do réu em toda e qualquer hipótese, mas tão somente quando os demais indícios e provas trazidos aos autos apontam o réu como autor do crime e exige dele uma explicação alternativa. Apesar de respeitável a posição acima apontada, não é ela que prevalece na doutrina e jurisprudência nacionais, como será exposto a seguir.

Majoritariamente, prepondera o entendimento de que, em se tratando o interrogatório de meio de defesa do acusado, deve ser assegurado a ele “o direito de permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa”, conforme doutrina Eugênio Pacelli²⁵.

Perfilhando a doutrina majoritária, Guilherme Nucci²⁶ é categórico ao afirmar que “a inamabilidade constitucional [do direito ao silêncio e à não autoincriminação] prevalece sobre todos os preceitos ordinários, não podendo importar em prejuízo para o acusado, sob qualquer pretexto” e conclui que “a formação de convencimento do magistrado deve concentrar-se em qualquer prova lícita, distanciando-se do direito de se calar”. Por fim, o referido autor²⁷

²⁰ Expressão cunhada por Deltan Martinazzo Dallagnol no livro “As lógicas das provas no processo”. DALLAGNOL, op. cit., 2015, p. 298

²¹ *Ibid.*, p. 298.

²² *Ibid.*, p. 298-299.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 304.

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, [ebook].

²⁷ *Ibid.*



aponta que o direito ao silêncio decorre de um instinto de preservação do indivíduo e fundamenta-se na dignidade da pessoa humana.

Reforçando este entendimento Aury Lopes Jr.²⁸ afirma claramente que o interrogatório do réu configura-se ato de defesa e que, portanto, o seu silêncio não pode, em qualquer hipótese, acarretar em prejuízo jurídico, principalmente porque está assegurado, sem qualquer reserva, na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, Aury Lopes Jr.²⁹ frisa que “do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo para o imputado”

Nota-se, portanto, que o entendimento doutrinário amplamente dominante assegura que o direito ao silêncio, enquanto estratégia defensiva e mecanismo para o exercício da autodefesa, não pode ser utilizado para corroborar outras provas trazidas aos autos, sob pena de violação do *nono tenet se distegere*, de inversão do ônus da prova, que no processo penal é exclusivo da defesa, e, até mesmo, violação da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, pode-se compreender que permitir a valoração da ausência de uma explicação alternativa do réu equivale à negar o direito ao silêncio, pois o indivíduo pode se sentir compelido a apresentar uma versão apenas para não ter o seu silêncio valorado em seu desfavor, o que prejudica, inclusive, a verdade e a justiça da decisão. Não é outro o entendimento de Pacelli.³⁰

É no que, a nosso juízo, [o direito ao silêncio] tem de mais relevante, atua no controle da qualidade e idoneidade do material probatório, bem como no controle da motivação das decisões judiciais sobretudo as condenatórias.

Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial. Dessa maneira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou crua que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal. De outra forma evita-se o estímulo à cultura do *quase caro consente*, que não oferece padrões mínimos, seja de ordem psicanalítica, jurídica, espiritual, seja de qualquer outra espécie, para a reconstituição de verdade alguma.

Assim, ressalta-se, também, que permitir a valoração da ausência de uma explicação alternativa do réu, possibilitando a sua condenação fundamentada no silêncio, é o mesmo que exigir de um comportamento ativo dele na produção de provas. Esta conclusão apenas reforça o entendimento de que há uma clara violação do direito à não autoincriminação.

Em sede jurisprudencial, a posição dos Tribunais Superiores não é outra se não a de que o silêncio não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em prejuízo do acusado.

²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [ebook].

²⁹ *Ibid.*

³⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 384.



Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), no HC 101.909³¹, apontou que tanto a CRFB/88, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos asseguram o direito ao silêncio e a não autoincriminação, e que esses constituem “uma das mais eminentes formas de identificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de culpabilidade”. Veja-se um trecho do referido julgado³²:

[...] A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de situação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. [...]

Em outra decisão, no HC 99.289³³, a Suprema Corte sustentou que o réu, ao se recusar à responder ao interrogatório policial ou judicial e ao não cooperar com as autoridades que o investigam, exerce comportamento legitimado pela Constituição Federal. Na oportunidade, o STF assinalou que aquele que sofre persecução penal possui duas prerrogativas básicas, quais sejam, “(a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa”. Concluiu, ainda que³⁴:

[...] O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes. [...]

A posição do STF no sentido de não ser possível a interpretação do silêncio do réu contra é antiga, vejamos-se julgados mais antigos:

[...] III. Nem teratur se detegere: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio. IV. Ordem concedida, para cessar a condenação. (HC 84517, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCER, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00029 EMBRT VOL-02173-02 PP-00244 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 387-397 RT v. 94, n. 833, 2005, p. 478-483)³⁵

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 101.909. Relator Ministro Ayrés de Brito. Disponível em: <<http://redir.stfj.us.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 22 set. 2017.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.* Supremo Tribunal Federal. HC nº 99.289. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stfj.us.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>>. Acesso em: 22 set. 2017.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.* Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.517. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stfj.us.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357942>>. Acesso em: 22 set. 2017.



[...] O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes: O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (mesmo tenetor se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. [...]

(HC 79812, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJI 16-02-2001 PP-00021 RMENT VOL-02019-01 PP-00196)³⁶

Observa-se, portanto, que há muito a Suprema Corte aponta o direito ao silêncio do réu e a prerrogativa desse silêncio não poder ser usado em prejuízo da defesa como oponível à todos os órgãos e agentes da persecução penal, inclusive ao juiz, devendo ser observado em sede de interrogatório policial e judicial. Nesse sentido, o STF é categórico em afirmar a instrução criminal é incumbência do órgão de acusação, logo, conforme defende o presente trabalho, permitir a utilização do silêncio em prejuízo da defesa acaba por ensejar em uma inversão do ônus da prova.

O Superior Tribunal de Justiça também possui diversas decisões no mesmo sentido, vejamos-se algumas das mais recentes:

[...] 1. Os artigos 5 º, inciso LXIII, da Constituição Federal e 186 do Código de Processo Penal conferem ao acusado o direito ao silêncio ou à não autoincriminação, permitindo que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso dê ensejo à apuração criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados. [...]

(RHC 63.480/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgada em 01/03/2016, DJe 09/03/2016)³⁷

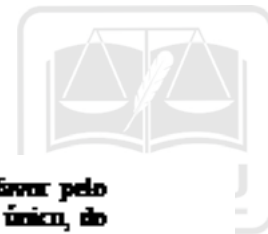
[...] 1. O brocardo *nemo tenetur se detegere*, que configura o princípio da vedação à autoincriminação ou do direito ao silêncio, veio a ser expressamente reconhecido no Pacto de San José da Costa Rica - promulgado pelo Decreto n. 678, de 1992 -, art. 8º, 2, g, em que se resguarda o direito de toda pessoa acusada de um delito de não ser obrigada a depor ou a produzir provas contra si mesma, garantindo que o seu silêncio não seja interpretado em prejuízo de sua defesa.

Precedentes: HC 130.590/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/5/2010; HC 179.486/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/6/2011. [...]

(AgRg no REsp 1497542/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgada em 18/02/2016, DJe 24/02/2016)³⁸

³⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC nº 79.812. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 22 set. 2017.

³⁷ Idem. Superior Tribunal de Justiça. RHC 63.480. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502169134&at_publicacao=09/03/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.



[...] 2. O silêncio do acusado foi nitidamente interpretado em seu desfavor pelo Tribunal de origem. Tal situação viola frontalmente o art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o art. 5º, LXIII, da Constituição da República, além de tratados internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, § 2º, g) e, por isso, é suficiente para inquirir de nulidade absoluta o acórdão impugnado. [...]

(HC 265.967/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)³⁹

Das três decisões selecionadas, observa-se que o entendimento pacífico da Corte Superior é no mesmo sentido daquele defendido pela doutrina majoritária e pelo presente trabalho, qual seja, quanto a quanto a impossibilidade de relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* para valorar negativamente o silêncio do réu. A corte aponta que a possibilidade de interpretar o silêncio do réu afronta não só a Constituição e o Código de Processo Penal, mas também Convenção internacional internalizada pelo Brasil. Assim, a possibilidade é completamente rechaçada pela Corte e imputa em nulidade absoluta da decisão judicial que o faça.

Assim, da análise da doutrina amplamente majoritária, bem como da posição jurisprudencial pacífica, infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro não se mostra favorável à relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, de modo que o direito ao silêncio e à não autoincriminação não podem ser utilizados em prejuízo da defesa. Este entendimento encontra expressa previsão legal no art. 186, parágrafo único do CPP⁴⁰, conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, o que põe uma pá de cal na possibilidade de relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* e se esta seria possível no ordenamento jurídico brasileiro a partir da forma de proteção que ele confere ao direito ao silêncio e a não autoincriminação, da experiência estrangeira e do entendimento doutrinário e jurisprudencial nacional.

³⁹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp. 1.497.342*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403063724&dt_publicacao=24/02/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.

⁴⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *HC 265.967*. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300630601&dt_publicacao=12/03/2015>. Acesso em: 22 set. 2017.

⁴¹ Idem, *op. cit.*, nota 2.



Diante da análise do ordenamento jurídico pátrio, três são os diplomas legislativos que se mostram fundamentais na proteção do silêncio e na vedação da autoincriminação: a CRFB/88, em seu art. 5º, LXIII; o CPP, no art. 186; e o Decreto nº 678/92, em seu art. 8º, item 2, alínea “g”. O estudo de tais dispositivos demonstrou que o princípio do *nono testar se distegere* busca, em última instância, proteger a esfera de liberdade do indivíduo e a dignidade da pessoa humana, funcionando como uma garantia do acusado e um limite ao poder punitivo do Estado.

Observou-se, ainda, que o princípio ora analisado concretiza outras três garantias fundamentais dos indivíduos, quais sejam, o devido processo legal, a ampla defesa e a presunção de inocência. Nesse sentido, conclui-se que o ordenamento jurídico atribui força quase absoluta ao princípio do *nono testar se distegere*, uma vez que se trata de princípio-garantia que abarca diversas outras garantias constitucionais fundamentais do indivíduo.

Tendo em vista as características acima apontadas, prevalece na doutrina e na jurisprudência que o direito ao silêncio e à não autoincriminação prevalece sobre as demais garantias, não podendo o silêncio do réu ser utilizado contra ele em hipótese alguma. Observa-se que a corrente minoritária sustenta que a valoração da ausência de uma explicação alternativa do réu quando os demais indícios e provas trazidos aos autos apontam esse como autor do crime não viola o direito ao silêncio, sendo possível a relativização do *nono testar se distegere*.

Embora pertinentes os argumentos da corrente minoritária, o presente trabalho filia-se à posição amplamente majoritária, pois permitir a utilização da ausência de uma explicação alternativa do réu para corroborar a condenação, não só é o mesmo que negar o direito ao silêncio, como também equivale a exigir do réu um comportamento ativo na produção de provas, ensejando a inversão do ônus probatório.

Assim, da análise do ordenamento jurídico nacional, bem como das diversas correntes doutrinárias e posições jurisprudenciais, conclui-se que a relativização do princípio do *nono testar se distegere* não só não se mostra possível na realidade brasileira, como também se configura como indesejada, pois tal princípio se caracteriza como uma garantia mínima da sociedade em face do Estado-Juiz na persecução penal.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. AgrReg no REsp. n° 1.497.542. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403063724&dt_publicacao=24/02/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. HC n° 265.967. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300630601&dt_publicacao=12/03/2015>. Acesso em: 22 set. 2017.

Superior Tribunal de Justiça. REC n° 63.480. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502169134&dt_publicacao=09/03/2016>. Acesso em: 22 set. 2017.

Supremo Tribunal Federal. HC n° 101.909. Relator Ministro Ayres de Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 22 set. 2017.

Supremo Tribunal Federal. HC n° 79.812. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 22 set. 2017.

Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.517. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=357942>>. Acesso em: 22 set. 2017.

Supremo Tribunal Federal. HC n° 99.289. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>>. Acesso em: 22 set. 2017.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FOR.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GOMES FILHO apud QUEDO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir provas contra si mesmo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [ebook].

MENDONÇA apud DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, [ebook].

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIRO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, caso John Murray v. The United Kingdom, julgado pela Grande Câmara em 08/02/1996, *Apelação nº 18371/91*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docs/pdf?library=ECHR&id=001-2577&filename=MURRAY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf&logEvent=False>>. Acesso em: 29 set. 2017.

OS LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ART. 833 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

César Mannel Granda Pereira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Advogado. Pós-graduado em direito penal pela Faculdade Damásio. Pós-graduando no curso de preparação para a carreira da Magistratura da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O trabalho analisa a possibilidade de convenções processuais afastarem a regra legal prevista no art. 833 do CPC/15, que prevê um rol de hipóteses de bens impenhoráveis. Aborda-se a questão sob o panorama constitucional, em que se verifica o conflito entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a liberdade individual. Analisa-se tal conflito sob a perspectiva do papel estatal, visualizando-se que a norma processual em comento deve ser analisada, como regra, sob a perspectiva dispositiva, em prestígio ao autorregramento da vontade. A seguir, analisa-se as hipóteses trazidas pelo rol do art. 833 do CPC/15, identificando concretamente as possibilidades de convenções particulares. Conclui-se pela necessidade de interpretação da legislação processual em compatibilidade com o respeito à autonomia da vontade, paradigma em que o novel Código processual está imbuído e que, conseqüentemente, deve nortear a atuação jurisdicional.

Palavras-chave – Impenhorabilidade. Negócios Jurídicos Processuais. Art. 833 do CPC/15.

Sumário – Introdução. 1. Sentido e limites de aplicação da proteção conferida pelo art. 833 do CPC/15 aos bens qualificados como impenhoráveis e o respeito ao autorregramento da vontade. 2. O Confronto entre a proteção legislativa e o autorregramento da vontade- o papel do Estado. 3. Análise das hipóteses previstas nos incisos do art. 833 do CPC/15. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a impenhorabilidade prevista no Novo Código de Processo Civil e os negócios processuais. Busca-se identificar os limites que devem existir à autonomia das partes ao estipularem acordos negociais que visam a afastar a impenhorabilidade prevista no art. 833 do Código Processual.

A Lei nº 13.105/2015 (CPC) instaurou nova sistemática processual no ordenamento jurídico pátrio. Entre as alterações significativas se identifica a ampliação da



autonomia da vontade das partes em relação à condução da relação processual.

A referida tendência é notada tanto pela previsão de negócios processuais típicos (v.g., cláusula de eleição de foro, art. 63; cláusula de inversão do ônus da prova, art. 373, § 3º; desistência da ação, art. 485, § 4º), quanto pela previsão da cláusula geral de negócios processuais, estabelecida no art. 190 do Código Processual.

A fase executiva e o processo de execução autônomo não ficaram alheios a estas modificações, sendo plenamente possível a celebração de negócios processuais relacionados a esses procedimentos. Contudo, no que concerne ao afastamento da qualificação de bens impenhoráveis atribuída pelo art. 833 do CPC/15, a questão merece análise mais profunda em relação aos limites, se é que eles existem, para a incidência de negócios processuais que afastam a disposição legal.

Tal discussão inevitavelmente envolve a perspectiva constitucional do processo, que também possui como escopo a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Envolve, ainda, a análise de limites impostos pela ordem infraconstitucional aos pactos entre particulares, como, por exemplo, a cláusula de inalienabilidade imposta pela constituição de bem de família convencional (art. 1.711 do Código Civil).

Nota-se, portanto, que há questões a serem dirimidas no que concerne aos limites dos pactos negociais em relação ao afastamento da impenhorabilidade de certos bens prevista em lei. Nesse sentido, o trabalho enfoca a temática dos limites das negociações processuais no que se refere à qualificação de bens como impenhoráveis.

No primeiro capítulo, busca-se compatibilizar o paradigma de valorização da autonomia privada consubstanciado pela cláusula geral de negócios processuais (art. 190 do CPC/15) e as demais normas do ordenamento, notadamente no que se refere aos pactos que afastam a regra legal da impenhorabilidade de determinados bens.

No segundo capítulo, a questão é analisada sob um viés que objetiva analisar o papel do Estado na concretização de direitos e intervenção na vida privada. Sob essa perspectiva, identifica-se que os pactos que visam afastar a regra legal de impenhorabilidade são adequados à ordem jurídica, notadamente em valorização do direito fundamental à liberdade.

No terceiro capítulo, passa-se a analisar detidamente as hipóteses contidas no art. 833 do CPC/15. Dessa maneira, distingue-se as hipóteses em que efetivamente há capacidade de disposição e, por conseguinte, em que medida pode haver a celebração de

negócios jurídicos processuais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais aparentam ser viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fim de comprová-las ou rejeitá-las com argumentos fundamentados.

Desta forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto se pretende valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. SENTIDO E LIMITES DE APLICAÇÃO DA PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ART. 833 DO CPC/15 AOS BENS QUALIFICADOS COMO IMPENHORÁVEIS E O RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

O ordenamento jurídico pátrio consagra a responsabilidade patrimonial dos devedores¹, determinando como regra que eles respondem por suas obrigações com todos os seus bens, presentes e futuros. Contudo, há hipóteses em que determinados bens existentes no patrimônio do devedor não se submeterão à execução das obrigações por ele assumidas.

O art. 833 do Novo Código de Processo Civil (CPC/15)² elenca um rol de bens considerados impenhoráveis, ou seja, que consubstanciam exceção à regra de responsabilidade patrimonial.

Tais exceções estão relacionadas a princípios de ordem constitucional, notadamente o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88³) e o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII da CRFB/88⁴). Ambos estão no cerne do instituto da impenhorabilidade, servindo como ponto de partida para a análise da

¹ A previsão da responsabilidade patrimonial encontra-se no art. 789 do Código Civil, que dispõe: o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 set. 2017.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

⁴ *Ibidem*.



proteção conferida pelo ordenamento jurídico a determinados bens. Nesse sentido, esclarecem Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas³:

A análise do novo Código revela, não obstante, que algumas novas regras do direito processual civil têm raízes em princípios constitucionais fundamentais que não são, ordinariamente, associados ao processo. É o caso, por exemplo, das normas relativas à impenhorabilidade de bens, que estão inquestionavelmente atreladas aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade. O estudo de tais regras, a partir de tais princípios, é fundamental para que se compreenda seu conteúdo e, mais ainda, seu alcance e suas limitações.

De fato, o CPC/15⁶ consubstancia uma visão processual calcada na perspectiva constitucional, tendo afirmado logo no art. 1º que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com o estabelecido na Constituição. A perspectiva constitucional também é identificada no art. 8º, com a expressa valorização da dignidade da pessoa humana.

A perspectiva constitucional do processo se soma com o CPC/15⁷ a uma visão democrática do processo civil, marcado pela cooperação entre os sujeitos processuais. O modelo cooperativo do processo é caracterizado pela articulação dos papéis processuais das partes e do juiz, tendo como propósito harmonizar a eterna tensão entre liberdade individual e exercício do poder estatal. O processo cooperativo não ignora a vontade das partes, mas tampouco é processo em que o juiz é mero espectador⁸.

É possível identificar, portanto, que no paradigma inserido pelo CPC/15⁹, há uma deferência ao autorregulamento da vontade dos particulares, enquanto dimensão do direito fundamental da liberdade individual (art. 5º, caput da CRFB/88¹⁰). Nesse contexto insere-se a sistemática dos negócios jurídicos processuais, cuja cláusula geral está prevista no art. 190 do novel Código¹¹.

³ MAZZEI, R.; MERÇON-VARGAS, S. apud DIDIER, Fredie. *Novo CPC doutrina atualizada*, v. 5: Execução, 2ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 628.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

⁷ *Ibidem*.

⁸ DIDIER, Fredie. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 34.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹¹ O art. 190 dispõe que: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Evidentemente, os procedimentos executórios e a própria qualificação dos bens como impenhoráveis não estão alheios à alteração de paradigmas apresentada pelo CPC/15¹². Assim, é nítida a potencial influência que os negócios processuais podem exercer em relação a essas matérias.

Nesse diapasão, destaca-se como significativa a alteração do texto legal ocorrida no caput do art. 833 do CPC/15. Isso porque, em comparação com o CPC de 1973¹³, houve a supressão da expressão “absolutamente impenhoráveis” (art. 649)¹⁴. Trata-se de postura legislativa que sinaliza o caráter relativo da disposição concernente à impenhorabilidade, o que objetiva não só coibir eventuais abusos de direito, como também permitir a convenção em sentido diverso pelas partes.

Todavia, é indispensável realizar a distinção existente entre as hipóteses previstas no art. 833 do CPC/15 que tratam de bens que se encontram na esfera de disponibilidade do executado, daqueles que não se encontram. A discussão relativa ao autorregramento da vontade e, portanto, à possibilidade de realizar negócios jurídicos processuais, só tem espaço quando se trata de bens em que o executado possa exercer a liberdade de disposição, pois, caso contrário, não haverá a possibilidade de autocomposição.

Nesse sentido, por exemplo, aponta-se como fora da esfera de disponibilidade do executado a hipótese do inciso I do art. 833 do CPC/15, que trata da impenhorabilidade dos bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução. Tal limitação faz completo sentido. Se tais bens não estão na esfera de disponibilidade do executado, não podem, por conseguinte, constituir objeto de disposição por ato de vontade.

Feitas essas considerações, destaca-se que é indispensável o estabelecimento de certas premissas para tratar da matéria da impenhorabilidade. De um lado, encontram-se os fundamentos constitucionais de proteção do patrimônio privado; de outro, o paradigma trazido pelo CPC/15¹⁵ de respeito ao autorregramento da vontade, com igual fundamento constitucional no princípio da liberdade, apto, em tese, a conferir um caráter dispositivo à previsão legal.

Como se observa, o confronto entre a proteção dada aos bens impenhoráveis e a possibilidade de celebração de acordos processuais para afastá-la envolve, também,

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹³ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.



princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e liberdade. Em tais hipóteses, apenas a análise casuística é capaz de determinar a solução mais equânime, por meio da aplicação do método hermenêutico da ponderação, visando resolver o conflito de princípios que se apresenta.

Tendo isso em mente, é indispensável que se desenvolva critérios aptos a balizar tal ponderação. Sendo assim, nos próximos capítulos buscar-se-á proceder à agregação de parâmetros ao processo hermenêutico a ser aplicado no confronto entre os direitos potencialmente envolvidos na análise da possibilidade de negócios jurídicos processuais para afastar a regra legal da impenhorabilidade.

2. O CONFRONTO ENTRE A PROTEÇÃO LEGISLATIVA E O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE- O PAPEL DO ESTADO.

Expostos os contornos gerais em que está envolta a matéria da impenhorabilidade e da possibilidade de negócios jurídicos processuais, cumpre agora o aprofundamento da discussão que perpassa a análise do papel do Estado na forma como os particulares resolvem seus conflitos.

Conforme apontado, a proteção conferida a certos bens tem como um de seus escopos a proteção à dignidade da pessoa humana. Ou seja, o rol do art. 833 do CPC/15¹⁶ tem como objetivo proteger o executado, a fim de preservar-lhe um patrimônio mínimo atrelado aos direitos fundamentais, o que deriva da compreensão de que “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”¹⁷.

Tal perspectiva de proteção conferida pelo Estado distancia-se do paradigma liberal, marcado pela abstenção do Estado em relação aos pactos particulares. O paradigma da liberdade, nos termos propostos pelo liberalismo do séc. XIX, fruto do pensamento Iluminista e das Revoluções que puseram fim ao *ancien régime*, afasta intromissões estatais na liberdade negocial.

Ocorre que, a liberdade, que tinha como pressuposto a ideia de igualdade formal,

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ FACHIN, Hélio. *Estado Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1.



mostrou-se incapaz de permitir a construção de uma sociedade justa, já que alguns particulares ficaram vulneráveis a outros que ocupavam posição comparativamente mais favorável. Nesse sentido, sob o paradigma da igualdade, entendida em seu aspecto material, surge uma maior demanda de intervenção protecionista do Estado nas relações privadas.

Essa postura subverte a lógica do liberalismo, que concebia favoravelmente a abstenção da influência estatal. De uma visão de Estado mínimo, passa-se, pouco a pouco, a um Estado interventor, que regula a vida privada e limita a liberdade negocial. Contudo, tal postura estatal encontra-se também em cheque, notadamente pela falta de eficiência da intromissão estatal na concretização dos direitos fundamentais e da questionável legitimidade do Estado para contrapor-se à autonomia privada.

A busca do equilíbrio entre a postura abstencionista do Estado e sua intervenção é um desafio atual. Se, de um lado, há o dimensionamento da dignidade da pessoa humana como um princípio maior no ordenamento jurídico, de outro, tem-se que sua concretização, como regra nos pactos privados, se dá pelo exercício da autonomia privada.

Assim, são condenáveis intervenções estatais indevidas em pactos válidos, sob a presunção genérica de vulnerabilidade e incapacidade das partes em regular a própria vida. Nesse contexto é que se insere a discussão da impenhorabilidade e a possibilidade de negócios processuais afastarem a disposição legal.

Há respeitáveis vozes na doutrina que compreendem as hipóteses legais de impenhorabilidade como impassíveis de serem afastadas pela vontade das partes¹⁸. Ou seja, entendem a disposição legal como limitação à autonomia da vontade, como uma barreira de preservação do patrimônio mínimo e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana.

A discussão perpassa, de fato, a concepção de Estado que se projeta como desejável. Contudo, há balizas lógico-jurídicas que fortalecem a fundamentação pela possibilidade de pactos negociais afastarem a regra legal de impenhorabilidade, notadamente: (i) a possibilidade de disposição dos bens pela via extrajudicial; (ii) o princípio dispositivo e o da legalidade; (iii) o enquadramento da questão como questão particular. Nos próximos parágrafos passa-se a analisar cada um destes pontos.

O primeiro argumento é o que ressalta de forma mais grave a incoerência

¹⁸ HARTMANN, Rodolfo Ermenberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2014. p.603; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito Processual Civil*. 23a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 311; MARINONI, L.G.; ARENHART, S. C. *Curso de Processo Civil*, v. 3- Atualizado. 6a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.259.



sistêmica em se vedar a pactuação para afastar a regra da impenhorabilidade. Trata-se da possibilidade de o executado vender os bens para solver a dívida, ou seja, ainda aqueles que defendem a impenhorabilidade como regra absoluta, reconhecem que é possível que o devedor aliene os seus bens a fim de quitar a sua dívida.

Nota-se que tal possibilidade revela uma insuperável contradição, não tolerada pela ideia de sistema jurídico enquanto ordem coerente de normas. É inazoável vedar a alienação judicial do bem – que pelo exercício livre da vontade foi dado a essa finalidade – e, ao mesmo tempo, aceitar como válida a sua alienação extrajudicial. Muito mais coerente é reconhecer que o devedor, no exercício de sua liberdade individual, é capaz de ponderar a indisponibilidade desses bens em seu patrimônio. É apenas ele quem poderá ponderar os riscos e benefícios envolvidos na operação negocial que afaste a regra legal da impenhorabilidade.

Outro argumento que se soma à ideia de coerência do ordenamento jurídico, é o princípio dispositivo que rege as relações privadas. De fato, como já apontado, o CPC/15¹⁹ incorpora uma concepção de cooperação e de valorização ao autotransferimento da vontade. Traduz o reconhecimento de que as partes são as mais aptas a se pronunciarem sobre seus interesses, incumbindo ao Estado, no exercício da atividade jurisdicional, sobretudo, respeitar as suas manifestações de vontade, em matérias em que se admite a autocomposição.

Analisando sob o viés dogmático, acresce-se que do ponto de vista legislativo a retirada da expressão “absolutamente” do caput do art. 833 do CPC/15²⁰ (redação do antigo art. 649 do CPC/73²¹), sinaliza que a ordem legal reconhece a possibilidade de pactuação diversa.

Por fim, ressalta-se que a questão deve ser analisada sob os interesses particulares envolvidos, uma vez que a proteção é conferida ao indivíduo. Contudo, é comum a indevida associação do rol do art. 833 do CPC/15²² com a noção de ordem pública. A regra é de que a proteção legal está adstrita a bens disponíveis, e a tutela da dignidade da pessoa humana deve ser analisada de acordo com outros mandamentos constitucionais, como o respeito à liberdade individual. Assim, é descabida a análise do tema sob o enfoque da

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*



ordem pública, do que decorre a exigência de uma necessária condescendência ao pactuado pelas partes.

Como se nota, o subregistro da vontade deve se sobrepor à disposição legal de impenhorabilidade, como regra geral. É incabível conceber a interpretação que conduza, sob o fundamento de proteção à dignidade da pessoa humana, à limitação da liberdade individual e, conseqüentemente, das análises de riscos e benefícios que são melhor desempenhadas pelos próprios agentes envolvidos nas negociações.

Contudo, para se ter uma visualização mais concreta da questão se faz necessária a análise pormenorizada das hipóteses previstas no art. 833 do CPC/15²³. Assim, o próximo capítulo se destina a analisar com maior profundidade o rol legal, a fim de se evitar conclusões generalizantes e que conduzam à proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados.

3. ANÁLISE DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS DO ART. 833 DO CPC/15

Nos capítulos anteriores buscou-se apresentar os princípios constitucionais relacionados à matéria, bem como a discussão acerca do papel do Estado na proteção dos indivíduos, identificando-se os necessários limites da atuação estatal em respeito à liberdade individual. Dessa forma, cumpre analisar pormenorizadamente as hipóteses previstas nos incisos do art. 833 do CPC/15²⁴, a fim de visualizar com maior clareza a questão objeto de enfrentamento.

A primeira hipótese constante no art. 833, I, primeira parte, CPC/15, versa sobre a impenhorabilidade “(d)os bens inalienáveis”. Trata-se de hipótese que decorre do direito material, uma vez que se tratam de bens indisponíveis, ou seja, que não podem ser alienados. Dessa forma, inexiste disponibilidade para a realização de negócios processuais em relação a tais bens, já que a ninguém é permitido dispor daquilo que não se encontra em sua esfera de disposição.

Ainda no inciso I, parte final, lê-se, “bens declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução”. Nestes casos, faz-se necessária a distinção relativa à pessoa de que

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*



procede o ato voluntário que afastou a penhorabilidade. Isso porque, em se tratando de impenhorabilidade que tenha como causa ato de terceiro, não há disponibilidade do bem, ou seja, o executado não pode realizar convenções no sentido de disposição do bem, pelas mesmas razões apontadas em relação à primeira parte do inciso. É a hipótese, por exemplo, do bem de família regulado pelo Código Civil nos arts. 1.711 e seguintes²³.

Por outro lado, o bem pode ser declarado impenhorável pelas partes em pactos de impenhorabilidade, ou seja, os contratantes podem pré-excluir determinado bem de futura execução, o que vinculará, evidentemente, apenas as partes contratantes²⁴. Nessas hipóteses encontra-se evidenciada a autonomia das partes em afastar determinados bens da possibilidade de execução, o que só deverá ser desrespeitado em casos excepcionais, como, por exemplo, de vícios do negócio jurídico.

Ainda em relação aos bens indisponíveis, destacam-se as hipóteses previstas nos incisos IX ("os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social"²⁵); e XI ("os recursos públicos do fundo partidário, recebidos por partido político, nos termos da lei");²⁶. Ambas as hipóteses estão relacionadas ao patrimônio público, de tal forma que se deslocam do tratamento pelas regras de direito privado, se aproximando de um tratamento impositivo, regido pela lei e pelo interesse público.

Visto que os bens públicos possuem regime jurídico próprio, devem ser vinculados à concretização do interesse público. Sendo assim, se instituições privadas recebem recursos públicos, estes devem ser aplicados às finalidades a que foram direcionados, não sendo passíveis de desvios para cobrir outros gastos da entidade, do que decorre a impenhorabilidade. Ressalta-se que, no caso das verbas destinadas ao fundo partidário, a questão ganha uma amplitude ainda maior, já que se relacionam à defesa do sistema democrático, indispensável à ordem constitucional.

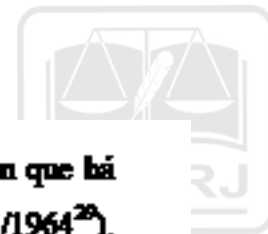
Há ainda outra hipótese no rol que possui relação a interesses de terceiros, o que conduz à sua impenhorabilidade também pela indisponibilidade. Trata-se dos "créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária,

²³ BRASIL. Código Civil Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

²⁴ LINDIER, Frédéric, et. al. *Cours de Droit Processuel Civil* v.5. 6. ed. Salvador: Editora Jusquidivm, 2014. p. 564.

²⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

²⁶ *Ibid.*



vinculados à execução da obra”, previsão do inciso XII. Cuida-se de hipótese em que há patrimônio de afetação, por força de disposição legal (art. 31-A da Lei 4.591/1964²⁹). Sendo assim, não é possível o deslocamento desses créditos para outros fins que não a consecução do empreendimento imobiliário. Trata-se de parcela patrimonial indisponível, não suscetível à responsabilidade pelas dívidas e, portanto, afastada de ser objeto de negociações.

Todas as demais hipóteses do artigo (incisos II, III, IV, V, VI, VII, VIII e X) cuidam de bens que estão suscetíveis de disposição extrajudicial. Ou seja, são bens que se encontram disponíveis no patrimônio do devedor, hipótese em que deve ser aplicada a regra geral de serem negociáveis, no regular exercício da autonomia privada.

Sobre essas hipóteses merece aplicação de tudo quanto se expôs no capítulo anterior, notadamente sobre a necessidade de se reconhecer o próprio indivíduo como o agente mais capaz para aferir os riscos e benefícios de seus negócios jurídicos e das garantias ofertadas. Assim, se, *a priori*, os bens são tutelados pela ordem legal por estarem ligados à própria dignidade da pessoa humana, o pacto particular em sentido contrário, que exclua os bens da proteção à execução judicial, faz com que essa presunção, em regra, se esvazia, possibilitando a execução atingir tais bens.

É evidente que diante de casos concretos pode-se verificar hipóteses em que haja abusos, vícios negociais ou outros empecilhos à execução dos bens disponíveis previstos no rol do art. 833 do CPC/15³⁰. Contudo, a análise deve ser, como regra, pela validade das partações processuais que visam submeter tais bens à execução.

A ideia central é de que o sistema de proteção à dignidade da pessoa humana funciona melhor quando se ampliam as possibilidades de escolha dos indivíduos. É paradoxal querer-se aumentar a proteção restringindo-se a liberdade individual.

A fim de visualizar tais ideias com mais concretude, toma-se, como exemplo, a hipótese de uma pessoa desprovida de vasto patrimônio, mas que precisa contrair um pequeno empréstimo para cobrir gastos emergenciais de saúde de seu filho. Tal indivíduo não possui acesso às vias ordinárias de crédito (instituições financeiras), mas tem um vizinho que aceita fornecer o pequeno empréstimo, sob a garantia do sofá e da televisão.

Negar a possibilidade de oferecimento de tais bens como garantia, ou esvaziar a

²⁹BRASIL. Lei n. 4.591 de 16 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 23 set. 2017.

³⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 2.



eficácia de eventual cobrança judicial, é limitar as possibilidades do indivíduo a ter acesso ao crédito, que no caso em análise, pode ser essencial para o tratamento do filho. Ou seja, retiram-se as possibilidades de escolha do indivíduo por uma presunção genérica de proteção à dignidade, quando as circunstâncias particulares podem demonstrar que a dignidade estará muito mais ameaçada caso não se lhe permita dispor livremente de seus bens, ou oferecê-los em garantia.

Poder-se-ia impugnar o exemplo ao fundamento de que a saúde é direito universal, constitucionalmente assegurado, ou ainda, afirmando-se que a situação é demasiada extrema, que deveria haver um outro estado de coisas, uma outra dinâmica social. Contudo, tais visões utópicas da sociedade não se traduzem em soluções efetivas para os indivíduos que mais possuem demandas sociais e de proteção aos direitos humanos.

O acesso facilitado ao crédito é um pressuposto para o desenvolvimento. Por outro lado, tem-se que o desenvolvimento econômico é um importante elemento para a concretização dos direitos fundamentais. Assim, até mesmo sob o prisma de proteção das camadas mais vulneráveis, o aumento do espectro da liberdade negocial apresenta-se como ferramenta mais eficiente para o enfrentamento das dificuldades cotidianas.

Ademais, é de se invocar a vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). A ordem jurídica não deve tutelar o comportamento de quem oferece determinado bem em garantia e depois invoca proteção legal que afaste o bem da execução. Trata-se de imperativo decorrente da boa-fé objetiva, consagrada como postulado da ordem jurídica.

A correta hermenêutica do sistema proposto pelo CPC/15³¹ indica, portanto, que o autorregramento da vontade ganha relevo, sobrepondo-se à visão paternalista do sistema jurídico. A valorização da vontade está presente não apenas em aspectos meramente processuais (regulação de prazos e produção de provas, v.g.), mas apresenta reflexos no direito material, notadamente ao se possibilitar a renúncia a certas benesses legais, como é o caso do rol de bens impenhoráveis que se analisou.

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

CONCLUSÃO

O CPC/15 inova no sistema processual brasileiro ao instituir uma dinâmica procedimental fundamentada na colaboração entre as partes. Rompe-se com a visão paternalista do processo, em que o juiz era o principal agente, condutor de toda a dinâmica desenvolvida nos autos.

Busca-se construir a relação processual de maneira mais democrática, em que se tenha participação mais ativa e decisiva dos principais interessados: as partes que estão em litígio. Tal realidade se faz sentir também no procedimento executivo e no tratamento dado aos bens impenhoráveis.

A nova redação dada ao artigo que trata dos bens impenhoráveis é um sinal claro da perspectiva que se quer introduzir com o novo diploma processual. No art. 833 do CPC/15 não mais se encontra a expressão “absolutamente impenhoráveis”, em reconhecimento da valorização do autorregramento da vontade, fortemente sinalizado pela cláusula geral de negócios processuais prevista no art. 190 do novel Código.

O escopo de proteção aos bens impenhoráveis perpassa um suposto confronto entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A ideia de patrimônio mínimo é dada, por alguns, como uma limitação à liberdade negocial de disposição. Afirma-se que a disposição sobre bens considerados impenhoráveis afrontaria a dignidade da pessoa humana. Contudo, tal visão é reducionista e não compreende a questão em seus termos corretos.

Para o melhor enquadramento do problema, apresentou-se a análise do papel do Estado ao dispor sobre a impenhorabilidade, tendo como pano de fundo a noção de que deve haver compatibilização da legislação processual com princípios constitucionais. O autorregramento da vontade, exercício da liberdade individual, é noção central para a análise do tema. Concluiu-se que deve predominar, a priori, o acordado entre as partes, uma vez que o seu exercício conduz à soluções adaptáveis às infinitas realidades existentes no plano dos fatos sociais.

Passou-se ainda à análise pormenorizada dos incisos do art. 833 do CPC/15, identificando a existência de hipóteses que tratam de verdadeiras indisponibilidades. Nestes casos, descabe falar em negócios processuais pela impossibilidade de haver



autocomposição.

Por outro lado, em relação às hipóteses que tratam de verdadeira disponibilidade, demonstrou-se não fazer sentido a limitação apriorística dos negócios processuais que afastem a impenhorabilidade. O exercício da liberdade individual consubstancia melhor proteção aos direitos fundamentais, por aumentar o espectro de escolha e facilitar o acesso ao crédito e, por conseguinte, produzir melhores soluções às demandas individuais e à concretização dos direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 set. 2017.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. *Lei nº. 4.591 de 16 dez. 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 23 set. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER, Fredie. Princípio do Respeito ao Autotranscendimento da Vontade no Processo Civil. In: DIDIER, Fredie et al. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER, Fredie; et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v.5. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FACHIN, Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2014.



MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 3- Execução. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Breves Notas Sobre a Dignidade da Pessoa Humana e a Função Social da Propriedade como Bases de Compreensão das Regras de Impenhorabilidade do Código de Processos Civil de 2015. In: DIDIER, Fredie et al. *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 5: Execução, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.



O INSTITUTO DA CLEMÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI – O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DELIMITADOR DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Clara Tavares Silva Padrão

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A reforma processual penal implementada pela Lei nº 11.689/2008 ensejou doutrinariamente, com base no artigo 483, §2º do Código de Processo Penal, a construção do instituto da clemência nos julgamentos de mérito prolatados pelo Conselho de Sentença, na sistemática do Tribunal do Júri. A clemência é uma espécie supralegal de perdão judicial, uma vez que não está previsto de forma taxativa no Código Penal. O referido instituto deve ser analisado com extrema cautela e senso crítico, pois promove decisões manifestamente contrárias às provas dos autos, respaldadas pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos, princípio esse aplicado de forma absoluta e irrestrita. A essência do trabalho é convocar todos aqueles que têm interesse em se aprofundar no procedimento especial do Tribunal do Júri, para refletirem acerca da clemência e de seu desdobramento, qual seja, violação ao princípio do devido processo legal. É fundamental que o princípio constitucional da soberania dos veredictos seja delimitado pelo princípio constitucional do devido processo legal. O artigo concluiu que o princípio da soberania dos veredictos não tem natureza absoluta e não pode esvaziar o núcleo do princípio do devido processo legal, sob pena de se promover a prolação de decisões manifestamente contrárias às provas dos autos e sob pena de se violar a isonomia entre os acusados.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Clemência. Perdão judicial supralegal. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Princípio da Soberania dos Veredictos. Delimitação pelo princípio do Devido Processo Legal.

Sumário: Introdução. 1. Como os princípios constitucionais específicos do Tribunal do Júri se compatibilizam para a proteção do respectivo órgão julgador e suas decisões. 2. A desconformidade da clemência com o Código de Processo Penal e a Constituição Federal. 3. Clemência – o devido processo legal como princípio delimitador da soberania dos veredictos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo tratar do instituto da clemência no Tribunal do Júri, analisando-o a partir da delimitação da soberania dos veredictos pelo princípio do devido processo legal.

Constata-se inicialmente, ao se contextualizar o instituto do Tribunal do Júri, que este está inserido na Constituição Federal, no artigo 5º, XXXVIII, como sendo um direito e uma garantia individual dos cidadãos.

O referido instituto pode ser conceituado como um tribunal democrático, no qual cidadãos leigos, que não são juizes concursados de direito, julgam crimes dolosos contra a vida praticados por seus pares, com base em suas íntimas convicções e sem a necessidade de fundamentarem suas decisões.

A clemência foi doutrinariamente construída a partir da reforma processual penal implementada pela Lei 11.689/2008 que passou a concentrar em uma única questão de absolvição todas as teses defensivas sustentadas em plenário, ou seja, não mais se perguntando aos jurados tese por tese. Além disso, o quesito de absolvição do acusado também passou a ser obrigatório, mesmo que inexistissem teses defensivas arguidas em plenário do Tribunal do Júri. Esta questão obrigatória inclusive veio reforçada com a Súmula 156 do STF.

A utilização da clemência, espécie de perdão judicial, extraída do artigo 483, §2º, do Código de Processo Penal, como fundamento para absolvição de um acusado perante julgamento do Tribunal do Júri, coloca em xeque a isonomia entre as partes, pois o referido perdão judicial, supralegal, aumenta ainda mais a carga subjetiva de julgamento no Tribunal do Júri.

Não é razoável, muito menos isonômico, que se permita absolvições por clemência, quando contrárias às provas dos autos, para determinados acusados, ao mesmo tempo em que poderão ocorrer condenações de réus que também apresentem a mesma tese de clemência, com base nas mesmas circunstâncias dos acusados absolvidos, mas que por algum motivo não serão agraciados pela benevolência dos julgadores do Conselho de Sentença.

Logo, esse artigo objetiva comprovar que o instituto da clemência não pode ser empregado no Tribunal do Júri sem a devida observância do processo legal, princípio este máximo do direito processual que instrumentaliza o processo penal como uma garantia das



liberdades individuais dos cidadãos e como princípio que promove a isonomia entre todos os acusados no momento do julgamento.

O artigo jurídico será concebido em três capítulos, sendo apresentadas em cada um deles breves informações acerca do procedimento do Júri e posteriormente serão promovidos alguns questionamentos com as respectivas críticas para demonstrar a complexidade da temática abordada.

No primeiro capítulo são explicitados os princípios constitucionais do Tribunal do Júri, previstos no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida), ao mesmo tempo em que se trabalha a coexistência e harmonia entre eles no procedimento especial do júri.

O segundo capítulo se preocupa em elucidar se o instituto da clemência está em conformidade com a sistemática do Júri, pontuando em que momento processual ela se manifesta. Ademais, é demonstrada que a clemência pode provocar decisões manifestamente contrárias às provas dos autos, decisões essas que não podem ser revistas no mérito segundo a sistemática do júri, mas tão somente cassadas pela segunda instância, quando instada a julgar recurso de apelação, para remeter o acusado a novo julgamento.

Por fim, o terceiro capítulo trabalha o tema delimitado do presente texto, discutindo se o princípio constitucional do Tribunal do Júri da soberania dos veredictos é de natureza absoluta. É proposta uma ponderação entre o referido princípio e o princípio do devido processo legal – carro chefe de qualquer direito processual –, a fim de evitarmos a promoção de eventuais arbitrariedades no processo, com inevitáveis prolações de decisões inconsistentes e não isonômicas.

A pesquisa que se pretende utilizar é a metodologia bibliográfica, pontuando os entendimentos de autores acerca do tema, bem como promovendo um enfrentamento entre seus posicionamentos. Além disso, serão feitas análises de jurisprudências, tecendo comentários e críticas acerca dos fundamentos legais das decisões que acataram ou não a clemência no julgamento do Tribunal do Júri.



1. COMO OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DO TRIBUNAL DO JÚRI SE COMPATIBILIZAM PARA A PROTEÇÃO DO RESPECTIVO ÓRGÃO JULGADOR E SUAS DECISÕES

É cediço que o Tribunal do júri é um órgão julgador democrático, de primeira instância, específico do procedimento especial do Tribunal do Júri, pois no procedimento comum quem julga um acusado é um juiz singular togado de direito.

Além de se submeter aos princípios gerais do processo penal, tais como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a presunção de inocência, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XXXVIII, prevê princípios específicos aplicáveis ao referido órgão de julgamento, princípios esses revestidos sob o manto de cláusula pétreia, conforme artigo 60, §4º, IV, da referida Carta Constitucional. São princípios específicos do júri a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A plenitude de defesa, prevista no artigo 5º, XXXVIII, “a”, da CRFB de 1988, é precisamente conceituada por Gustavo Badaró como uma “defesa repleta, completa, absoluta e perfeita”¹. Este princípio permite, por exemplo, que o defensor do acusado possa em sede de plenário de julgamento do Tribunal sustentar nova tese defensiva, tese ainda não apresentada durante a primeira fase (*judicium accusatorius*) do procedimento do júri. Ademais, há doutrina minoritária processualista² que defende a possibilidade de a defesa inovar no momento da tréplica.

O sigilo das votações, previsto no artigo 5º, XXXVIII, “b”, da CRFB de 1988 é um princípio que vem excepcionar a regra geral contida no artigo 93, IX, da Constituição Federal, da publicidade dos atos. O ato de votação dos jurados se submete a um regime de publicidade restrita³. Os julgadores se recolhem a uma sala secreta para julgarem, decidindo o processo por meio de quesitação realizada pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, nos termos do artigo 483 do Código de Processo Penal. O mencionado princípio visa assegurar tranquilidade aos julgadores para que decidam a causa com isenção, sem pressões externas de quaisquer pessoas.

¹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inaby. *Processo Penal*: Série Universitária. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012 p. 465.

²NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27-28.

³BADARÓ. *op. cit.* p.465.



O terceiro princípio específico do júri é a soberania dos veredictos, que está previsto no artigo 5º XXXVIII, “c”, da CRFB de 1988, e tem como fundamento a proteção à liberdade ambulatorial. Tal princípio tem como objetivo impedir a revisão das decisões do júri por um órgão julgador de segunda instância.

Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci⁴, abaixo reproduzida:

Nos casos de crimes contra a vida, entrega-se ao Tribunal Popular a palavra em final em relação ao destino a ser dado ao réu. Juris, sem ofensa ao disposto na Constituição Federal, poderá, quanto ao mérito, um tribunal qualquer substituir o veredicto popular por decisão sua, sob que prisão fir. [...] Assim ocorrendo (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), remete o caso a novo júri, mas não substitui a decisão do povo.

É de conhecimento geral que a apelação no âmbito do Tribunal do Júri tem caráter vinculado, ou seja, é restrita às hipóteses elencadas no artigo 593, III, do Código de Processo Penal. A única hipótese em que o mérito de uma decisão prolatada por um júri pode ser atacada é quando esta é manifestamente contrária à prova dos autos, nos termos da alínea “d” do referido Diploma Processual. Todavia, não pode o Tribunal reformá-la, mas tão somente cassá-la, anulando o julgamento e remetendo o réu a novo julgamento.

Insta destacar que, uma vez que tenha sido utilizado em sede de apelação o fundamento da decisão manifestamente contrária à prova dos autos, não se admitirá mais nova apelação com base neste fundamento, conforme artigo 593, §3º, segunda parte, do Código de Processo Penal.

O entendimento da soberania dos veredictos e a natureza absoluta dada a este princípio constitucional, no tocante a proteção das decisões do Tribunal do júri, são fundamentais para a correta compreensão do presente artigo jurídico.

Quando há a prolação de uma decisão absolutória, sem qualquer respaldo probatório, com fundamento na clemência, o Ministério Público poderá recorrer para anular a decisão por ser ela manifestamente contrária à prova dos autos. Uma vez que o Tribunal tenha conhecido e dado provimento ao recurso, o réu será submetido a novo julgamento. Todavia, neste novo julgamento poderá ser absolvido com base na clemência e tal decisão não poderá ser mais atacada pelo mesmo fundamento. Ocorrerá o trânsito em julgado e posteriormente a formação de coisa julgada material de uma decisão que viola o devido processo legal.

⁴ NDCCL. Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.787.



Portanto, pergunta-se: É admissível que um princípio constitucional, no caso a soberania dos veredictos, esvazie o conteúdo, por completo, de outro princípio constitucional, o devido processo legal, que é o carro chefe de qualquer direito processual? Esta pergunta será ao longo do texto respondida.

Por fim, o último princípio específico do Tribunal do Júri é a competência constitucional do mencionado órgão para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e crimes conexos a estes, previsto no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. O Tribunal do Júri será competente para julgar os crimes contidos nos artigos 121 ao 127 do Código Penal.

Convém destacar que o legislador pode estender rol dos crimes dolosos contra a vida. O que lhe é vedado é a retirada de crimes já previstos na competência do júri.

Todos os princípios abordados visam salvaguardar a instituição democrática do júri, permitindo que os membros do Tribunal, cidadãos comuns, não necessariamente com formação jurídica, possam julgar seus pares, com a máxima imparcialidade e livres de pressões externas ou retaliações, seja da sociedade, seja de outro jurado ou até mesmo do acusado. Do outro lado também há a máxima proteção ao acusado que poderá por meio da defesa plena evitar a todo custo que sua liberdade seja cerceada.

É sabido também que os julgadores no Tribunal do Júri não fundamentam suas decisões, pois vigora o sistema de prova da íntima convicção. Cada julgador faz uma análise interna, valorando tudo que lhe foi apresentado em plenário para tomar sua decisão de forma individual e sem qualquer comunicação com outro jurado ou até mesmo com o juiz presidente do Tribunal.

O jurado julga de acordo com a sua consciência e não segundo a lei.³ Diante, por não ter o jurado a imposição legal de fundamentar suas decisões é imprescindível que sua decisão tenha se baseado em qualquer prova contida nos autos. Aquele poderá condenar ou absolver, acatando qualquer tese sustentada em plenário, desde que exista lastro probatório mínimo.

Contudo, não se pode admitir que sua decisão seja completamente dissociada dos elementos probatórios que lhe foram apresentados. Caso contrário, estar-se-ia promovendo uma legitimação de decisões arbitrárias, que não poderão ser revistas no mérito (apenas uma única vez e novamente por um júri), bem como estar-se-ia colocando em risco a isonomia

³ NDCCCL op. cit. 2008, p. 32.



entre os acusados, que receberiam decisões desprovidas de coerência e consistência, quando da prática de um mesmo crime, com similaridades de circunstâncias e intenções.

2. A DESCONFORMIDADE DA CLEMÊNCIA COM O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No Tribunal do júri, o processo acusatório é submetido a um procedimento bifásico, sendo eles o juízo de acusação ou sumário de culpa (*judicium accusatoris*) e o juízo da causa ou do mérito (*judicium causas*), respectivamente. Na primeira fase, ocorre o chamado juízo de admissibilidade, ou seja, o juiz irá verificar se estão presentes indícios suficientes de autoria e de materialidade do fato (artigo 413 CPP), requisitos esses autorizadores para a prolação da decisão de promissão que encaminha o acusado para o julgamento do mérito pelo Conselho de Sentença.

Dentro do procedimento do júri, a clemência é inserida na segunda fase do procedimento, ou seja, do juízo da causa, mais precisamente durante os debates orais em sede de Plenário do Júri (artigos 476/481 CPP).

A clemência pode ser conceituada como perdão. Na sistemática do processo penal, mais especificamente, do júri, a clemência é considerada uma manifestação exarada pelos jurados de justiça social, moral. Os jurados, ao responderem afirmativamente os quesitos de materialidade do fato (artigo 483, I CPP) e autoria do crime (artigo 483, II CPP), decidem, segundo sua íntima convicção, absolver o réu reconhecendo que ele é o autor do crime, mas não é merecedor de uma sanção penal.

A doutrina majoritária, capitaneada por Paulo Rangel, dispõe que o referido perdão tem sua fundamentação legal extraída do artigo 483, §2, do Código de Processo Penal⁶ a seguir reproduzido:

Art. 483. § 2º CPP. Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)
O jurado absolve o acusado?

⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 10 set de 2017.

O referido processualista assevera que “com a quesitação (o jurado absolve o acusado?), os jurados, depois de reconhecerem a materialidade e autoria, poderão absolver pelos mais diversos motivos: pena, sentimento de compaixão...”⁷.

Na mesma sintonia é o magistrário de Eliete Costa Silva Jardim⁸, abaixo reproduzido:

Atualmente, mesmo que reconheça a materialidade e a autoria do fato, pode o jurado absolver o réu no quesito genérico, acolhendo uma das teses ventiladas pela Defesa, ou, ainda, adotando uma tese própria, de ordem subjetiva, que não ganha compromisso sequer com as provas produzidas nos autos. A quesitação não é mais lastreada nas teses defensivas alegadas pelo réu ou sustentadas em plenário. O quesito genérico de absolvição propicia o julgamento de acordo com o senso de justiça do jurado, por causas suppletivas e até mesmo por clemência ou por razões humanitárias.

Ademais, do artigo 483, §2º, do Código de Processo Penal extrai-se a interpretação no sentido de que a quesitação genérica de absolvição do réu é de natureza obrigatória. Portanto, deve ser formulado independentemente da apresentação em Plenário de teses defensivas.

Este raciocínio inclusive vem corroborado pelo Enunciado Sumular nº 156, do Supremo Tribunal Federal que dispõe que “é absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”.

Todavia, com a devida vênia, convém a seguinte indagação: a absolvição pela clemência, que se embasa na quesitação genérica obrigatória, na forma do artigo 483, III, do Código de Processo Penal, deve ser entendida inclusive para julgamentos em que a defesa apenas se defendeu com a tese de negativa de autoria, não sustentando qualquer tese defensiva de excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal ou de exclusão de culpabilidade; no caso da última, cabe pontuar a inexigibilidade de conduta diversa)?

A resposta deve ser negativa, sob o fundamento de que acarretará proferimento de decreto absolutório manifestamente contrário à prova dos autos, recorrível uma única vez por meio de apelação, na forma do artigo 593, III, “d” do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão é o Acórdão prolatado na Apelação nº 0320601-63.2011.8.19.0001⁹, pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de

⁷ RANGEL, Paulo. *Curso Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.699.

⁸ JARDIM, Eliete Costa Silva. “Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e incorribilidade.” *Revista EMELJ*, Rio de Janeiro, v.18, n 07, pág 15, jan-fev 2015.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Criminal. Disponível em: <<http://www4.tjrr.jus.br/jejud/CConsultaProcesso.aspx?N=2015.050.02307>>. Acesso em: 18 out. 2017.



relatoria do Desembargador Antônio Carlos Nascimento Amado, julgado em 04/08/2015, abaixo reproduzido:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Recurso ministerial que pretende obter a reforma da sentença para submeter o ora apelado a novo julgamento, sob o argumento de que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos. Possibilidade de acolhimento do pleito ministerial. Os quesitos demonstram claramente a existência da contradição na decisão dos jurados. Respondem afirmativamente à questão de que o acusado foi o autor dos disparos contra a vítima e, em nítida dissonância com esta adução, absolvem o apelado. Tese única da Defesa de negativa de autoria. Inexistência de tese sobre excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Resta ao Tribunal do júri a possibilidade de conceder clemência. A soberania do Tribunal do júri não vai a esta extensão. O Tribunal de Justiça pode cassar a decisão do Tribunal Popular, determinando a realização de novo julgamento, caso a decisão por este escolhida a tenha sido de forma manifestamente contrária à prova dos autos. Resta é a hipótese dos autos. Provimento do recurso para submeter o apelado a novo julgamento. Unânime. (grifos nossos)

Cumpre destacar que o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 490, dispõe regramento de que “se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.”

O jurado, ao responder de forma afirmativa os quesitos de materialidade do fato e de autoria do crime ou participação, criará uma situação de evidente contradição, se votar pela absolvição em um julgamento em que inexistam nos autos conjunto probatório mínimo que permita a prolação do decreto absolutório e em que inexistam teses defensivas.

Registre-se que o acusado só recorre ao pedido de clemência quando não apresenta em Plenário teses defensivas e circunstâncias aptas a convencerem os jurados a proferirem decretos absolutórios. Por sua vez, a clemência significa perdão de algum crime que foi cometido, quando em nenhuma hipótese legal poderia afastar a ilicitude do delito ou a culpabilidade do agente.

Ademais, é de vital importância salientar que o perdão judicial, para ser admitido, deve estar expressamente previsto em dispositivo legal, em respeito ao princípio da legalidade e da taxatividade, como é o caso do homicídio culposo, nos termos do artigo 121, §5º, do Código Penal.

Novamente indaga-se: É admissível que se permita que os jurados apliquem em favor do acusado o perdão judicial, que não está expressamente previsto para os crimes dolosos contra a vida? A resposta novamente vem a demonstrar que autorizada a absolvição, com base na clemência, estar-se-á promovendo um esvaziamento por completo do princípio da



proporcionalidade, na medida em que se estará aplicando a um crime doloso uma causa excludente de punibilidade prevista em crime culposo. Por fim, e fundamentalmente, também ocorrerá grave violação ao princípio do devido processo legal (artigo 5º LIV, CRFB), uma vez que será aplicado de forma ilimitada o princípio da soberania dos veredictos (artigo 5º, XXXVIII, “c”, CRFB) e o princípio da íntima convicção.

O presente artigo não quer retirar dos jurados o poder decisório dos processos de crimes dolosos contra a vida que venham a analisar, muito menos esvaziar o princípio da íntima convicção que norteia suas razões de decidir ou a soberania dos veredictos que protege as decisões prolatadas pelo referido órgão, impedindo a revisão do mérito pelo Tribunal Superior.

Contudo, a expressão “soberania do júri” não deve ser entendida como poderes decisórios ilimitados, que ultrapassem normas legais de ordem pública e que violem o devido processo legal.

Nesse sentido é o trecho do voto prolatado no Habeas Corpus nº 243.716/ES¹⁰ julgado em 18/03/2014 pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça pela Ministra Relatora Laurita Vaz, a seguir reproduzido:

O art. 483, inciso III do Código de Processo Penal traz: uma liberalidade em favor dos jurados, os quais, soberanamente, podem absolver o acusado mesmo após terem reconhecido a materialidade e autoria delitivas, e mesmo na hipótese de a única tese sustentada pela Defesa ser a de negativa de autoria. Por outro lado, referido júri absolutório não se reveste de caráter absoluto, podendo ser afastado, sem ofensa do princípio da soberania dos veredictos, quando resta evidenciado que o decisão distancia-se, por completo, dos fatos constantes dos autos, mostrando-se manifestamente contrário às provas colhidas. (grifos nosso)

No mesmo diapasão, convém destacar trecho de voto prolatado Ministro Nefi Candeiro, em sede do Habeas Corpus nº 350.895/RJ¹¹, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis de Moura:

O jurado permanece julgando de acordo com a lei ou com os ditames de sua consciência. O jurado permanece limitado às hipóteses de absolvição do art. 386 do Código de Processo Penal.[...] O jurado não tem o poder de absolver fora das hipóteses legais.

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma: HC nº 243.716/ES. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=243716&b=ACOR&p=true&i=10&i=10>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma: HC nº 350.895/RJ. Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14/03/2017. Publicado em 17/05/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=350895&b=ACOR&p=true&i=10&i=2>>. Acesso em: 10 set. 2017.



Logo, é válido frisar que não se deve admitir que sejam prolatadas decisões absolutórias sem qualquer embasamento probatório, pois a soberania dos veredictos não é “carta branca” para legitimação de provimentos jurisdicionais arbitrários emanados pelo Conselho de Sentença.

O julgamento conforme a consciência do jurado não significa julgamento contrário às provas, lastreado no sentimento de pena pelo acusado. A decisão do jurado deve ser fundada conjuntamente em sua íntima convicção e em provas apresentadas ao juízo persecutório, não cabendo a qualquer Tribunal analisar a forma como elas foram valoradas, mas se elas existem para receberem carga de valoração.

Nesse sentido, é fundamental a transcrição do acórdão prolatado na Apelação nº 0002667-67.2013.8.19.0011¹², pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Freire Roberto, julgada em 27/09/2016:

Apelação criminal interposta pelo Ministério Público, Tribunal do Júri. Imputação de homicídio qualificado pelo motivo fútil. Denúncia que atribui ao Réu a conduta de ter desferido vários golpes de faca em sua ex-companheira, por motivo de ciúmes (já que ela estaria mantendo relacionamento amoroso com outro homem), provocando-lhe lesões que fixam a causa eficiente de sua morte. Réu absolvido em plenário. Apelo ministerial buscando novo julgamento, ao argumento de ser o veredito manifestamente contrário à prova dos autos (art. 593, § 3º, do CPP). Mérito que se resolve em favor do Recorrente. Conjunto probatório apto a sustentar a versão restritiva. Decisão dos jurados que, sem qualquer respaldo no contexto probatório, especialmente diante da prova testemunhal e da confissão estereotipada pelo Acusado, acabou por absolvê-lo da imputação, embora tenha reconhecido a materialidade e a autoria delitivas. Inexistência de duas versões conflitantes. Decisão absolutória que se revela manifestamente contrário à prova dos autos. Firme orientação do STJ, enfatizando que, “ainda que a defesa alegue que a absolvição se deu por clemência do Júri, admite-se, mas desde que por uma única vez, o provimento de apelação fundamentada na alegação de que a decisão dos jurados contraria manifestamente à prova dos autos (alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP)”. Apelo ministerial a que se dá provimento, para desconstituir a decisão do Conselho de Sentença, determinando a submissão do Réu a novo julgamento, nos termos da decisão de pronúncia. (grifos meus)

Portanto, ainda que haja quem entenda que a fundamentação legal da clemência seria extraída do artigo 483, §2º, do Código de Processo Penal e que essa seria admissível no Tribunal do Júri, com base na questão genérica obrigatória, no princípio da íntima convicção e no princípio da soberania dos veredictos, a conclusão a que se chega é a de que o referido perdão está em desconformidade com a sistemática processual penal do júri.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Criminal: *Apel nº 0002667-67.2013.8.19.0011*. Disponível em: <<http://www4.tjri.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.050.08330>>. Acesso em: 18 out. 2017

A clemência é *contra legem*, pois inexiste de forma expressa no Diploma Legal e viola gravemente o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB).

3. CLEMÊNCIA – O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO DELIMITADOR DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Infraconstitucionalmente a clemência é extraída do artigo 483, §2º, do Código de Processo Penal. Já em âmbito constitucional, o referido instituto é justificado com base no princípio constitucional da soberania dos veredictos, bem como no princípio probatório da íntima convicção.

A soberania dos veredictos é a proteção máxima conferida às decisões prolatadas pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Nas lições de Gustavo Badaró¹³, “a soberania dos veredictos deve ser entendida como a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir os jurados na decisão da causa.”

Portanto, uma vez prolatada uma decisão de mérito pelos jurados, esta não se submete ao duplo grau de jurisdição como a maioria das decisões judiciais proferidas tanto no processo penal como no processo civil.

Excepcionalmente, o artigo 593, III, do Código de Processo Penal¹⁴ elenca as hipóteses em que é autorizado recurso de apelação contra as sentenças dos jurados, conforme abaixo reproduzido:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

[...]

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;⁶⁶⁶
- b) fir a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;⁶⁶⁸
- d) fir a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Ao se analisar pormenorizadamente esse dispositivo, verifica-se que o recurso de apelação na sistemática do procedimento bifásico do júri é vinculado, isto é, cabe tão somente nas hipóteses taxativas legais.

¹³ BADARÓ. *op. cit.* p.467

¹⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De3689.htm>. Acesso em: 25 set de 2017.



Dentre as hipóteses, a que interessa para o estudo da clemência é alínea “d”, do inciso III, do artigo 593, do Código de Processo Penal, qual seja, a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Quando uma decisão dos jurados se baseia na clemência, o Ministério Público, caso entenda que não houve lastro probatório para a absolvição do acusado, poderá interpor recurso de apelação com o escopo de demonstrar o *error in procedendo* que oblige o Tribunal *ad quæm* a caçar o decreto absolutório e remeter o réu a novo julgamento.

Contudo, uma vez que o Tribunal acate tal fundamento, não será mais admitido a qualquer das partes – órgão ministerial ou defesa do acusado – recorrer novamente com base na hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, na firma do parágrafo 3º do artigo 593, III, do Código de Processo Penal¹³, a seguir transcrita:

Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Portanto, a partir do segundo julgamento em Plenário do Júri, se o acusado for novamente absolvido, com base na mesma tese de clemência, a referida decisão torna-se irreconstruível, prevalecendo a soberania dos veredictos de firma investida, além de ensejar a firmiação da coisa julgada material do decreto absolutório. Ademais, uma vez que a sentença é de cunho absolutório, é inadmitida a propositura de revisão criminal para impugná-la.

Diante de tal sistemática, o presente artigo visa questionar o perigo de se admitir a clemência no procedimento do júri, haja vista que estar-se-ia criando uma nova hipótese de absolvição, que, após segundo julgamento pelos jurados, não poderia ser mais revista pelo Tribunal *ad quæm*.

Ainda que, ao fim do procedimento do júri, a soberania dos veredictos tenha o poder de revestir a decisão dos jurados com a característica da imutabilidade, o referido princípio constitucional não deve ser emergido de forma absoluta, bem como não deve prevalecer em detrimento do devido processo legal.

Logo, quando se está diante de um choque de normas constitucionais, mais precisamente entre princípios constitucionais - no caso em comento com convergência de garantias individual - quais sejam, o princípio da soberania dos veredictos (artigo 5º,

¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 25 set de 2017.



XXXVIII, “c”, CRFB) e princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB), devem ser esses ponderados no momento de sua aplicação. Não se deve admitir esvaziamento total do núcleo de um princípio em detrimento do outro.

Nesta serra é o ensinamento de Luís Roberto Barroso¹⁶, a seguir reproduzido:

A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estabelecido, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto. [...] A ocorrência de colisões dessa natureza apenas revela que os valores tutelados pela Constituição não são absolutos e devem coexistir.

É bem verdade que as decisões dos jurados são uma exceção à regra constitucional da fundamentação das decisões, prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, pois os jurados não fundamentam de forma motivada e pública seus veredictos, mas julgam segundo sua íntima convicção e seus veredictos são protegidos por meio do sigilo das votações, segundo o artigo 5º, XXXVIII, “b”, da Constituição da República Federativa do Brasil e os artigos 485 e 487, do Código de Processo Penal.

Todavia, cabe ao devido processo legal realizar, ainda que de forma ponderada, o controle judicial das decisões dos jurados. A efetivação do Estado Democrático de Direito exige, quando da instauração de um processo, principalmente o de natureza persecutória, a observância da ampla defesa, do contraditório, uma decisão que seja justa e um processo que alcance a efetividade.

Note-se que decisão justa não é necessariamente aquela que satisfaça os anseios da sociedade, mas aquela que dentro de um contexto processual, respeitou todas as garantias constitucionais do acusado ao mesmo tempo em que fez valer o devido processo legal.

Na mesma direção a sãndosa processualista Ada Pellegrini Grinover¹⁷ leciona acerca de como deve ser entendida as garantias do devido processo legal, conforme abaixo transcrito:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fato legitimamente do exercício da jurisdição.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Cursos de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.329.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.44.



A segurança jurídica deve ser compreendida como “um instrumento de proteção de direitos individuais em face do Estado”¹⁶. A tranquilidade da população reside justamente na certeza de que a decisão respeitou os ditames legais, afastando por completo a possibilidade de se promover arbitrariedades, favorecendo um cidadão específico em detrimento de uma suposta coletividade.

Não se deve esquecer que este cidadão faz parte da sociedade. Logo, uma decisão arbitrária prolatada contra este repercutirá indubitavelmente contra todos. Basta apenas um único provimento judicial ilegal para instaurar uma incerteza jurídica e o receio na coletividade de que futuras arbitrariedades poderão ser cometidas.

Ao se absolver um acusado sem qualquer prova, transmite-se a mensagem de que o devido processo legal só tem uma face da moeda, isto é, inocentar a todo custo um cidadão que violou uma lei criada para salvaguardar o Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, condenar um acusado, por que não foi ele capaz de provocar o sentimento de pena nos jurados, é promover decisões não isonômicas, sem qualquer critério legal, o que só ensejará uma incerteza jurídica naquele que é julgado.

Este acusado condenado, nas mesmas circunstâncias que um acusado absolvido, ainda que jamais vá saber o que motivou os jurados a o considerarem culpado, tem o direito de ao menos saber que alguma prova no processo foi valorada em seu desfavor.

Todo cidadão tem o direito, inafastável, de ter a certeza de que todas as suas garantias constitucionais foram respeitadas desde o início do processo até a prolação de uma decisão condenatória ou absolutória transitada em julgado.

Sendo assim, a clemência não pode ser calcada na suposta assertiva de que o princípio da soberania dos veredictos é absoluto, pois, se assim o for, haverá o total esvaziamento do devido processo legal, como chefe do direito processual de qualquer ramo do direito, em detrimento de um instituto suplegal, que, com as devidas vêniãs, demonstra-se *contra legem*.

¹⁶ EXIDIER, IR, Preside. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17 ed. Salvador: Juspósitum, 2015, p. 138.

CONCLUSÃO

O presente artigo não tem a pretensão de colocar em xeque o instituto democrático do Tribunal do Júri. Muito pelo contrário, reconhece a importância do referido órgão democrático para o julgamento de cidadãos que venham a ser acusados da prática de crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil veio em seu artigo 5º, XXXVIII, elevar e proteger sob o manto da cláusula pétrea os princípios constitucionais que resguardam o Tribunal democrático e seus membros que o compõem, para que haja julgamentos imparciais dos jurados lastreados na íntima convicção de cada julgador.

Entretanto, por ser o Tribunal do Júri um órgão julgador de natureza excepcional, tendo em vista que só detém competência para julgar crimes dolosos contra a vida e crimes conexos a esses, bem como suas decisões não se submeterem à regra da publicidade irrestrita e a fundamentação não ser conhecida (artigo 93, IX CRFB), pois julgam segundo a íntima convicção, com a aplicação do sigilo das votações, é que se torna imprescindível a observância de determinados parâmetros legais, dentre eles a clara observância ao devido processo legal, nos termos do artigo 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

É indiscutível que os jurados, por meio de seus votos, buscam promover a justiça social. Aqueles procuram julgar além da questão técnica e se esforçam para promover um verdadeiro exercício de empatia, colocando-se no lugar daquele acusado sentado no banco dos réus, quando o contexto trazido pelo processo penal assim permite.

Não obstante o papel do Tribunal do Júri de permitir que o acusado seja julgado por seus pares, juízes não togados, carecedores de conhecimento jurídico material e processual, que prolatam decisões sem fundamentação, é indispensável a existência de lastro probatório mínimo que autorize proferimentos de decisões, sejam elas condenatórias ou absolutórias.

An se autorizar a absolvição a todo custo, sem a observância do devido processo legal, com fundamento no princípio da soberania dos veredictos, que torna a decisão no mérito praticamente irreconstruível, ressalvadas as hipóteses do artigo 593, III, do Código de Processo Penal, admite-se que um princípio constitucional esvazie o núcleo essencial de outro princípio constitucional.



É de vital importância ressaltar que o princípio do devido processo legal é o carro chefe de qualquer direito processual, e, deve ser ele utilizado no processo de ponderação entre princípios que venham a colidir em determinada situação fática, mormente os de mesma envergadura como a soberania dos veredictos, também previsto na Lei Maior brasileira.

O devido processo legal tem como papel precípua garantir que haverá isonomia entre todos que sofram perseguições penais e reforçar a coerência e consistência das decisões, que, a partir do esgotamento de todas as instâncias recursais, submeter-se-ão aos efeitos da coisa julgada material, não sendo mais revisitadas.

A clemência ensejará a instauração de uma incerteza jurídica entre os acusados, e o surgimento de uma verdadeira “loteria” de decisões contraditórias e anti-isomônicas.

As decisões, ora serão de cunho absolutório para aquele acusado que conseguir convencer o jurado a absolvê-lo por pena, ainda que inexista qualquer suporte probatório mínimo autorizador para absolvição, e ora serão de cunho condenatório, pois este mesmo jurado não aplicará idêntico peso e medida para outro acusado por quem não consiga estabelecer ligação de empatia.

Ainda que os jurados decidam segundo suas íntimas convicções e sejam suas decisões soberanas, a soberania não deve ser entendida de forma absoluta e dissociada do papel jurisdicional do processo penal.

Salvaguardar as garantias constitucionais do acusado e sua liberdade ambulatorial não significa obrigatoriamente absolvê-lo do crime que lhe é imputado, mas a prolação de uma decisão que observou fielmente todos os princípios constitucionais, balizada pelo princípio do devido processo legal: expressão máxima do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: em 04 abr de 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 10 set de 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalhy. *Processo Penal*. Série Universitária. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012.



BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.* 17 ed. Salvador: Juspodivm: 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo.* 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JARDIM, Eliete Costa Silva. *Absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova das autos e irrecorribilidade.* Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v.18, n 67, pág 13-31, jan-fev 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tribunal do Júri.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* São Paulo: Atlas, 2015.



MANUTENÇÃO DE PROGRAMAS SOCIAIS EM MOMENTOS DE CRISE FINANCEIRA: O EMBATE ENTRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E A RESERVA DO POSSÍVEL.

Daniel Rodrigues Thomazelli

Graduado em Direito com Lâurea Acadêmica pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – os programas sociais ganharam notoriedade com a construção do atual Estado Social Democrático de Direito, porém o desconhecimento por parte dos administradores e até mesmo dos operadores do direito quanto ao seu papel constitucional faz com que eles fiquem sujeitos a reduções ou até mesmo cortes nas mais diversas ocasiões, principalmente nas de crise econômica. Este trabalho terá como essência o estudo da natureza jurídica dos programas sociais e também uma análise prospectiva com base nos princípios constitucionais para apontar possíveis razões de decidir a serem aplicadas pelos tribunais quando instados a se manifestar sobre o embate entre o princípio da vedação ao retrocesso com o da reserva do possível nas situações de escassez de recursos estatais para a manutenção de programas sociais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Programas sociais. Crise financeira. Princípio da vedação ao retrocesso. Reserva do Possível.

Síntese – Introdução. 1. Programas Sociais: natureza jurídica e a sua constante ameaça de extinção ou redução. Seriam eles os primeiros a serem afetados nas situações de crise econômica? 2. O enfrentamento dos tribunais quanto a questões relativas à concretização de direitos sociais: é aceita a aplicação do princípio da reserva do possível? 3. A atuação dos tribunais para conciliar a vedação do retrocesso com a reserva do possível. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute potenciais soluções para um eventual embate a ser enfrentado pelos tribunais: o do princípio da vedação ao retrocesso com o da reserva do possível nas situações de escassez de recursos estatais para a manutenção de programas sociais.

Tal enfrentamento se demonstra relevante porque o Brasil enfrenta uma grave crise econômica que se agrava desde o final do ano de 2014. A inflação elevada, em efeito cascata, gerou desemprego, estagnação das indústrias, enormes prejuízos ao comércio e, conseqüentemente, queda da arrecadação estatal. Não obstante isso, o contexto político atual é pontado por denúncias de enormes esquemas de corrupção, envolvendo pessoas do mais alto escalão político, o que acabou por acentuar o enfoque da imprensa e da população em geral nos desvios de verbas públicas e falta de capacidade de gestão da máquina pública.

Tudo isso aliado a contextos específicos envolvendo alguns entes estatais, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro que sofre com a queda do preço dos royalties de petróleo, fez com que os administradores começassem a se preocupar com o futuro das finanças públicas. O contexto de crise política e econômica acendeu o alerta para o planejamento econômico dos entes federativos: é preciso mudar a forma de arrecadar, alocar os recursos e, principalmente, é preciso cortar gastos.

O país vive intensos debates a respeito das “Reformas” propostas pelo Governo Federal. No Congresso Nacional já foram aprovadas a chamada “PEC dos Gastos Públicos” e a “Reforma Trabalhista”, também se discute a “Reforma da Previdência” e a “Reforma Tributária”, todas elas sob a justificativa de que é preciso reformar para que, a longo prazo, o Estado consiga se sustentar.

Questiona-se então o que ocorrerá se objetivo dessas reformas não for alcançado? Como o Estado irá prover a sua população o mínimo em saúde, educação, alimentação, transporte, assistência social, etc., se arrecadar menos do que o necessário?

Alguns Estados da Federação, como o Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais já enfrentam esta situação, a ponto de estarem atrasando o pagamento de seus servidores e buscam junto ao Governo Federal ajuda financeira para se socorrerem. O tema afflige governantes e a população como um todo, afinal, ocorreria uma situação até então inédita: o Estado, que tem por obrigação constitucional prover direitos sociais a seus cidadãos, não mais possui condições financeiras de arcar com eles. Um retrocesso social estaria próximo de ser vivenciado?

Partindo deste contexto social, político e econômico, o presente trabalho tem como objetivos específicos comprovar que é iminente a ameaça de retrocesso no que tange aos direitos sociais atualmente garantidos aos cidadãos por meio de programas sociais, bem como evidenciar o ativismo judicial no que tange à concretização desses direitos e a não aplicação do princípio da reserva do possível. Por fim, busca-se estabelecer caminhos a serem trilhados pelos tribunais para a manutenção dos programas sociais nas situações em que haja escassez de recursos financeiros.

Inicia-se o primeiro capítulo conceituando a natureza jurídica dos programas sociais e indagando se eles seriam os primeiros a serem ameaçados de extinção ou redução em razão da escassez de recursos econômicos por parte do Poder Público.

No segundo capítulo é abordado o enfrentamento dos tribunais quanto a questões relativas à concretização de direitos sociais, buscando saber se é aceita pela jurisprudência a aplicação do princípio da reserva do possível.



O terceiro capítulo enfrenta a questão chave do presente trabalho, que é discutir como poderão os tribunais conciliar o princípio da vedação do retrocesso com a falta de recursos estatais nas demandas que tendem a surgir no Judiciário para pleitear a manutenção de programas sociais.

Para tanto, o pesquisador pretende se utilizar de proposições hipotéticas, a fim de analisar o objeto do estudo e, ao final, de firma argumentativa, comprová-las ou rejeitá-las, utilizando-se do método hipotético-dedutivo. É feito um recorte epistemológico que garante sistematicidade e cientificidade para que esta pesquisa consiga atingir seus objetivos: contribuir com a comunidade científica.

Com o objetivo de sustentar sua tese, pretende se valer da bibliografia relativa à área temática em estudo – analisada e fichada na fase exploratória – tais quais a legislação, doutrina e jurisprudência. A abordagem do objeto desta pesquisa, portanto, é qualitativa.

1. PROGRAMAS SOCIAIS: NATUREZA JURÍDICA E A SUA CONSTANTE AMEAÇA DE EXTINÇÃO OU REDUÇÃO. SERIAM ELES OS PRIMEIROS A SEREM AFETADOS NAS SITUAÇÕES DE CRISE ECONÔMICA?

Para deixarem suas atuações marcadas os governantes contemporâneos adotam estratégias parecidas quando chegam ao poder. Já não é recente a prática de Presidentes, Governadores e Prefeitos em batizar determinadas políticas públicas como forma de marketing, visando a ter seu nome lembrado como autores do determinado projeto. As políticas públicas de Governo que implementam direitos sociais estão dentro do gênero conhecido como programas sociais.

Como exemplos de espécies deste gênero pode-se citar, em âmbito federal, o programa “Bolsa Família” – talvez o mais conhecido programa social do Brasil – criado pela Lei nº 10.836/04¹ e que objetiva dar assistência às famílias desamparadas por meio da transferência direta de renda. No Estado do Rio de Janeiro há o “Bilhete Único”, que visa diminuir os custos do transporte público na Região Metropolitana por meio de uma integração de tarifas.

¹ BRASIL. Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.html>. Acesso em: 21 mai. 2017.

São corriqueiros nos programas sociais não apenas o batismo da política implementada, mas também o uso de um slogan, de uma logomarca e muita publicidade institucional a seu respeito. Em virtude dessas características seria bastante plausível concluir que se trata meramente de uma estratégia política, de uma ação com fins eleitoreiros, mas não o é. Nos exemplos citados destaca-se que eles tinham como escopo, respectivamente, a assistência aos desamparados e o transporte, que são direitos sociais consagrados no artigo sexto da Constituição².

E não apenas os aqui citados, todos os programas sociais visam a atender ao menos um dos direitos sociais, porque eles nada mais são do que o meio encontrado pelos administradores para viabilizar sua execução. Os programas sociais são a efetivação dos direitos prestacionais de segunda geração e, por isso, inevitavelmente, terão como objeto: educação, saúde, alimentação, transporte, assistência social, lazer, etc.

Pode se questionar a adequação desse marketing político associado aos direitos sociais com os princípios que regem a Administração Pública, principalmente a impessoalidade e a moralidade, bem como consequências que possíveis desvirtuamentos em sua execução podem trazer aos pleitos eleitorais, todavia, este não é o objeto deste estudo. A abordagem aqui é estrita à sua natureza jurídica e à análise aplicada à efetivação dos direitos sociais.

O Brasil tem histórico muito recente de implementação dos direitos de segunda geração. Apenas com a Constituição de 1988 houve a consolidação de direitos fundamentais como a base do ordenamento jurídico pátrio; somente a partir dela a atuação proativa do Estado passou a ser obrigatória e, por isso, a implementação de direitos sociais ainda está longe do ideal. Em um país ainda pobre e de extrema desigualdade social, a implementação dos direitos sociais é a principal via para se concretizar os objetivos fundamentais da República, em busca de um país em que todos sejam formal e materialmente iguais perante a lei. Se os programas sociais formam o meio executório encontrado pelos gestores públicos para cumprirem esse dever prestacional do Estado, eles devem ser enxergados como tal, e não como meras políticas de governo.

O esclarecimento de sua natureza jurídica de direito social é fundamental para que os programas sejam mantidos, porque caso contrário eles tendem a ser cortados ou reduzidos pelos governantes sempre que houver questionamento sobre os gastos públicos. Explica-se:

² “Art. 6º da CRFB: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.



como eles têm em si arraigados um caráter político, não é incomum que, quando ocorre a troca na chefia do Executivo, um projeto que estava consolidado e garantindo direitos sociais à parcela da população seja reconfigurado ou até mesmo extinto. A licitude dessa redução ou extinção será aprofundada nos capítulos seguintes no que tange à discussão sobre o princípio da vedação ao retrocesso; aqui, busca-se destacar que, na prática, não conceber os programas sociais como execução de mandamentos constitucionais, mas sim como meros feitos políticos promovidos por outros administradores, torna-os alvo de constantes supressões.

Se em situações normais os governantes já encontram dificuldades de promovê-los e, principalmente, de mantê-los; em situações de crise econômica a tendência é que as dotações orçamentárias destinadas aos programas sociais sejam um dos principais pontos de cortes de gastos. Ressalta-se que essa tendência se dá porque não há a consolidação do entendimento de que se tratam de direitos sociais e de que devem ser prioridades dos governos, tais quais os investimentos na educação de base e na manutenção de hospitais.

Essa tendência pode ser comprovada nos cortes de gastos realizados pela União nos anos de 2015 e 2016, no meio de uma crise econômica que fez o Governo Federal repensar a sua alocação de recursos, o que implicou em uma queda significativa nos investimentos em Programas Sociais³⁴.

O Estado que já vive a maior dificuldade de manutenção de suas atividades em razão da escassez de recursos é o Rio de Janeiro. Buscando medidas de emergência para atenuar a crise financeira, o Executivo Estadual submeteu uma série de medidas à apreciação do Poder Legislativo, dentre as quais a extinção de programas sociais³⁵. O Estado do Rio de Janeiro é o primeiro a vivenciar situação extrema de falta de recursos econômicos e uma das primeiras medidas adotadas foi a desestatização de um importante programa social consolidado no Estado há mais de dez anos: os “Restaurantes Populares”³⁶. Na mesma oportunidade o Rio de

³⁴ *OUTO em nove programas sociais perde recursos em 2015*. Disponível em: <[³⁵ *PROGRAMAS sociais são cortes de até 87% com Dilma*. Disponível em: <<http://beta.gazetonline.com.br/noticias/brazil/2016/05/programas-sociais-tem-cortes-de-ate-87-com-dilma-1013941499.html>>. Acesso em: 21 mai. 2017.](http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/02/outo-em-nove-programas-sociais-perdem-recursos-em-2015-4970453.html#showNoticia=Z35TRDsrTB0ymjkaODU1MjM4MTg3MzYubMjU2LHpeNTgINjE3OTAzNzk2M6MSMDUubMjAbOzc2NDUubMjUyMzAlMjYyOXMzNzZNNU1qfj15qjw5e356L3ZU2Ea=>. Acesso em: 21 mai. 2017.</p></div><div data-bbox=)

³⁶ *PACOTE de medidas chega à ALERJ*. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2016-11-16/pacote-de-medidas-chega-a-alerj.html>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

³⁷ *GOVERNO do Rio anuncia reformas administrativa com cortes de secretarias e fim de programas sociais*. Disponível em: <<http://extra.globo.com/emprego/servidor-publico/governo-do-rio-anuncia-reforma-administrativa-com-cortes-de-secretarias-fim-de-programa-social-19467341.html>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

³⁸ *PEZZO diz que pacote de medidas do RJ não é fácil de ser aprovado*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/pezzo-diz-que-pacote-de-medidas-do-rj-nao-e-facil-de-ser-aprovado.html>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Janeiro extinguiu o Programa “Aluguel Social”, mostrando que quando a crise econômica se agrava os governantes não levam em consideração o enorme impacto que esses cortes causam na política de efetivação de direitos como alimentação e moradia. Isso leva à conclusão de que a redução ou extinção de programas sociais em situações de crise não é apenas uma tendência.

Outros dois Estados que também passam por crise econômica – ainda não no mesmo nível crítico que o Rio de Janeiro – têm mantido os investimentos em programas sociais. Rio Grande do Sul⁶ e Minas Gerais⁷ já anunciaram pacotes visando a redução dos gastos públicos, mas fizeram questão de enfatizar que não haverá cortes nos programas. Importante não enxergar isso como um avanço, mas sim como um sinal de que, ainda que não como primeiro alvo, eles estão sempre sendo cogitados de redução ou extinção.

Os programas sociais nunca se consolidaram como políticas de Estado, aquelas que devem ser mantidas independentemente da ideologia que se encontra no poder. Tal fato se deve a sua origem recente no mundo político e a sua instável conservação mesmo que em situações de estabilidade econômica.

Quando a situação é de crise, ainda que os governantes busquem preservá-los, eles estarão sempre no topo da lista de prioridades nos cortes, haja vista que não está enraizada a ideia de que sua natureza jurídica não é de mera plataforma política – apesar de comumente serem usados como tal – e sim de implementação de direitos fundamentais. Em razão disso, os direitos sociais que deveriam ser protegidos em quaisquer situações, ficam vulneráveis a oscilações políticas e econômicas e tendem sim a serem os primeiros a sofrerem impactos.

⁶ ENTENDA os pacotes criados por ES e RJ para conter a crise financeira. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/11/entenda-os-pacotes-criados-por-es-e-rj-para-conter-a-crise-financeira-8474620.html>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

⁷ CHEIKHI, Carlos Eduardo. No vermelho, MG faz corte de R\$ 1bilhão: educação é a área mais afetada. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/02/03/no-vermelho-mg-faz-corte-de-r-1-bilhao-educacao-e-area-mais-afetada.htm>>. Acesso em: 21 mai. 2017.



2. O ENFRENTAMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO A QUESTÕES RELATIVAS À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: É ACEITA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL?

O constitucionalismo social no Estado brasileiro ganhou força e concretude com o término do Regime Militar e com a redemocratização¹⁰. O constituinte de 1988 traçou normas programáticas que direcionam os caminhos a serem seguidos pelos governantes, contudo a efetivação dessas normas não se deu de forma imediata, porque dependia de uma evolução cultural e do amadurecimento de conceitos. Isso vem se desenvolvendo ao longo dos anos, com o auxílio do Judiciário por meio de situações pedagógicas.

Se por um lado o constitucionalismo programático tem a utopia da sociedade ideal materializada no corpo da Constituição, por outro ele induz a que os governantes adotem ações em busca de concretizar o máximo possível desses ideais. O objetivo é alcançar a sociedade possível que seja mais próxima da almejada. Coelho¹¹ esclarece esta questão do direcionamento que as utopias apresentam:

a utopia (...) possui importante papel crítico das consciências coletivas e de importante modelo de crítica do real, uma análise prospectiva de futuros possíveis para a humanidade. Não que seja a utopia ela mesma um motor que movimenta a história, mas ela é um vetor, um vetor sociológico que indica um caminho, uma direção.

Essa direção indicada pelo constituinte programático tem um caráter mandamental para os administradores. Jessé Torres¹² cita a supremacia da constituição como um dos novos paradigmas do direito administrativo, porque “os textos constitucionais pós-modernos querem limitar o poder do Estado ao traçar quais as políticas e objetivos que ele deve alcançar para o atendimento de direitos sociais fundamentais” [informação verbal]. As normas programáticas constitucionais são prioritárias e sua execução independe da conveniência e oportunidade dos gestores¹³.

Esse novo paradigma foi de difícil compreensão para os administradores devido à arraigada cultura da discricionariedade plena para a escolha de quais serviços públicos seriam

¹⁰ MARTINS, Flávia Bahia. *Aula ministrada para o Curso de Especialização em Direito para o Carreira de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, em outubro de 2016.

¹¹ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. O poder constituinte e a construção das utopias: suas possibilidades e limites. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Baurá, v.40, n.45, p. 291-314, jan/jun 2006, p. 309.

¹² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Aula ministrada para o Curso de Especialização em Direito para o Carreira de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, em março de 2016.

¹³ *Ibidem*.

adotados prioritariamente. Essa talvez seja uma das maiores dificuldades para a implementação do constitucionalismo social no Brasil e por isso o Judiciário vem sendo instado a intervir.

Após mais de uma década de inércia por parte dos administradores, iniciou-se no Brasil o ativismo judicial, que é a interferência do Judiciário na gestão pública para, dentro dos parâmetros indicados pela Constituição, determinar a execução de políticas públicas pelos administradores.

Questionou-se a constitucionalidade desse ativismo, afinal, não estaria o Judiciário extrapolando a separação dos poderes? Não. Isto somente era suscitado pela dificuldade da sociedade brasileira em compreender a mudança de paradigmas. O ativismo judicial é a mais pura situação do Judiciário em uma de suas atribuições típicas: a defesa da Constituição. Desde que as políticas públicas prioritárias traçadas pelo constituinte estejam efetivadas, a discricionariedade dos chefes do Executivo permanece intacta quanto às demais políticas.

Neste diapasão, uma das primeiras decisões do STF¹⁴ com relação ao tema, ainda no ano 2000, marcou a transformação na jurisprudência que até então era pela não intervenção do Judiciário em políticas públicas:

[...] o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, frustrando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

A didática explicação do Ministro Celso de Mello ressaltando que “as normas programáticas não são promessas constitucionais inconsequentes¹⁵” foi um marco para toda a comunidade jurídica, porque desde 1988 as normas programáticas constitucionais vinham sendo negligenciadas.

A partir de então, aumentou-se a conscientização de que os direitos sociais previstos na constituição direcionavam a situação dos administradores. Contudo, surgiu um debate acerca dos limites desses mandamentos, não com base principiológica, mas sim por questões fáticas: a reserva do possível.

Desenvolveu-se a tese de que não haveria a possibilidade concreta de garantir todos os direitos sociais à população porque não há orçamento para isso. Logo, os administradores

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271286 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portalfurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2DNUMERO%2E+OJ+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/y9aqpjb4>>. Acesso em: 09 set. 2017.

¹⁵ *Ibidem*.



teriam de fazer escolhas alocativas e, por o Judiciário não ter ingerência no orçamento, não poderia ele determinar quais políticas públicas deveriam ser executadas, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes.

Essa questão também chegou ao STF e o tribunal considerou os argumentos apresentados pelos entes estatais, porque não há como negar que o Estado não pode fazer tudo. Porém, cumprindo seu papel de guardião da Constituição e consciente de sua função pedagógica nesse período ainda de transição para um constitucionalismo social efetivo, a Suprema Corte¹⁶ analisou esse embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial:

[...] a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassa, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intransigibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (...) A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, encorcação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...]

A interpretação mais condizente com os princípios constitucionais é a de que a reserva do possível tem como limite o mínimo existencial, logo, não pode ser utilizada como empecilho à concretização dos direitos sociais mínimos que o constituinte previu. As escolhas alocativas feitas pelos administradores devem ser guiadas pelo que a Constituição indica como prioridade e, sendo assim, o Judiciário deve sim interceder para tutelar a proteção do mínimo existencial dentro dessas escolhas.

Portanto, hoje a posição consolidada na jurisprudência¹⁷ é a de que dentro das atribuições de cada ente estatal, justamente pela limitação orçamentária, a aplicação dos recursos deve priorizar o mínimo existencial. Este deve ser compatibilizado com a reserva do

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639337 AgR, Relevar*. Ministro: Celsio de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portalfurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2ERNUMER+OJ+639337%2ERACMS%2E%29&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/yccfi7tuec>>. Acesso em: 09 set. 2017.

¹⁷ Conforme visto nos acórdãos supracitados.



possível, a qual não pode ser utilizada como argumento para exonerar o governante do cumprimento dos mandamentos constitucionais¹⁸.

Infelizmente, não obstante a sólida construção jurisprudencial, ainda não se criou uma conscientização por parte dos gestores a ponto de eles colocarem os mandamentos constitucionais em prática. Questões relativas à implementação de direitos sociais seguem chegando ao Judiciário e a reiteração desse descumprimento vem gerando reações mais duras por parte dos magistrados¹⁹, que podem ser exemplificadas no seguinte acórdão:

[...] no campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapsa. (...) Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, presumida e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei. [...]

Nota-se que após anos da virada jurisprudencial iniciada no Recurso Extraordinário 271286 já se enxerga o descumprimento dos ditames constitucionais não mais por questões histórico-políticas, mas sim por um relaxamento doloso por parte dos administradores. A identificação dessa desidiosa administrativa pode ser uma filigrana importante para nortear as futuras decisões judiciais quanto ao tema quando se estiver diante de uma real situação de escassez de recursos.

3. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS PARA CONCILIAR O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO COM A RESERVA DO POSSÍVEL

A consolidada jurisprudência dos tribunais superiores com relação ao choque entre a reserva do possível e o mínimo existencial se limita a situações de regularidade política, econômica e financeira. Isto é, para os períodos em que, apesar de limitado, o orçamento estatal consegue abarcar pelo menos a manutenção e o custeio do ente, bem como suas funções prestacionais. Os tribunais, porém, ainda não foram instados a se manifestar em situações distintas, nas quais haja comprovada ausência de recursos financeiros.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 956475, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portalfjurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28956475%28NUMERO%28+OU+956229+NAC+%28PERKS%28&base=baseMonocraticas&url=http://inyul.com/y5mbtjz>>. Acesso em: 06 set. 2017.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1607472, Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCCN/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1607472&&b=ACOR&themas=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 07. set. 2017.



Neste contexto, pelas razões apresentadas no capítulo primeiro, inevitavelmente o questionamento sobre a constitucionalidade da extinção ou redução de programas sociais irá chegar ao Judiciário. O objetivo deste capítulo é apresentar possíveis razões de decidir para essas questões, aplicando a principiologia constitucional que envolve a temática para dela extrair soluções que possam ser aplicadas a qualquer caso concreto.

Por os programas sociais já terem sido efetivados, o embate não será entre o mínimo existencial e a reserva do possível, mas sim entre esta – potencializada pela situação de crise – e a afronta que a extinção dos programas representa ao princípio constitucional da vedação do retrocesso.

Esse princípio nada mais é do que a impossibilidade de se retirar da população um direito social já fornecido pelo Estado. Sobre ele o STF²⁰ assim se manifesta:

[...] o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. (...) A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (...) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. (...) Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.

Esse dever assumido pelo Estado fica comprometido com a situação fática de escassez de recursos estatais. A reserva do possível ganha importância central aqui, uma vez que não há como manter programas sociais sem recursos financeiros.

Antes de aprofundar a temática central proposta, faz-se mister destacar que em um caso concreto a crise econômica deve estar sobejamente comprovada nos autos, não bastando a mera alegação de que a crise é um fato notório. Se ficar comprovado que não se trata de uma crise econômica, mas sim de uma má-gestão administrativa que pode ser contornada a curto prazo, devem ser aplicadas as conclusões apontadas no capítulo anterior.

O cenário que se quer analisar enseja atuação cuidadosa por parte do Judiciário. Deve ser primeiramente identificada a existência de uma real crise financeira²¹, a ponto de inviabilizar por completo a situação administrativa, mesmo que ocasionada por reiteradas má-administrações. Se isso for objetivamente identificado, defende-se que não há como o

²⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

²¹ O ônus dessa comprovação é do ente estatal que a alega. O magistrado para decidir necessita de uma certeza técnica e para isso deve requerer o auxílio de sua equipe multidisciplinar.

magistrado ignorar a situação fática e impor a manutenção do programa social²². O STJ²³, ainda que não como razão de decidir, já expôs entendimento nesse sentido:

[...] é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. (...) Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitida que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Esta situação hipoteticamente analisada pelo STJ²⁴, batizada de “insuficiência de recursos” pelo Poder Público, assemelha-se à situação de recuperação judicial de empresas. O direito não será capaz de trazer respostas a situações em que o ente não tenha condições de realizar nem os mínimos fins a que ele se objetiva, porque isso implicaria a falência, ou o fim do Estado. Por outro lado, incumbe ao Judiciário auxiliar os entes estatais em sua recuperação quando os recursos existam, ainda que bastante escassos se comparados com as necessidades a serem supridas.

A falência total do Estado está bem longe de ocorrer, porque nos modelos atuais a arrecadação é contínua, por isso as soluções apresentadas devem girar em torno do que propõe a Lei nº 11.101/2005²⁵ para a recuperação de empresas. Não se propõe aqui a equiparação do Estado com empresários, mas sim utilizar a regra de prioridades trazidas em concursos de credores para aplicar às situações prioritárias do Estado.

Explica-se: se o ente não possui recursos para arcuar com todos os seus compromissos atuais, deve-se estabelecer uma lista de prioridades para suas situações, costando-se os demais gastos. Entende-se como prioritário, dentro do orçamento do Executivo, o pagamento dos servidores²⁶, a manutenção dos direitos prestacionais – em que se enquadram os programas sociais – e a manutenção da estrutura mínima administrativa.

O principal propósito deste artigo era identificar a posição topográfica dos programas sociais na lista de prioridades do Estado, o que se foi difundido tende a solucionar a maior parte dos casos levados ao Judiciário, porque eles passariam ao topo das prioridades, ao

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 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 Positivo" \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF_Politicas_Publicas_Intervencao_Judicial_-_Reserva_do_Positivo_(Transcricoes))>. Acesso em: 16 set. 2017.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 790.767, Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=790767&dt=ACORD&thesaurus=IURIDICOD&p=trac>>. Acesso em: 16. set. 2017.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 23.

²⁵ Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

²⁶ O pagamento dos servidores possui caráter alimentar, por isso se encontra dentro do núcleo do mínimo existencial, razão pela qual deve ser prioridade.



contrário de como são enxergados atualmente. Todavia, ainda nos cabe questionar como proceder se mesmo para esta trinca de prioridades²⁷ faltarem recursos.

Abordando exclusivamente os programas sociais, a solução gira em torno da sua razão de existir. Como os programas sociais são a forma de efetivar direitos sociais à população que deles necessita, se ele estiver sendo executado para além dessas necessidades, o excesso estará fora do manto protetor da vedação do retrocesso e poderá ser cortado.

Exemplifica-se com a solução aplicada administrativamente pelo Estado do Rio de Janeiro para manter a execução do programa “Bilhete Único”, adequando-o ao seu orçamento. Foi estabelecido um limite de renda aos beneficiários²⁸, concedendo um prazo para que os usuários fizessem um cadastramento comprovando que, de fato, necessitavam de um auxílio estatal para terem assegurados seu direito social ao transporte.

Aqueles usuários anteriores que extrapolavam o limite máximo de renda e tiveram seu benefício cortado não poderão alegar inconstitucionalidade da medida e aplicação do princípio da vedação do retrocesso, porque a análise conglobante dos dispositivos constitucionais é no sentido de que os direitos sociais devem ser garantidos a todos, mas prioritariamente aos que não tiverem acesso pelos seus próprios recursos. O princípio da vedação do retrocesso nestas situações de crise financeira deve ser limitado ao chamado “núcleo duro dos direitos sociais”, ou seja, ao mínimo existencial provido àqueles que necessitam da assistência do Estado.

A situação é delicada e o magistrado instado a decidir pela manutenção ou não de um programa social deve, primeiramente, identificar a situação concreta de crise alegada pelo ente estatal. Se essa for a hipótese, tal qual o juiz falimentar, ele deve enxergar que a condenação à implementação do programa reivindicado poderá comprometer direitos fundamentais que são tão prioritários quanto o assegurado pelo programa objeto da lide.

Tendo isso em vista, a prudência requer que ele levante a real extensão da situação de crise para ter a certeza de que há ao menos recursos para a manutenção da referida trinca prioritária. Se não for o caso, o magistrado deve identificar qual a ordem de prioridade em que o programa social se enquadra e essa análise deve ser feita por meio da ponderação entre ele e os demais direitos sociais prestados, sempre à luz do caso concreto.

O magistrado buscará priorizar a manutenção integral do direito assegurado pelo programa social e somente se não for possível deverá determinar a redução ao seu núcleo

²⁷ Pagamento dos servidores, direitos previdenciários, manutenção de estrutura mínima administrativa.

²⁸ RIBEIRO, Gustavo. *Reconstruindo do Bilhete Único Intermunicipal 100 anos*. Disponível em: <<http://tdia.jg.com.br/tio-de-janeiro/2017-08-22/ver-adequamento-do-bilhete-unico-intermunicipal-100-anos.html>>. Acesso em: 16. set. 2017.

duro, tal qual exemplificado anteriormente²⁹. Somente em último caso a sentença deve ser pela extinção, porque nas situações excepcionalíssimas em que o Estado não tem recursos para fazer o que dele minimamente se espera, por absoluta impossibilidade de atuação em contrário, deve ser reconhecida a prevalência da reserva do possível³⁰.

Por fim, algumas questões processuais devem ser destacadas. Quando essas situações vierem a ocorrer, inúmeras demandas deverão ser instauradas, o que poderá vir a gerar decisões conflitantes. O modo de atuação sugerido neste capítulo somente funcionará se um único juiz atuar sobre todas as causas. Caso isto não ocorra, a tendência é que as diversas decisões proferidas apenas contribuam para o agravamento da crise.

Não se propõe uma mudança nos Códigos de Organização Judiciária, mas sim uma leitura atenta da situação e uma interpretação teleológica dos institutos da conexão e da limitação da demanda previstos no Código de Processo Civil. O magistrado que primeiro identificar a situação de crise terá maiores condições de decidir sobre manutenção, redução ou extinção daquele programa social, porque terá a análise ampla da situação financeira do ente demandado e, portanto, deve ser o único a se manifestar sobre a situação.

No contexto da crise, para que haja a recuperação do ente, se toda a temática não ficar concentrada em um único magistrado, decisões conflitantes serão proferidas e a crise agravada; por isso a conexão junto ao juízo prevento é medida que se impõe, tal como prevista no Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Este trabalho girou em torno dos programas sociais, trouxe seu conceito, exemplos e buscou principalmente destacar sua natureza jurídica de forma de efetivação de direitos sociais. Foi constatado que sua volatilidade é devida ao desconhecimento dessa natureza jurídica por parte dos administradores e operadores do direito, o que impede que os direitos sociais implementados pelos programas sociais tenham o tratamento constitucional devido.

²⁹ Outro exemplo seria o do programa "Restaurante Popular". Como sugestão, poderia se determinar a manutenção dos restaurantes com o acesso limitado à população de baixa renda previamente cadastrada nos órgãos do Estado.

³⁰ O objetivo deste estudo se limitava a responder a esse questionamento. Porém, caso em uma situação prática o Judiciário tenha que concluir pela prevalência da reserva do possível em face de direitos fundamentais, afigurar-nos-iam presentes os requisitos para a deflagração do Sistema Constitucional de Crises – artigos 34-36 e 136-141 da Constituição – a fim de que o ente seja socorrido e o Estado Democrático de Direito preservado, porque, em contrário, esse seria o início de um caos que pode levar ao citado fim do Estado tal como ele é hoje conhecido.



Como o debate proposto também tinha como objetivo apresentar razões de decidir para os futuros enfrentamentos que o Judiciário possa vir a ter sobre a extinção ou redução dos programas sociais nos períodos de crise econômica e o choque com o princípio da vedação do retrocesso, foi necessário primeiro realizar um estudo jurisprudencial sobre a possibilidade de o Judiciário atuar para determinar a implementação dos direitos sociais, porque apesar de as conclusões serem distintas, a principiológica adotada é a mesma.

Para a aplicação das razões de decidir sugeridas é necessária uma cautela prévia: a análise da real situação de crise. Isso porque as decisões podem gerar redução de programas sociais, ainda que de modo a respeitar reserva do possível. É uma situação excepcionalíssima que visa a preservar minimamente a razão de ser do Estado Social enquanto este período de recuperação não se encerra.

Importante destacar que não é papel do Judiciário a incumbência de retirar o ente Estatal da crise financeira. Se instado a atuar durante a crise, o Judiciário terá função restrita à tutela dos princípios constitucionais. Assim como foi feito pontualmente no citado exemplo do Estado do Rio de Janeiro, a situação estatal no momento de crise deve ser manejada administrativamente, com os órgãos gestores identificando prioridades, realocando recursos e realizando cortes em despesas, afinal, essa é a função típica do Executivo.

Conforme sugerido nos caminhos a serem trilhados pelo juiz para essas situações, o magistrado, assim como na recuperação judicial, limita-se a verificar os requisitos formais: se a escusa em prestar determinado programa social é devida ou não; se é caso de ponderação entre direitos fundamentais ou não. Em respeito ao princípio da separação dos poderes, o juiz não assume o controle do Executivo: a caracterização da situação excepcionalíssima não tem essa finalidade.

Além disso, para trabalhar contextos de crise é necessária uma conscientização por parte dos magistrados: um modo de atuar com olhar consequencialista e conglobante para o orçamento estatal. Isso é fundamental para que o Judiciário ajude na recuperação do ente, atuando nos estritos termos das suas atribuições constitucionais.

Conclui-se constatando que nas situações de crise, o reconhecimento da reserva do possível deve ser uma solução viável, ainda que momentânea, a fim de evitar danos ainda maiores ao Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. *Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 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 \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF-Políticas Públicas-Intervenção Judicial-Reserva do Possível (Transcrições))>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 271286 AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9aqqjb4>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639337 AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycfb7ose>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 761127*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25069432/recurso-extraordinario-com-agravo-are-761127-ap-stf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 845392*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25309276/recurso-extraordinario-com-agravo-are-845392-rt-stf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 956475*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28956475%2E+OU+956475%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9tmbtjz>>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 790.767*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=790767&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 16. set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1607472*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1607472&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 07 set. 2017.

CHEREM, Carlos Eduardo. *No vermelho, MG faz corte de R\$ 1bilhão; educação é a área mais afetada*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas->



noticias/2017/02/03/no-vermelho-mg-faz-corte-de-r-1-bilhao-educacao-e-area-mais-afetada.htm >. Acesso em: 21 mai. 2017.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. O poder constituinte e a construção das utopias: suas possibilidades e limites. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v.40; n.45, p. 291-314, jan/jun 2006.

ENTENDA os pacotes criados por RS e RJ para conter a crise financeira. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/11/entenda-os-pacotes-criados-por-rs-e-rj-para-conter-a-crise-financeira-8474620.html> >. Acesso em: 17 mai. 2017.

GOVERNO do Rio anuncia reforma administrativa com cortes de secretarias a fim de programas sociais. Disponível em: <<https://extra.globo.com/emprego/servidor-publico/governo-do-rio-anuncia-reforma-administrativa-com-cortes-de-secretarias-fim-de-programa-social-19467341.html>>. Acesso em 19 mai. 2017.

MARTINS, Flavia Bahia. *Aula ministrada para o Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, em outubro de 2016.

OITO em nove programas sociais perdem recursos em 2015. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/02/oito-em-nove-programas-sociais-perdem-recursos-em-2015-4970453.html#showNoticia=Z35TRUxTE0yMjkwODU1MjM4MTg3MzYwMjU2LHpeNTg3NjE3OTAzNzk2MzMSMDUxMjA4Ozc2NDUxMDUyMzA1MjYyODM3NzZNNU1qfj1fajwSe356L3ZUZEo=>>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

PACOTE de 'maldades' chega à ALERJ. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2016-11-16/pacote-de-maldades-chega-a-alerj.html>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Aula ministrada para o Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, em março de 2016.

PEZÃO diz que pacotes de medida do RJ não é fácil de ser aprovado. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/pezao-diz-que-pacote-de-medidas-do-rj-nao-e-facil-de-ser-aprovado.html> >. Acesso em: 20 mai. 2017.

PROGRAMAS sociais têm cortes de até 87% com Dilma. Disponível em: <<http://beta.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2016/05/programas-sociais-tem-cortes-de-ate-87-com-dilma-1013941499.html>>. Acesso em 21 mai. 2017

RIBEIRO, Gustavo. *Recadastramento do Bilhete Único Intermunicipal até amanhã*. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-08-22/recadastramento-do-billete-unico-intermunicipal-ate-amanha.html>>. Acesso em: 16 set. 2017.



APELOS, GRITOS E ECOS DO ARTIGO 334, DO CPC DE 2015. SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS NA TUTELA JURISDICIONAL

Daniel Valério de Siqueira Fonseca

Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Servidor Público efetivo dos quadros do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando no curso de preparação para a carreira da Magistratura da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o trabalho analisa a regra trazida pelo art. 334, do CPC/2015, o qual impõe como regra a designação de uma audiência de conciliação ou de mediação no início dos processos que seguem o rito comum. Da pesquisa das razões e dos objetivos que levaram o legislador a criar tal previsão, verifica-se que seu intento é reduzir o número de ações no Judiciário, bem assim o tempo de tramitação delas. Da abordagem sobre as diferentes manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, verifica-se acesa controvérsia acerca da adequação do novo comando legal ao sistema jurídico no qual é inserida. E, ao se observar efeitos práticos dessa inserção, tanto do ponto de vista do aplicador da norma como do ponto de vista do jurisdicionado, tomando-se como parâmetro para o estudo o cenário do Poder Judiciário Estadual fluminense, pode-se concluir que a norma, embora tenha o mérito de incentivar mudança no próprio pensamento litigioso, o que é essencial à melhoria da prestação jurisdicional, acaba por confrontar direitos e preceitos constitucionais e legais, sendo nesse primeiro momento muito custosa e pouco eficaz ao seu intento.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Audiência. Conciliação. Mediação. Artigo 334 do CPC. Obrigatoriedade. Reflexos. Celeridade. Razoável duração. Efetividade. Tutela Jurisdicional.

Sumário – Introdução. 1. Das razões e dos objetivos do legislador para a imposição, como regra, da audiência do artigo 334, do CPC. 2. A divergência doutrinária acerca da obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou de mediação e das hipóteses em que há óbice a sua realização. 3. A divergência, no Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro, acerca da obrigatoriedade da designação da audiência do art. 334, do CPC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O art. 334, do novo Diploma Processual Civil, impõe regra de designação de uma audiência de conciliação ou de mediação no início do procedimento comum dos processos cíveis, a qual apenas não será realizada se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual ou quando não admitir a causa autocomposição.

O objetivo do presente estudo é pesquisar os motivos que ensejaram a criação da norma e sua adequação ao sistema jurídico vigente, bem assim verificar o impacto imediato



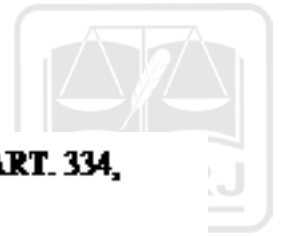
do novo regramento ao cotidiano forense e ao processo em si; o que se justifica porque, decorrido mais de um ano desde a implementação da regra, ainda se vê acesa a polêmica acerca da melhor norma a ser extraída do texto legal, polêmica que já aparecia no âmbito doutrinário mesmo antes da vigência do atual Código de Processo Civil e que se vê refletida no âmbito jurisprudencial, uma vez que há entendimentos diversos entre os órgãos julgadores.

O primeiro capítulo delimita-se sobre os aspectos históricos que levaram ao enorme aumento de contendas judicializadas e, sobre o contexto atual em que se insere a regra da audiência prévia, de modo a se verificar os objetivos que levaram a sua implementação. O segundo capítulo revive a discussão doutrinária acerca da constitucionalidade e legalidade dessa regra que impõe o comparecimento obrigatório a uma audiência de conciliação ou mediação. O terceiro capítulo volta-se para os aspectos práticos da implementação do novo procedimento e buscar identificar o impacto imediato do regramento no cotidiano forense e no processo em si, evidenciando os reflexos de sua aplicação na tutela jurisdicional e a forma como os aplicadores do Direito vêm percebendo e aplicando a nova norma.

A pesquisa parte de um olhar histórico, para a compreensão da realidade atual, e passa à observação da norma estudada à luz de princípios constitucionais e legais a ela pertinentes, amparando-se na bibliografia pertinente à temática. Após, busca-se observar julgados dentro do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que revelem a inserção da norma no cenário jurídico fluminense.

O pesquisador utilizará ainda o método hipotético-dedutivo, elegendo proposições hipotéticas a partir da verificação da realidade fluminense, as quais acredita serem adequadas às reflexões e à sustentação das respostas encontradas e tese defendida, sempre buscando comprová-las argumentativamente a partir da análise do objeto deste trabalho no contexto atual de acesso à justiça e de aumento da litigiosidade observados na sociedade contemporânea, considerando-se a estrutura do aparelhamento estatal em que a norma se vê implementada. Essa linha de pesquisa pretende investigar o quanto a norma afeta a duração dos processos, individualmente e globalmente considerados.

O olhar aos reflexos da aplicação da norma do art. 334, do CPC, na entrega jurisdicional, a verificação de seu impacto imediato no cotidiano forense, revela-se importante na medida em que se deve conduzir o ideário legislativo em harmonia com a realidade fática na qual se insere a norma, o que deve ser considerado não só pelo legislador como pelo intérprete no momento da aplicação da lei.



1. DAS RAZÕES E OBJETIVOS DO LEGISLADOR PARA A AUDIÊNCIA DO ART. 334, DO CPC¹

O art. 334 do CPC² impõe a designação de uma audiência de conciliação ou de mediação ao procedimento comum, a qual é anterior ao prazo de resposta do réu e apenas não será designada se ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse ou se não admitir a causa autocomposição. Esta imposição de designação tem sido objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial como se verá. No presente capítulo, vale investigar os motivos que levaram o legislador à implementação de tal procedimento.

A regra tem sua gênese no processo histórico que levou ao surgimento das formas alternativas de resolução de conflitos e a pesquisa volta-se neste primeiro momento ao fenômeno da ampliação da judicialização de demandas, identificado como impulsionador da criação dessas técnicas alternativas ante a necessidade de desafogar um Judiciário abarrotado de processos. No que concerne às razões do legislador, impossível investigá-las de forma apartada da evolução histórica do acesso à justiça. E no que toca aos objetivos da norma, já à primeira vista, é clara a intenção de incentivar a solução consensual dos conflitos de interesses, como tentativa de proporcionar solução mais rápida e de reduzir o número de ações pendentes, opção que segundo alguns³ chega ao fanatismo quando impõe a audiência contra a vontade da parte.

No contexto atual, observa-se a finalidade quase que matemática da norma, na medida em que o aumento do acesso à justiça não consegue ser acompanhado em igual proporção pelo incremento do aparato estatal, o que leva o legislador a buscar constantemente caminhos alternativos à tradicional solução pelo Estado-juiz. Com efeito, a autocomposição ganha maior relevância ante o aumento da litigiosidade na sociedade contemporânea, mas se questiona a forma como a norma tenta incentivá-la, e se ela se conforma ao ordenamento jurídico como um todo.

Historicamente, o crescimento de lides muito se apresenta como consequência lógica

¹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei113105.htm#art1045>. Acesso em 23 out. 2017.

²Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não fix o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 4º. A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

³NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2016. p. 934.



da expansão das relações comerciais e do maior acesso a bens de consumo e serviços, o que por sua vez veio a reboque de uma evolução social que contempla, dentre tantos combustíveis ao aumento das relações jurídicas e, conseqüentemente, dos conflitos de interesses, duas grandes revoluções e duas guerras mundiais. Com a Revolução Francesa vê-se o rompimento das estruturas de poder da sociedade à época e se evidencia o homem como sujeito de direitos. A Revolução Industrial, por sua vez, possibilitou o aumento exponencial da oferta de produtos ao mercado consumidor mundial. E, ainda da amargura das duas Guerras Mundiais, restam inegáveis avanços científicos e industriais, além por óbvio do fortalecimento da crença de que o ser humano é senhor de direitos fundamentais, os quais, mais do que respeitados, devem ser garantidos pelo Estado, em face dos governantes e em face do cidadão.

É possível visualizar ainda, como impulsionador das disputas judicializadas, as citadas três ondas reformatórias por que passou o Direito Processual, iniciadas em 1965, e identificadas pela doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴: a primeira relacionada à assistência judiciária aos de baixa renda; a segunda, aos direitos difusos e coletivos lato sensu; e a terceira ligada ao enfoque do acesso à justiça. Trata-se de reformas legislativas que buscaram um processo que garantisse justiça efetiva ao maior número possível de pessoas, mas que ajudaram, por outro lado, a asoberbar o Judiciário.

Saliente-se que a própria filosofia do pensamento jurídico em sua evolução também explica o incremento das lides, na medida em que se passou às Teorias Concreta e Abstrata do Direito de Ação, passando-se a entender o direito de ação como diverso do direito material e permitindo-se pleitear em Juízo independentemente de se ter o direito material pretendido⁵.

Para se ter uma ideia do incremento da litigiosidade nos últimos anos, a consulta aos índices do relatório anual do Conselho Nacional de Justiça⁶, revela que o Poder Judiciário iniciou o ano de 2016 com quase 74 milhões de processos em tramitação e que o acervo nacional aumentou 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior. Os dados apontam ainda que o estoque de processos no Poder Judiciário segue aumentando desde 2009 e que o crescimento acumulado deste período foi de 19,4 %, o que significa 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano.

Nessa esteira evolutiva, observa-se que o número exacerbado de demandas desafia

⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 327-328.

⁶CNJ. *Justiça em números 2016*: Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b6f48be3bb6f44931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.



estruturas e sistemas jurídicos constituídos e recebe o impulso do reconhecimento do direito de acesso à justiça, o que por sua vez reclama a disponibilização de assistência judiciária gratuita e o fortalecimento dos órgãos de representação de classes, na defesa desse direito.

A reboque deste reconhecimento, diversos outros fatores ainda podem ser identificados como mola propulsora da judicialização de conflitos, a exemplo da criação dos Juizados e das iniciativas de Justiça Itinerante, ou até mesmo o simples aumento do fluxo de informações, a divulgar direitos e sua forma de proteção.

A reunião de tantas conquistas cria enfim um cenário propício ao crescente déficit na prestação jurisdicional, de modo a tornar ponto central da processualística moderna a busca por resultados práticos que garantam o acesso à ordem justa, soluções que minimizem o efeito negativo de se garantir, de forma cada vez mais ampla, o acesso à justiça.

É enfrentando essa problemática que o legislador já há muito busca eliminar o antagonismo clássico entre o processo judicial e os meios alternativos de solução de conflitos, como se vê desde a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ⁷, onde se afirma que o direito de acesso à Justiça exige soluções efetivas e uma política de incentivo aos mecanismos consensuais de solução de litígios. Neste contexto o legislador encontra justificativa à norma aqui estudada, firme no argumento da necessidade de se aprimorar a qualidade da prestação jurisdicional. E é de se reconhecer que a exigida aceleração da solução do litígio por parte do julgador traz consigo insita a possibilidade de julgamentos equivocados ou precipitados.

Astím, não há como negar que é imprescindível o legislador busque aprimorar institutos, mas é preciso cuidar para que as medidas adotadas tenham aptidão para melhorar a prestação jurisdicional sem diminuir as garantias já conquistadas. Se, por um lado, tem-se um Estado Democrático de Direito que busca o convívio pacífico da sociedade, proporcionando maior proteção a direitos e à dignidade humana; por outro, a sociedade moderna depara-se com um Judiciário abarrotado de processos, litígios que levam muito mais tempo para serem resolvidos do que se pode considerar adequado em um ordenamento jurídico que preza pela razoável duração do processo, pela eficiência e pela celeridade.

Nessa conjuntura conclui-se que a regra estudada representa resposta do legislador ao jurisdicionado, aos anseios de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Resta saber se a promessa do novo Código de Processo Civil⁸ de solução multipistas e acesso a

⁷BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em 23 out. 2017.

⁸BRASIL, op. cit., nota 2.



meios adequados de resolução de disputas encontra nessa norma veículo a sua efetividade, sempre considerando as finalidades do processo e seu escopo natural de materializar o direito, oferecendo justiça ao maior número de pessoas.

Identificada a razão de ser da norma, direciona-se a observação ao sistema processual trazido, a ver se ele cumpre seu papel sem descuidar da proteção dos direitos conquistados, lembrando que o simples acesso à justiça não é suficiente à pacificação social.

2. A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 334, DO CPC⁹

Na literatura processualista, o ponto de maior divergência sobre o dispositivo em tela é acerca da obrigatoriedade da designação da referida audiência. Se, por um lado, o texto legal parece optar claramente por sua designação como regra –parte quase que indissociável do procedimento comum–, por outro lado, a doutrina está longe de receptionar tal leitura como a única possível, havendo quem entenda que a designação é obrigatória nos termos da lei¹⁰, e havendo quem defenda a norma não impõe a designação¹¹, não se podendo obrigar a parte que não quer solução consensual à participação do ato.

A divergência leva à discussão sobre a adequação da norma ao ordenamento jurídico em que se vê inserida, em especial em relação aos princípios constitucionais, valendo observar que a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015¹² trata da autocomposição de conflitos e traz, como princípios orientadores da mediação, os princípios da autonomia da vontade e o da voluntariedade, segundo o qual ninguém será obrigado a procedimento de mediação.

Assim, é necessária a análise sistemática da norma e conformá-la aos direitos e garantias fundamentais, devendo ser salientado que o próprio Código de Processo Civil¹³ reproduz em seu corpo diversos princípios constitucionais em franca homenagem a um Processo Civil Constitucional. E é sob a ótica constitucional que a norma é vista em perspectivas contrapostas: de um lado se negando a obrigatoriedade da designação da

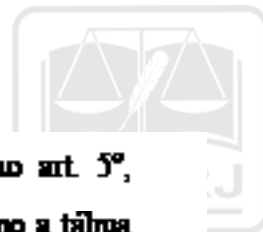
⁹BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁰NEVES, *op. cit.*, p. 935; DIDIER JÚNIOR, *Frede;* *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Jus Podium, 2015, p. 632.

¹¹CÂMARA, *op. cit.*, p. 327-328; BUENGO, Cássio Scarpinella; *Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed. p. 325.

¹²BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 23 out. 2017.

¹³BRASIL, *op. cit.*, nota 1.



audiência por afrontar o princípio da razoável duração do processo, disposto no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88¹⁴; de outro, se acreditando na mediação ou conciliação como a tábua de salvação de um Poder Judiciário de andar lento ante a montanha de processos que carrega, pelo que a obrigatoriedade da audiência estaria indo ao encontro das garantias processuais constitucionais e da inafastabilidade da tutela jurisdicional aposta no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB¹⁵.

De fato, se tomada a literalidade do dispositivo, pode-se inferir que a designação da referida audiência será a regra e acabará sendo designada quase que automaticamente, considerando-se que é necessário o desinteresse expresso de ambas as partes para que não ocorra e que sua dispensa implica a antecipação do prazo de resposta do réu, dado concreto dificultador dessa manifestação pelo polo passivo.

Ademais, é fácil concluir que, ainda que o réu não pretenda solução consensual, sua manifestação de desinteresse, podendo ser apresentada até dez dias antes de uma audiência que deve ser marcada em um prazo mínimo de trinta dias, conforme art. 334, caput e § 5º, do CPC¹⁶, a regra pode representar claro alongamento do curso processual mesmo nos casos de duplo desinteresse. Sem falar que a possível ausência de pauta para audiência e demais entraves burocráticos podem estender esse prazo por meses. A norma, sob essa ótica, estaria a afrontar princípios caros ao processo que se pretende constitucional.

Pode-se citar entre os nomes que encampam a corrente doutrinária que nega a obrigatoriedade de designação dessa audiência, ao menos na forma como literalmente disposta na lei, os professores Alexandre Freitas Câmara¹⁷ e Cássio Scarpinella Bueno¹⁸. O primeiro afirma peremptoriamente que a audiência não será designada se uma das partes expressamente manifestar desinteresse, propondo interpretação não literal ao § 4º, I, do referido artigo¹⁹, que, mesmo usando a palavra *ambas*, deve ser interpretado no sentido de que a sessão não se realizará se qualquer das partes manifestar expressamente desinteresse na solução consensual, o que ele afirma mais consentâneo com o princípio da voluntariedade acima referido.

A doutrina de Daniel Amorim Neves²⁰ evidencia ponto negativo da possível piora na

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em 29 mar. 2017

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶Art. 334. § 5º. O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

¹⁷ CÂMARA, op. cit., p. 327-328.

¹⁸ BUENO, op. Cit., p. 325.

¹⁹ CÂMARA, op. cit., p. 327-328.

²⁰ NEVES, op. cit., p. 570.



demora da marcha processual já tão lenta, observando que a nova lei impõe prazo mínimo para a realização da audiência, mas não impõe prazo máximo, o que possibilita que a própria estrutura do Judiciário imponha atraso de meses apenas para a manifestação do réu de desinteresse, sendo que há real possibilidade de designação de audiência para data longínqua, por ausência de pauta, e lembrando-se que a contagem desses prazos é agora em dias úteis.

A se verificar esta triste realidade, não há como deixar de pensar na ausência de economia entre os jurisdicionados e no empecilho ainda maior à razoável duração do processo. Diante de tantos possíveis entraves burocráticos, como a corriqueira demora na juntada de petições e certificações cartorárias, nas remessas de autos e nas filas para abertura de conclusões ao juiz, considerando-se toda a movimentação necessária à implementação das serventias judiciais, que ficarão responsáveis pela realização das audiências impostas pela norma, não seria isonômico e justo com a parte autora fazer com que ela aguarde por meses indefinidos a continuidade do processo, quando não tem a menor pretensão de conciliar, e deixar que o réu venha aos autos apenas com dez dias de antecedência, para dizer que não pretende conciliar, como dispõe o art. 334, § 5º, do CPC²¹.

Tal imposição é inclusive contrária à salutar ideia de legar o ônus do tempo do processo à parte que tem o direito menos provável. Pode parecer exagero dizer que a norma macula a liberdade de ir e vir com a obrigatoriedade de comparecer sob pena de multa, previsão do § 8º do art. 334²², porque a própria lei, no § 10º, do mesmo artigo²³, permite a constituição de representante legal para o ato; mas é inegável a imposição de ônus maior ao autor que não pretende abrir mão de parcela do direito sen que entende violado.

E se não quiser conciliar é direito, impor ônus processual maior a quem não aceita solução consensual é implícita sutil imposição de conciliar que afronta tal direito, ainda que não se possa dizer que a norma viola o princípio da voluntariedade porque obriga ao comparecimento, mas não obriga a conciliar.

E há ainda o fato de que a nova lei permite designação de mais de uma audiência de conciliação²⁴, o que, somado ao entrave inerente ao processamento e demora que se vê na prática do dia a dia forense, pode levar a aumento considerável na demora do andamento

²¹Art. 334. § 5º. O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

²²Art. 334. § 8º. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

²³Art. 334. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

²⁴Art. 334. § 2º. Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.



processual, dando inclusive margem a estratégias defensivas de alongar deliberadamente o tempo do processo, uma vez que não há norma a impor a solução consensual e não se pode aplicar, em interpretação extensiva prejudicial, a multa por ato atentatório à dignidade da Justiça, até porque de difícil comprovação a má-fé processual, pois admissível que após duas tentativas de acordar o réu desista de firmar solução consensual.

No lado diametralmente oposto, há doutrina, por todos o professor Fredie Didier Jr²⁵, que acredita no poder de persuasão dos mediadores e conciliadores e no impacto positivo da norma que, inegavelmente, é incentivo do legislador à solução dos conflitos de firma consensual. Para ele, a audiência, como manda literalmente o dispositivo, apenas não será designada se ambas as manifestarem expressamente desinteresse, ainda que por convenção processual. Ele sustenta que a solução trazida é boa, porque respeita vontade das partes de não querer a autocomposição, em homenagem ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade, mas sem abrir mão da tentativa de incentivar a composição quando há a possibilidade, ainda que remota, de ela ocorrer, como nos casos em que uma das partes silencia ante a manifestação expressa de desinteresse da outra. Para este autor, comparecer à audiência é dever processual das partes, pois, embora não haja dever de acordar, há o dever de atender ao chamado do Judiciário e, sendo primitária a autocomposição pela norma do art. 3º, § 2º, do CPC²⁶, o dever de comparecimento é também corolário do princípio da cooperação, que está disposto no art. 6º, do CPC²⁷.

De fato, o inevitável atraso na marcha processual é um preço pequeno a se pagar ante a possibilidade de se chegar ao fim do conflito de interesses já no nascedouro do processo judicial, de modo a desafingar o Judiciário e deixá-lo em melhores condições de resolver conflitos de interesses para os quais for de maneira mais forte e indispensável sua intervenção. Nessa perspectiva, a norma é muito mais uma garantia de efetividade da prestação jurisdicional do que um atraso processual. E aqui vale ainda destacar a interessante observação de Zulmar Duarte²⁸, que aponta o prazo anterior à realização da audiência designada, não como algo negativo, mas como um tempo necessário à reflexão das partes sobre as conveniências de se chegar a uma solução consensual.

²⁵ DIDIER JÚNIOR, *op. cit.*, p. 632-633.

²⁶ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

²⁷ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁸ DUARTE, Zulmar. *Audiência de Conciliação e Mediação no Novo CPC: interstício reflexivo*. 2017. Disponível em: <<http://gesjuridico.com.br/2017/01/18/audiencia-de-conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-intersticio-reflexivo/>>. Acesso em: 23 out. 2017.



Por fim, não há como deixar de citar aqui a posição doutrinária²⁹ no sentido de que, embora se possa classificar de infeliz a opção do CPC de determinar a designação da audiência mesmo frente ao manifesto desinteresse de uma das partes, sendo essa a opção do legislador, só cabe ao magistrado acatá-la, não se podendo aceitar corrente *contra legem* que entende não obrigatória a audiência de conciliação ou mediação.

3. A DIVERGÊNCIA, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DO ART. 334, DO CPC³⁰

Acompanhando a discussão da doutrina processualista acima abordada, já se vê a polêmica posta também no âmbito jurisprudencial. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro-TJRJ não firmou ainda posicionamento sobre a obrigatoriedade de designação da audiência do art. 334, do CPC³¹ e há decisões divergentes sobre a questão.

Antes de mais nada, há de se reconhecer a importância dos posicionamentos diversos para o debate científico. Afinal, as normas são também fruto da interpretação, sendo inevitável à hermenêutica moderna que não há aplicação da norma sem sua interpretação pelo aplicador do Direito, de quem não se pode esperar seja apenas um reproduzidor do texto literal da lei. Ademais, insurgências contra disposição legal que se entende inconstitucional são parte indispensável da própria evolução do Direito e do sistema de freios e contrapesos, evitam o engessamento do ordenamento jurídico, que não pode permanecer estancado ante uma sociedade que muda a todo o tempo, e permitem o controle da atividade legislativa e a manutenção de um Estado Constitucional.

Na concretização da lei, na sua aplicação ao caso concreto pelos magistrados, o estudo revela que a maior divergência se dá nos casos em que uma das partes não quer a solução consensual, embora se possa defender a não designação da audiência mesmo quando há a manifestação favorável de uma das partes, ao argumento de que o art. 139, do CPC³², dá ao magistrado a incumbência de assegurar isonomia entre as partes e velar pela duração razoável do processo, e permite-lhe a designação de audiência a qualquer tempo, pelo que necessária a

²⁹NEVES, *op. cit.*, p. 934.

³⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

³¹*Ibid.*

³²Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; (...) V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.



verificação de sua conveniência caso a caso.

No sentido da obrigatoriedade da designação, há decisões do TJRJ até afirmando que, por se tratar de norma procedimental de caráter impositivo, sua inobservância imporá a nulidade do processo³³. Mesmo havendo julgadores que afirmem não há nulidade sem prejuízo, e que ele deve ser demonstrado no caso concreto³⁴, o entendimento de que dispensar a audiência fora das exceções legais configuraria *error in procedendo* por parte do juízo de piso, a ensejar nulidade, parece ser nesse primeiro momento majoritário na Corte, o que se explica até pela clareza literal do texto normativo em comento.

Seja como for, esta inclinação jurisprudencial que defende a forma como a nova legislação investe na solução consensual, dando-lhe maior protagonismo, em importante papel de fomentar a cultura de redução de litigiosidade³⁵, não é posição definitiva, uma vez que não há ainda precedente vinculante a respeito e se encontra decisões nas próprias Câmaras Cíveis do TJRJ que vão no sentido oposto das acima referidas, entendendo que, se há manifestação de desinteresse de uma das partes, não se justifica a audiência ante a ausência de perspectiva de solução via conciliação ou mediação³⁶. Estes aplicadores acatam a manifestação de desinteresse de apenas uma das partes como suficiente a obstar a designação da sessão³⁷. Nesta linha de entendimento, há julgados negando interpretação literal ao dispositivo e deixando de designar a audiência fora das exceções legais, mas o fazem, dentre outras razões, por entender a norma inconstitucional, posição jurisprudencial que encontra respaldo em importantes vozes da doutrina processualista contemporânea como se viu no capítulo dois do presente estudo.

Dentre os magistrados que entendem a norma não conforme ao ordenamento, por inconstitucionalidade material ou por visualizarem a impossibilidade de sua aplicação imediata sem mácula à Constituição ante a falta de estrutura, há ainda os que, também na contramão da disposição literal da lei, chegam a defender sua utilização apenas quando

³³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0015728-30.2016.8.19.0707*. Relator Desembargador José Carlos Pires. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessoConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0006316-34.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Antônio Ilócio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessoConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0023374-50.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Luiz Roberto Ayoub. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessoConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0059949-91.2016.8.19.0000*. Relator Desembargador Ricardo Couto de Castro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessoConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³⁷ Nesse sentido, também o Desembargador Celso Silva Filho do TJRJ, no *Agravo de Instrumento n° 0031307-74.2017.8.19.0000* Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessoConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.



convencidos da efetiva possibilidade de acordo entre as partes, o que se daria, por exemplo, nos casos de duplo interesse manifestado nos autos. Para esses, a manifestação favorável de apenas um dos contendores, por si só, não teria o condão de determinar a designação da audiência mesmo frente ao silêncio da parte adversa. Vale dizer que um reforço a esse posicionamento é o fato de que, a qualquer momento no curso do processo, podem as partes buscar a designação de audiência especialmente para esse fim, ou até mesmo chegar a um acordo nos próprios autos, bastando simples petição para isso, motivo pelo qual não haveria qualquer prejuízo na dispensa inicial da audiência de conciliação ou de mediação.

As posições contrárias à obrigatoriedade, não obstante a aparente intenção do legislador, são entendidas como consentâneas ao princípio da voluntariedade, disposto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015³⁸, que trata da mediação, e encontram justificativa também, como visto, na falta de aparelhamento estatal para a aplicação imediata da norma, além de se guardarem em princípios constitucionais como o da razoável duração do processo, da liberdade de ir e vir, e da isonomia. Há respaldo legal e constitucional.

A discussão de ordem prática merece o mesmo o olhar à ausência, no momento de implementação da norma em estudo, de centros de solução consensual de conflitos em número suficiente ao atendimento da demanda que se impõe com a nova regra, centros esses os quais, pelo art. 165, do CPC³⁹, devem ser criados pelos tribunais para a realização das audiências de conciliação e de mediação idealizadas pelo dispositivo aqui abordado.

Quanto ao ponto, é patente que nem todos os tribunais do país estão aparelhados para atender à enorme quantidade de audiências que diariamente devem ser designadas se implementada a norma como determina a lei. E já era esperado, mesmo antes da vigência da nova lei, que essa deficiência estatal impusesse prazo muito superior ao prazo mínimo de 30 dias para a realização da audiência. Nem mesmo o TJRJ possuía, no momento de implementação da regra, aparelhamento bastante para sua adequada consecução, e a prova disso é que se segue criando, mais de um ano depois do início de vigência da lei, novos postos, como recentemente se viu com a criação de mais nove Centros, para atender às populações de Armação de Búzios e Saquarema, na Região dos Lagos; Barra Mansa e Valença, no Sul do Estado; Ilha do Governador, na Capital; Itaipava e Cordeiro/Macuco, na Região Serrana; Niterói, na Região Oceânica; e Maracá, no Norte Fluminense, chegando só

³⁸Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) § 2º. Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

³⁹Art. 165. Os tribunais criam centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.



agora, no final do ano 2017, ao total de 32 unidades⁴⁹. E não há como desconsiderar a dificuldade de ordem econômica que é o custo de implementação desses Centros, que deverão ser aparelhados em estrutura e material humano na proporção da crescente demanda.

Outro fator que pode gerar a demora na marcha processual com a aplicação da norma é o fato de que o juiz não controla a pauta de audiência dos mediadores e conciliadores, apenas tem acesso a ela, e, ao se enviar o processo à mediação ou conciliação, deixa-se a data da audiência por conta daquelas unidades, retirando-se o processo das mãos do magistrado por um lapso de tempo que dependerá da capacidade de cada Tribunal em atender a respectiva demanda. Assim, possível mesmo que a ausência de Centros Judiciários de Solução de Conflitos ou sua escassez em algumas localidades acabe por tornar regra a exceção de realizar as audiências nos próprios juízos dos processos, o que inevitavelmente retardará a marcha de todos os feitos que lá tramitam.

Por fim, apartados de toda essa discussão acerca da possibilidade de efetivação da norma e de sua adequação ao ordenamento jurídico, não há como deixar de dizer que há magistrados que, mesmo discordando da opção legislativa, passaram a seguir o regramento em sua literalidade, ou seja, apenas deixando de marcar a audiência quando ambas as partes expressamente afirmam seu desinteresse. Tais posicionamentos não encontram referência específica nesta pesquisa porque na maioria das vezes não são externados, mas não se mostram menos importantes para a discussão que se apresenta, uma vez que necessários à colocação em prática da engrenagem trazida pelo legislador, o que por sua vez possibilitará a análise concreta dos reflexos da norma no ordenamento e dos resultados práticos de sua vigência.

CONCLUSÃO

Um problema estrutural leva à morosidade na solução das lides, pois a excessiva quantidade de conflitos judicializados não encontra aparato estatal capaz de acompanhar seu ritmo de crescimento. Essa morosidade sistêmica muitas vezes retira a efetividade da resposta

⁴⁹Notícia encontrada no site eletrônico do TJRJ, publicada pela Assessoria de Imprensa em outubro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/artigos/visualizar/50721?p_p_state=maximized>. Acesso em: 01 dez. 2017.



estatal e a corrida das estatísticas compromete a qualidade das decisões. Neste cenário, diminuir o número de ações em trâmite parece ser o maior objetivo do legislador, uma vez que aumentar o já custoso aparato estatal na proporção do aumento de litígios não se mostra a solução econômica ou juridicamente mais interessante, porque o aumento de verbas destinadas a este serviço público reflete no bolso dos contribuintes e, em última análise, na própria garantia de acesso à justiça: quanto mais caro o serviço jurisdicional, menos jurisdicionados terão condições de arcar com ele. Isso onera o Estado, que passa a ter que disponibilizar mais verbas à garantia da assistência jurídica gratuita, e onera os que não gozam do benefício, financiadores do serviço. Uma espiral ascendente de gastos.

Do estudo, resta a defesa de que a norma disposta no artigo 334, § 4º, I, do CPC, é inconstitucional se tomada literalmente.

Se se quer melhoria da prestação jurisdicional dissociada do aumento das estruturas e gastos estatais, é paradoxal o art. 334, do CPC, porque exige a criação, a cargo dos Tribunais respectivos, de centros de conciliação e implica aumento no tempo de cada processo. Tempo que só encontrará redenção nos processos que findarem consensualmente. É dar ao problema da falta de estrutura que enseja morosidade solução que aumenta estruturas e o tempo dos processos. Em visão macro, a redenção só será alcançada se o número de soluções consensuais compensar tempo e dinheiro exigidos para implementação da regra, ou seja, caso a redução das ações em seu nascedouro diminua acervos a ponto de permitir a tramitação mais rápida dos processos e a melhoria na qualidade da prestação jurisdicional.

A solução é contraditória ainda porque, na visão do legislador, a melhoria da prestação jurisdicional depende justamente da retirada de processos das mãos do julgador.

Ademais a regra acaba por afirmar implicitamente a incapacidade dos juízes para promover o consenso. E dizer que há demandas em curso que não tramitariam se nelas tivesse atuado um conciliador ou mediador, não encontra amparo fático, pois eram já estes quem na prática atuavam quase que exclusivamente nas antigas audiências conciliatórias.

O artigo estudado, mais do que investir em mediadores e conciliadores, quer atribuir dever de tentar conciliar às partes e silenciosamente retira do magistrado o ônus de buscar o consenso entre as partes, passa-o aos mediadores/conciliadores e às próprias partes e seus advogados. Talvez sirva mesmo para que o Estado possa lavar as mãos na frase não dita: "se optar por não transigir e abarrotar o Judiciário, não queira exigir a rápida solução do caso".

Seja como for, o ponto que merece maior crítica é a imposição de comparecimento à audiência quando não se quer solução consensual, ainda mais quando isso onera significativamente a parte, aumentando seu tempo de espera, forçando-a a deslocar-se e ao



abalou emocional de ter que ter com a parte oposta, ou onerando-a à constituição de representante para o ato. Visualiza-se assim um retrocesso no acesso à justiça e na liberdade de conciliar, pois há imposição camuflada desse dever. Fere a isonomia, a liberdade, o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

Embora louvável a busca por meios alternativos de solução de conflitos, ela deve se dar com respeito aos direitos historicamente conquistados e, se implementada em seu detrimento, diga-se, com a imposição de audiências que retardam a marcha processual e restringem a liberdade da parte, cabe sim ao Judiciário, em sua função de extrair do texto legal a norma que melhor atenda aos interesses do jurisdicionado, interpretar conforme a Constituição e afastar a audiência quando visualizar prejuízo à parte. É na aplicação da lei ao caso concreto, de acordo com as estruturas de cada Tribunal, que se deve verificar a constitucionalidade da norma estudada, pelo que perfeitamente admissíveis as diferentes posições dos doutrinadores e julgadores aqui verificadas.

A longo prazo, a solução parece mesmo ser a mudança da cultura litigiosa em si, dos diversos componentes sociais, a começar pelo maior respeito ao direito do outro. Necessário, por exemplo, que as grandes empresas prestadoras de serviços parem de contabilizar violações a direitos no cálculo de seu capital de giro; necessária a mudança da mentalidade dos oportunistas de plantão, partes e advogados mal-intencionados que se utilizam do Judiciário apenas com o objetivo de conseguir dinheiro fácil, estes incentivando demandas fadadas ao insucesso por honorários, aqueles aproveitando-se de qualquer oportunidade mesquinha de tentar reparação moral, na conhecida indústria do dano moral, onde a busca por dinheiro é tantas vezes o ponto mais relevante da mácula ao direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo Alves; FILHO, Misael Montenegro. *Manual das Audiências Cíveis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ALVIM, Angélica Arruda et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 set. 2017.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 jun. 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ata2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0015228-30.2016.8.19.0202* Relator Desembargador José Carlos Paes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0006316-34.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Antônio Ilázio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0023374-50.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Luiz Roberto Ayoub. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0059949-91.2016.8.19.0000*. Relator Desembargador Ricardo Couto de Castro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0031307-74.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Celso Silva Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processual Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. V.1. São Paulo: Jus Podium, 2017.

DUARTE, Zulmar. *Audiência de Conciliação e Mediação no Novo CPC: interstício reflexivo*. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/18/audiencia-de-conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-intersticio-reflexivo/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

NEVES, Daniel Amunim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2016.



AS ASTREINTES E SEUS LIMITES DE EFICÁCIA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Daniele Medeiros F. P. de Lemos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduada em Gestão do Investimento pela PUC-RJ. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo – O instituto das astreintes, de grande importância para os operadores do direito, vem sofrendo uma descaracterização com o passar do tempo, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais. Cada vez mais se percebe que a sua força coercitiva vem sendo minorada em função de valores irrisórios estabelecidos em sede de astreintes. Dessa forma, no presente artigo defende-se uma correta aplicação do instituto, sem que haja a fixação de valores irrisórios, para que esse possa produzir o efeito desejado, qual seja, constranger o devedor a acatar tempestivamente as decisões judiciais.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Juizado Especial Cível. Astreintes.

Sumário – Introdução. 1. Até que ponto as astreintes mantêm a sua natureza jurídica de instrumento coercitivo, ou passaram a ser descaracterizadas como mera indenização adicional para réus com grande poder econômico. 2. Seria razoável fixar o valor das astreintes em um quantum elevado, visando a efetividade de sua ação coercitiva, sem violar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade diante do valor que está sendo. 3. Qual a eficácia atual dos instrumentos coercitivos para o cumprimento das sentenças nos Juizados Especiais Cíveis ou até que ponto estes instrumentos necessitam de uma reforma. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a criação dos Juizados Especiais, com a Lei nº 9.099/95, observou-se um aumento significativo no acesso à justiça, notadamente de pessoas que anteriormente deixavam de recorrer ao judiciário porque tinham a certeza de custos elevados e muita demora na tutela judicial.

Milhares de ações são propostas diariamente na seara consumista. A abrangência da referida lei, que rapidamente se popularizou, aliada à rapidez e eficácia da prestação jurisdicional, têm feito com que muitas pessoas busquem imediatamente se socorrer no judiciário quando se veem diante de problemas decorrentes da relação fornecedor-consumidor.

Dessa forma, diante da importância crescente desse órgão julgador, importante se faz o estudo dos instrumentos processuais disponíveis para a correta e eficaz prestação jurisdicional, que assegurem o cumprimento das decisões proferidas em sede dos juizados especiais.



Nesse sentido, as astreintes são um dos instrumentos de coerção mais utilizados na prática, para que as decisões judiciais tenham o alcance devido e venham a surtir o efeito desejado, qual seja, o de compelir o devedor a cumprir o que foi determinado pelo juiz diante da análise do caso concreto.

O presente trabalho enfoca a questão da vulgarização do instituto das astreintes, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, já que cada vez mais são fixados em valores ínfimos que diminuem o seu poder coercitivo, notadamente diante de grandes grupos econômicos. Tal fato compromete a eficácia da prestação jurisdicional, já que passou a ser cada vez mais comum que os réus preferiam simplesmente ignorar o valor das astreintes fixadas, passando a encará-las como parte do valor da indenização estabelecida.

Inicia-se o primeiro capítulo com a indagação de até que ponto as astreintes mantêm a sua natureza jurídica de instrumento coercitivo ou passaram a ser descaracterizadas como mera compensação indenizatória para réus com grande poder econômico, além do aspecto de que quando fixadas em valores írisórios, não apresentam a força coercitiva que deveriam ter.

Em seguida, no segundo capítulo, aborda-se a seguinte questão: seria razoável fixar o valor das astreintes em um quantum elevado, visando a efetividade de sua ação coercitiva, sem violar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade diante do valor que está sendo tutelado?

O terceiro capítulo aborda o tema de que sabidamente os Juizados Especiais respondem pela maior parte das demandas do judiciário. Nesse sentido, qual a importância da eficácia de seus instrumentos coercitivos para o efetivo cumprimento das sentenças ou até que ponto esses instrumentos necessitam de uma reforma? Além disso, defende-se a necessidade de termos instrumentos adequados para a operacionalização do direito, notadamente nos Juizados Especiais Cíveis, pois evitar a trivialização do instituto das astreintes é de suma importância para garantir uma prestação jurisdicional eficaz.

Dessa forma, objetiva-se ao final demonstrar de que forma a atual banalização do instituto das astreintes diminuiu a efetividade da prestação jurisdicional nos Juizados Especiais Cíveis.

A pesquisa será desenvolvida pelo método bibliográfico e pesquisa na jurisprudência, além da legislação aplicável, artigos e outros trabalhos publicados na internet. Pretende-se uma abordagem qualitativa, para que por meio dos métodos elencados, a tese possa ser sustentada.



1. ATÉ QUE PONTO AS ASTREINTES MANTÊM A SUA NATUREZA JURÍDICA DE INSTRUMENTO COERCITIVO, OU PASSARAM A SER DESCARACTERIZADAS COMO MERA INDENIZAÇÃO ADICIONAL PARA RÉUS COM GRANDE PODER ECONÔMICO

As astreintes são um instituto originário do direito francês e podem ser traduzidas como penalidades. Estão previstas no ordenamento jurídico no art. 536, §1º e art. 537 e parágrafos, do Código de Processo Civil, além do art. 52, V, da Lei nº 9.099/95. Correspondem a uma multa a ser paga em caso de descumprimento de uma obrigação imposta por uma decisão judicial. Claramente possuem um aspecto comissório, que visa a garantir a efetividade do cumprimento da sentença ou decisão interlocutória. Conforme pode ser depreendido do texto legal, podem ser concedidas de ofício pelo magistrado ou ser instituídas a requerimento da parte interessada. Têm natureza processual, portanto.

Segundo Alexandre Freitas Câmara¹, as astreintes podem ser definidas como a multa periódica pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, incidente em processo executivo (ou na fase executiva de um processo misto), fundado em título judicial ou extrajudicial, e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua prestação.

As astreintes, por sua natureza coercitiva, constituem um valioso instrumento a favor do exequente em face daquele que deixa de cumprir com a obrigação imposta pelo magistrado. Tem a função preponderante de fazer com que o devedor que se queda inerte perante a determinação judicial, resistindo à uma ordem judicial sem justificativa plausível, ou se opõe frontalmente ao cumprimento da determinação do juiz, satisfaça a sua obrigação dentro do prazo determinado.

Segundo Vanessa Batista Oliveira Lima², as astreintes podem representar até mesmo um instrumento de preservação da dignidade da justiça:

Verifica-se que o uso das astreintes pode ser decisivo para compelir o réu a cumprir a obrigação, situação que se enquadra perfeitamente no inciso III do artigo 600 do Código de Processo Civil. A aplicação deste instituto nestes casos demonstra como a astreinte pode representar um instrumento de preservação da dignidade da Justiça. A

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Livros de Direito Processual Civil*. v. 2. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 278.

² LIMA, Vanessa Batista Oliveira. *Aplicação das astreintes no direito brasileiro e do direito francês*. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitoca&artigo_id=7228>. Acesso em: 21 mai. 2017.



partir do momento em que o Estado atrai para si a responsabilidade de exercer o monopólio da jurisdição, assume o compromisso social de prestar um serviço jurisdicional que vai além do conceito do justo. A aplicação das astreintes tem o intuito de agilizar o cumprimento da obrigação por quem de direito, o que, por fim, significa a Justiça, pois devolve-lhe a credibilidade.

Pode-se dizer que o menosprezo perante as decisões judiciais não é somente uma afronta ao processo e ao ex-adverso, mas é uma afronta ao sistema judiciário em si. Porque todo aquele que descumpra deliberadamente uma ordem emitida por um magistrado, comete um ato potencialmente grave, desobedecendo a uma determinação imposta pelo Estado-juiz. Daí vem toda a importância de que o sistema conte com mecanismos poderosos, que possam levar o devedor a sanar suas obrigações.

Segundo Cassio Scarpinella³, o valor fixado pelas astreintes “não pode ser insuficiente a ponto de não criar no obrigado qualquer receio quanto às consequências de seu não-acatamento”. Deve causar no devedor um fundado temor de que o descumprimento da medida judicial terá graves desdobramentos.

Constata-se, portanto, que do correto arbitramento do valor da multa a ser imposta ao devedor depende a sua efetividade e a conservação da autoridade das decisões proferidas. Pois o seu caráter cominatório somente exerce a sua força quando o valor a ser pago significa um impacto capaz de coagir o executado a cumprir a sentença no tempo determinado. É fundamental o estabelecimento de critérios que possam extrair desse instrumento a efetividade desejada. De acordo com Cândido Dinamarco⁴, assegurar esse cumprimento é essencial, “isso porque a jurisdição não tem escopo meramente cognitivo: tornar efetiva a sanção, mediante a substituição da atividade das partes pelo juiz, é a própria atuação do direito objetivo”.

Por outro lado, não interessa estabelecer um patamar para a fixação de valores muito altos nas astreintes contra qualquer réu, sob pena de tornar o processo verdadeiro prêmio para aqueles que se aventuram.

O correto arbitramento do valor da indenização sempre foi tarefa árdua para os magistrados, pois não havia até então um parâmetro a ser seguido. Salidamente, a jurisprudência costumava pesar, diante dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, entre outros critérios, o valor da causa e o poder econômico do réu para a fixação de tais

³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado: com a contribuição de Antonio Carlos Marcato*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1474.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

valores. Em 2016, no entanto, o STJ definiu, em um importante julgado⁵, os critérios para a fixação das astreintes. Os critérios a serem considerados, a depender do caso em concreto, seriam: o valor da obrigação e a importância do bem jurídico tutelado; o tempo para o cumprimento; a capacidade econômica e a capacidade de resistência do devedor; a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

Dentre esses critérios, porém, um deles é especialmente negligenciado pelos magistrados na hora de determinar a fixação das astreintes: a capacidade econômica e a capacidade de resistência do devedor. Quando se trata de grandes corporações litigando como réus, raramente são fixadas astreintes que provoquem no devedor a coerção desejada. Na maioria das vezes, principalmente nos Juizados Especiais, são estabelecidos valores de multa tão irrisórios que ao devedor melhor aproveita incluir aquele valor em sua planilha de débitos e pagar em momento mais conveniente para si do que ter a urgência em cumprir a determinação judicial no momento correto. A situação de fato que temos hoje, assim, é a de que diante de valores ínfimos de multa a serem pagos diante do descumprimento das decisões, é muito alto o número de devedores sobre os quais as astreintes fixadas não possuem qualquer caráter de sanção ou penalidade.

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que tal atitude não deve ser encorajada em nenhuma hipótese, em razão do princípio do respeito à justiça e às decisões judiciais. Fundamental, portanto, que a fixação das astreintes leve em consideração o poderio econômico do réu como elemento primordial de fixação da multa, em detrimento até mesmo do valor da causa. Tal critério não deveria ferir os princípios da proporcionalidade nem da razoabilidade, uma vez que para réus com grande capacidade econômica os critérios devem ser equacionados, ou serão inservíveis. Assim também pensa Araken de Assis⁶, que entende sobre as astreintes que “seu valor deverá ser exorbitante, desproporcional ao conteúdo econômico da causa, mas adequado à pessoa do executado”.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial* n. 738.612. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.1.2&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGeneri&idnum_registro=201501628853>. Acesso em 23 mai. 2017.

⁶ ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 224.



2. SERIA RAZOÁVEL FIXAR O VALOR DAS ASTREINTES EM UM QUANTUM ELEVADO, VISANDO A EFETIVIDADE DE SUA AÇÃO COERCITIVA, SEM VIOLAR OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DIANTE DO VALOR QUE ESTÁ SENDO TUTELADO

A fixação de uma penalidade sem que haja parâmetros objetivos a serem seguidos é das tarefas mais difíceis que cabem ao magistrado. É preciso adentrar o campo da subjetividade sem deixar de lado a aplicação da justiça na prestação jurisdicional. No ordenamento jurídico, verifica-se que o comando legal contido no artigo 537⁷ do Código de Processo Civil não prevê um parâmetro objetivo acerca do valor da multa a ser fixada. Diz o referido artigo:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Em seu parágrafo primeiro prevê ainda que o juiz poderá modificar o valor da multa, nos casos em que ela se verifique “insuficiente ou excessiva”. Assim, na ausência desse critério objetivamente definido, o juiz busca se socorrer dos princípios caros ao processo civil, notadamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Tal aplicação encontra previsão expressa no artigo 8º da mesma lei⁸:

Art. 8º - Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Acerca desta previsão, ensina Fredie Didier Junior: “o art. 8º, ao determinar que o juiz atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, observando a proporcionalidade e a razoabilidade, impõe a interpretação teleológica ou finalística”⁹. Significa dizer que a aplicação da norma deve visar ao cumprimento da finalidade para a qual ela foi criada, aquela que busca os fins da norma legal. Segundo Encarnacion Alfonso Lor.¹⁰

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.

⁸ *Ibidem*.

⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. V.3. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 491.

¹⁰ LOR, Encarnacion Alfonso. *O princípio de proporcionalidade no Direito Processual*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI61480,41D480+principio+de+proporcionalidade+no+Direito+Processual>>. Acesso em: 03 set. 2017.

(...) entende-se que a essência do princípio é, em todos os casos, a mesma: servir como instrumento de interpretação de validade e de aplicação de outras normas, levando em conta sua adequação, a vedação de excessos e a ponderação de valores.

Já em relação à razoabilidade, assim definiu Ivone Ballo Lemisz: “a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”¹¹. Significando que a razoabilidade seria uma medida de ponderação, de sobriedade e de bom senso que deve basear as decisões judiciais.

Desta forma, ao longo dos anos, a jurisprudência vem aplicando na prática uma orientação advinda da conjugação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como um “norte” para a tomada de decisão no que diz respeito à correta fixação do valor das astreintes. Assim foi que se convencionou como parâmetro para a fixação das astreintes o valor do objeto da lide, com base na própria previsão legal do artigo 537 do CPC, assestado pelos referidos princípios, sem muita reflexão a respeito do porte ou poder econômico do devedor, que é quem efetivamente suportará a obrigação.

O STJ, no REsp nº 1475157¹², determinou que o principal critério para a avaliação do valor das astreintes, no sentido de apurar se a mesma foi estabelecida em valor exorbitante ou não, deve ser o valor da obrigação original, e não o valor acumulado na multa não paga. Nesse sentido são a maioria das decisões judiciais, fixando sempre o valor das astreintes em função do valor da obrigação a ser cumprida, de onde se deduz que na prática, não é observado com a frequência desejada, se para um determinado devedor aquele valor de multa pode não ter o significado coercitivo exigido pela medida.

Este comportamento se deve ao fato de que se convencionou dizer que o recebimento de valores exorbitantes a título de astreintes importaria em enriquecimento ilícito do credor, e que tal situação não poderia ser fomentada pelo próprio estado. Assim, os julgadores ficam diante do dilema de fixar astreintes em valor condizente com a obrigação e algumas vezes iníscias perante a capacidade do devedor, tornando aquela uma medida sem qualquer valor cominatório, ou fixar astreintes de forma a costringer o devedor ao pagamento e diante de sua inércia, tornar exigível o pagamento de uma multa em valor

¹¹ LEMISZ, Ivone Ballo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.dereit.com.br/artigos/exibir/5634/Os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 01 set. 2017.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1475157*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1475157&aplicacao=processos.esstjtpPesquisa-tipoPesquisaGenerica&chOrdem=DRSC&chMostr=MCRTO>>. Acesso em: 02 set. 2017.



aparentemente desproporcional ao valor da obrigação original, mas com a suficiente capacidade persuasiva.

Verifica-se que o grande argumento que sustenta a fixação de valores irrisórios em sede de astreintes é o enriquecimento ilícito supostamente sofrido pelo credor que acabaria tendo em mãos um valor a ser recebido muito superior ao dano que foi efetivamente causado. O enriquecimento sem causa, em nosso ordenamento jurídico, encontra previsão no artigo 884 do código civil¹³: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Tal instituto pode ser conceituado, nos termos da lei, como aquela situação onde uma parte obtém, às custas de outra, uma vantagem desprovida de causalidade que a justifique, e que gere o empobrecimento da outra parte.

Quando estimulado, este critério de fixação acaba gerando, na prática, devedores contumazes que simplesmente consideram que o valor das astreintes deve ser incorporado ao seu prejuízo, sem que isso lhes cause maior incômodo. É esse o comportamento a ser evitado. Pois esta é a situação em que o devedor, sem se incomodar com a imposição judicial, coloca em dúvida a efetividade da prestação jurisdicional. Pois se sobram argumentos para defender que o valor da multa não pode ser desproporcional ao valor do dano, faltam argumentos para explicar o motivo da resistência do devedor em quitar seu débito, o que verdadeiramente ocasiona a majoração da multa a um valor muito superior ao da obrigação em alguns casos.

Assim é que se observa um recente julgado da Quarta Turma Recursal do TJ-RJ¹⁴, onde o cerce na controvérsia residia no fato do valor supostamente desproporcional das astreintes fixadas, que cresceram sobremaneira em virtude da inércia do devedor.

A astreinte, como meio de coerção ao cumprimento de obrigação de fazer de natureza infungível, que alcança um valor exagerado pela inércia do recorrente, não deve ser reduzida, até porque foi a inércia do recorrente que deu causa ao valor objeto da execução. No caso que aqui se examina um ponto é certo: o enriquecimento do credor que eventualmente ocorre não é sem causa. Trata-se de enriquecimento com causa. Afinal, o enriquecimento do credor, aqui, é causado pela demora do devedor em efetivar o comando contido na sentença judicial. O enriquecimento, então, é consequência de uma previsão contida em um parágrafo judicial. Há, assim, um meio válido, um adequado título jurídico que fundamenta o enriquecimento. Inadmissível, portanto, que, no caso concreto, se lhe considere ilícito.

¹³ *Idem*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L110406.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.

¹⁴ *Idem*. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Inominado nº 0010657-54.2014.8.19.0707. Relator: Juiz Alexandre Chini. Disponível em: <<http://www4.tjrrj.jus.br/ajud/CConsultaProcesso.aspx?N=20157008919375>>. Acesso em: 03 set. 2017.



Na decisão, órgão julgador considerou que não existe tal hipótese de enriquecimento sem causa no caso das astreintes fixadas superarem em muito o valor da obrigação originária. Porque não se trata efetivamente de um enriquecimento sem causa, mas ao contrário, de um “enriquecimento” que encontra perfeita previsão legal.

3. QUAL A EFICÁCIA ATUAL DOS INSTRUMENTOS COERTICIVOS PARA O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS OU ATÉ QUE PONTO ESSES INSTRUMENTOS NECESSITAM DE UMA REFORMA

O IBGE divulga anualmente a publicação “Brasil em números”¹⁵ que tem contém dados numéricos a respeito de vários aspectos da sociedade brasileira, aí incluída a Justiça. De acordo com a análise desta publicação, em relação ao número total de processos judiciais tramitados no ano de 2014, é facilmente perceptível que a maior parte das demandas (77,6%) do judiciário brasileiro teve lugar na Justiça Estadual, onde localizam-se também os Juizados Especiais Cíveis.

A mesma publicação diz, ainda, analisando a taxa de finalização desses mesmos processos, que:¹⁶

(...) a fase de execução, aquela que se dá posteriormente à decisão final do juiz, dedicada a tornar concretos direitos assegurados na fase de conhecimento, apresenta os piores congestionamentos, pois, de cada 100 processos de execução iniciados, apenas 14,4 são finalizados no período de 12 meses.

Ou seja, a fase mais lenta de tramitação dos processos no ano de 2014 concentrou-se na fase de execução. É nessa fase que ocorrem as piores demoras. Diante deste fato conclui-se que não adianta dotar o judiciário da estrutura adequada para o trâmite célere dos processos até a prolação da sentença, nem é válido todo o esforço para que haja um número adequado de juizes e servidores para o regular andamento dos processos, se ao chegar na fase de execução o judiciário não seja dotado de instrumentos capazes de garantir a efetividade de suas próprias decisões. Ainda segundo a mesma publicação:

(...) é preciso desenvolver meios mais efetivos de fazer valer os direitos já garantidos por uma decisão judicial. Isso é crucial, sobretudo porque de nada adiantará garantir um direito ao cidadão, mas fazê-lo aguardar ainda mais tempo do que já esperou para que esse direito tenha efeitos concretos.

¹⁵ IBGE. *Brasil em números*. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2/bn_2016_v24.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁶ *Ibidem*.



O Conselho Nacional de Justiça também possui uma publicação, divulgada em conjunto com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, destinada à análise dos números do Judiciário: o relatório “Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis – Relatório de Pesquisa”¹⁷. De acordo com esse estudo, pode-se observar que em 73,40% das sentenças prolatadas em JECs no Rio de Janeiro não houve o cumprimento espontâneo, sendo necessário que o autor recorra quase sempre à execução judicial.

Outra informação relevante é a forma com que se faz o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, por meio da fixação de astreintes na maioria dos casos (33,42%), no ano de 2012.

Da análise desses números, tem-se uma noção da importância dos instrumentos coercitivos de cumprimento das decisões judiciais para o atingimento da prestação jurisdicional. As astreintes são o método mais utilizado para compelir os devedores ao cumprimento das obrigações, mas é evidente que novos métodos podem e devem ser empregados.

Neste sentido, supõe-se que uma maior informatização dos ambientes pelos quais transita um cumprimento de sentença é de suma importância para que o resultado processual seja bem sucedido. É certo que já houve muitos avanços, mas é inevitável que mesmo assim, é possível melhorar a eficácia do sistema judicial brasileiro por meio de instrumentos mais potentes de coerção do devedor.

Enquanto não existem instrumentos dotados de tal força, é imperioso utilizar-se corretamente dos instrumentos disponíveis. Assim, deve-se lutar contra a redução artificial do montante acumulado em função de aplicação de astreintes, uma vez que somente a inércia do devedor é capaz de causar tal acúmulo, não havendo de se falar, como dito no capítulo anterior, em enriquecimento ilícito. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, “o valor justo da multa é aquele capaz de dobrar a parte resistente, sujeitando-a aos termos da lei”¹⁸.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PROCEDÊNCIA DE AÇÃO POSSESSÓRIA NA QUAL SE ORDENA DERRUBADA DE MURO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. DESNECESSIDADE DE PROCESSO AUTÔNOMO DE EXECUÇÃO

¹⁷ IPEA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis – Relatório de Pesquisa*. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatorioPesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1022033*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=915016&num_registro=200800081967&data=20091118&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.

DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. ÔNUS DA PROVA DO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL QUE RECAI SOBRE O TURBADOR DA POSE. VALOR DA MULTA DIÁRIA ("ASTREINTE") QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL. (...) - O valor justo da multa é aquele capaz de dobrar a parte resistente, sujeitando-a aos termos da lei. Justamente aí reside o grande mérito da multa diária: ela se acumula até que o devedor se convença de necessidade de obedecer a ordem judicial. - A multa perdura enquanto foi necessário; se o valor final é alto, ainda mais elevada era a resistência do recorrente a cumprir o devido. A análise sobre o excesso ou não da multa, portanto, não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para os fatos já consentidos no tempo – agora que a prestação finalmente foi cumprida – procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desrazoável e uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor. Recurso especial que se nega provido.

Assim, necessário o exercício de reflexão sobre o papel do juiz no momento da fixação das astreintes. Como comprovadamente é um dos instrumentos mais úteis diante da inércia do devedor, na falta dos critérios objetivos para sua fixação, não deve optar pela imposição de valores mínimos sob o pretexto do enriquecimento ilícito.

Vê-se que tal argumento não merece prosperar, já que jamais poderia ser considerado "ilícito" uma imposição que é legal sob todos os seus aspectos. Uma decisão que emana do Poder Judiciário deve ter a força que dela se espera, e assim, a criteriosa fixação das astreintes contribui para a própria dignidade da Justiça, na medida em que a correta aplicação da sanção acarretaria um maior temor diante do não cumprimento das decisões.

No entanto, em sede de Juizados Especiais, o que ocorre na prática é o contrário: o arbítramento de um valor uniforme, que normalmente gira em torno de cem ou duzentos reais, aplicados inadvertidamente para todos os tipos de devedores.

Em vez disso, espera-se do julgador que observe a capacidade do devedor, assim como a sua reincidência e contumácia no não cumprimento das decisões judiciais. Somente assim teremos o correto uso de um instrumento capaz de reduzir, em muito, o tempo de tramitação de um processo em sua fase executiva, contribuindo soltemaneira para aliviar o fardo processual nos Juizados.



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a contínua e progressiva banalização do instituto das astreintes, principalmente nos juizados especiais cíveis, o que acarreta a diminuição de forma acentuada do seu poder coercitivo, notadamente diante de grandes grupos econômicos. Tal fato compromete a eficácia da prestação jurisdicional, posto que alguns réus preferem ignorar o valor das astreintes fixadas, passando a encará-las como parte do valor da indenização estipulada pelo magistrado.

No decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é necessário o exercício de reflexão por parte do juiz no momento da fixação das astreintes. Pois diante da falta dos critérios objetivos para sua fixação, não se deve optar pela imposição de valores mínimos, do ponto de vista do devedor, sob o pretexto do enriquecimento ilícito, sob pena de enfraquecimento do instituto.

O entendimento, ao término da pesquisa, consubstancia-se na ideia de que não obstante as astreintes serem o método mais utilizado para compelir os devedores ao cumprimento das obrigações, novos métodos podem e devem ser empregados. Além disso, uma maior informatização dos ambientes pelos quais transita um cumprimento de sentença é de suma importância para encurtar o tempo de trâmite processual para que o resultado alcançado seja bem sucedido.

No primeiro capítulo, verifica-se que dentro os critérios objetivos para fixação das astreintes por meio de decisão paradigma, um deles é especialmente menosprezado no momento de estipular o quantum das astreintes: a capacidade econômica e a capacidade de resistência do devedor. E que diante de tal situação, o que ocorre de fato que diante de valores ínfimos de multa a serem pagos diante do descumprimento das decisões, é muito alto o número de devedores sobre os quais as astreintes fixadas não possui qualquer caráter de sanção ou penalidade.

Quanto à questão abordada ao longo do segundo capítulo, pode-se constatar que na jurisprudência do STJ não se trata de hipótese de enriquecimento sem causa no caso das astreintes fixadas superarem em muito o valor da obrigação originária. Porque não se trata efetivamente de um enriquecimento sem causa, mas ao contrário, de hipótese que encontra perfeita guarida na lei. Assim, tal recusa não deveria fazer parte do dia-a-dia dos magistrados.

Como ficou demonstrado no terceiro capítulo, a fase mais lenta de tramitação dos processos no ano de 2014 concentrou-se na fase de execução. Portanto, o valioso instrumento das astreintes, quando bem utilizado, poderia ser de grande auxílio nessa etapa processual, colmindo

da protelações e estimulando o cumprimento das decisões tempestivamente, principalmente da análise dos números que demonstram que a maior parte das sentenças não têm seu cumprimento espontâneo.

Assim, é possível afirmar que é preciso atacar o mito de que a fixação das astreintes de acordo com a capacidade econômica do devedor, resultando em patamares de valores mais altos do que os praticados pela jurisprudência atualmente, não constitui causa de enriquecimento ilícito. Ao contrário, trata-se de conferir eficácia a um instrumento dotado de grande capacidade coercitiva, capaz de provocar o efetivo cumprimento das decisões judiciais, reduzindo assim o tempo na fase da execução de sentença, poupando recursos do judiciário e contribuindo para a própria eficácia e dignidade da justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

ASSIS. Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1475157*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1475157&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkorden=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 738.682*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501628853>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso Inominado nº 0010852-54.2014.8.19.0207*. Relator: Juiz Alexandre Chini. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=20157005919375>>. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1022033*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=915016&num_registro=200800081967&data=20091118&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.



BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*: cocondenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 2. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. V.3. Salvador: JusPodivm, 2016.

IBGE. *Brasil em números*. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizar/periodicos/2/tm_2016_v24.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017. IPEA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis*: Relatório de Pesquisa. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

LEMISZ, Ivone Ballan. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5634/Os-principios-da-razoabilidade-e-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 01 set. 2017.

LIMA, Vanessa Batista Oliveira. *Aplicação das astreintes no direito brasileiro e do direito francês*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7228>. Acesso em: 21 mai. 2017.

LOR, Encarnacion Alfonso. *O princípio da proporcionalidade no Direito Processual*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dPeso/16,MI61480,410460+principio+da+proporcio+proporcionalidade+no+Direito+Processual>>. Acesso em: 03 set. 2017.



O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO PAÍS ANALISADO À LUZ DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E AS NORMAS ANTIELISIVAS

Danielle Aparecida Ferreira

Graduada pelo Centro de Estudos Superiores Aprendiz- CESA. Advogada.

Resumo: Como uma forma de garantir a Administração Pública recursos necessários a efetivação dos direitos individuais, sociais e econômicos arrolados na Constituição Federal e em dispositivos infraconstitucionais impõe-se, a princípio, a toda a sociedade o dever de pagar tributos. Os tributos são hoje instrumento de concretização da liberdade coletiva e a fonte de maior importância para o custeio de políticas públicas. E, porém, em contrapartida aquilo que mais onera as negociações firmadas por particulares. O que leva os contribuintes a busca constante de implementação de medidas que garantam a redução ou isenção da carga tributária a que estariam sujeitos durante a execução de suas atividades empresariais. Pretende-se, neste trabalho, aferir a distinção entre o real planejamento tributário, como uma prática permitida em lei, da tão combatida elisão fiscal ilícita. A discussão em comento aborda as consequências da prática de elisão fiscal ilícita e a importância do estudo e implementação das normas antielisivitas no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Tributário. Planejamento Tributário. Normas Antielisivitas.

Sinário: Introdução. 1. A implementação de planejamento tributário como forma lícita de obtenção da redução da carga tributária 2. A tênue diferença entre elisão fiscal lícita e ilícita e a repercussão desta na economia e no desenvolvimento do país. 3. As normas antielisivitas como medida de controle da elisão fiscal ilícita. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, sobre o desenvolvimento econômico do país, analisado frente a implementação do planejamento tributário e as normas antielisivitas, tem por objetivo inicialmente distinguir as práticas de elisão fiscal lícita e ilícita, demonstrando as consequências desta na economia e no desenvolvimento de um país. Pretende-se também analisar a importância da implementação de normas antielisivitas, ante a prática cada vez mais constante de atos de elisão fiscal ilícita. As normas antielisivitas são hoje mundialmente adotadas como forma de coibir o abuso por parte dos contribuintes, que visando a obtenção de maior lucro se valham de atos empresariais civados de vícios, com o único fim de obterem uma redução da carga tributária, a qual estariam sujeitos.

A Constituição Federal prevê em seus artigos 1º e 3º, respectivamente, os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e em capítulo próprio explicita



que para concretização de tais preceitos é imprescindível a adoção de medidas públicas, cujo objetivo seja o bem estar e a justiça social. Dentre estas políticas públicas há disposições acerca da seguridade social, da saúde, da previdência social, da assistência social, da educação, do meio ambiente, da família, da criança e do adolescente, do idoso e dos índios.

Para implementação de tais serviços de forma digna e eficaz à sociedade faz-se necessária a arrecadação pelo Estado de recursos financeiros mínimos. É a partir deste momento que se verifica a importância da arrecadação tributária para a sociedade. Isto porque é sabido que as políticas públicas, expressamente previstas na Constituição Federal, como finalidade, objetivo e, por que não dizer dever do Estado para com a sociedade, são custeadas pela arrecadação dos tributos.

Diante da importância da arrecadação tributária vem à tona a discussões que gira em torno dos limites para implementação de mecanismos de planejamento tributário, no que consiste a adoção de medidas, pelo contribuinte (pessoa física ou jurídica) de procedimentos lícitos e eticamente aceitáveis com o objetivo de reduzir ou elidir suas despesas com o pagamento de tributos. Procedimentos estes que podem ser de natureza econômica, contábil, jurídica ou meramente operacional.

Ainda que os instrumentos decorrentes deste planejamento tributário sejam lícitos, é sabido que há determinados casos em que este direito é implementado pelos contribuintes de forma abusiva e conseqüentemente reprovável.

O trabalho foca na temática dos limites impostos ao exercício do direito de realizar planejamento tributário, a partir da criação de normas antielisivas, que questionam os instrumentos implementados pelos contribuintes na busca por uma economia fiscal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os limites que os contribuintes têm dentro do ordenamento jurídico para a implementação de procedimentos que possibilitam a redução da carga tributária.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a diferença entre uma elisão fiscal lícita e uma elisão fiscal ilícita e a repercussão desta na economia e no desenvolvimento do país.

Por fim, o terceiro capítulo trata das normas antielisivas, hoje implementadas como medida de controle da elisão fiscal ilícita.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético, considerando que os fatos ora apresentados devem ser necessariamente analisados dentro do contexto social. O trabalho, entretanto, não tratará a realidade como algo estabilizado, mas procurará identificar o processo, os conflitos existentes e as contradições envolvidas na análise do problema, foco da pesquisa.



E para tanto, a abordagem do objeto deste estudo será qualitativa, pois para desenvolvê-lo a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática retratada em doutrina e legislação.

1 A IMPLEMENTAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO FORMA LÍCITA DE OBTENÇÃO DA REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIO

Os tributos são tidos hoje como a principal receita do Estado Fiscal e, por conseguinte indispensável para a implementação e manutenção de serviços públicos. No Brasil existem no momento quase 100 diferentes taxas, impostos e contribuições, o que onera consideravelmente o faturamento empresarial.

Os tributos representam importante parcela dos custos das empresas, senão a maior. Em média, 33% do faturamento empresarial é dirigido ao pagamento de tributos. Do lucro, até 34% vai para o governo. De maneira que o somatório dos custos e despesas, mais da metade do valor é representada pelos tributos.

Nesse dispatório para que uma empresa se mantenha no mercado é imprescindível que seja perspicaz quanto da administração do ônus tributário a qual está sujeita. É então a partir desta necessidade que surge o instituto do planejamento tributário.

Helena Taveiro Tôres¹ conceitua planejamento tributário como sendo “a técnica de organização preventiva de negócios jurídicos, visando a uma lícita economia de tributos.”

O planejamento tributário, portanto, pode ser compreendido como um procedimento lícito, ético e devidamente tutelada em lei, de natureza jurídica, contábil, econômica ou operacional adotado pelo contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica, com o objetivo de reduzir ou elidir as despesas com tributos.

Segundo Marco Aurélio Greco² tal prática já vem sendo empregada há pelo menos 650 anos. Conta ele que:

Havia uma determinação romana que tinha criado uma taxa pelo uso do solo onde se instalava a feira para a venda dos produtos e das peles de animais que tinham sido caçados. Rebata que determinados comerciantes chegavam àquela praça local e, ao invés de colocarem aquelas peças no chão, carregavam-nas nos braços, dizendo: se não estou ocupando o terreno da praça do mercado, em termos

¹ TÔRES, Helena Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 175.

² GRECO, Marco Aurélio. “Elisão Tributária e seu Contexto”. In: *Anais do Simposio Internacional sobre Etilo do Fiscal*. Brasília: ESAF, 2002, p.19.



status, não estou praticando fato gerador, estou evitando a ocorrência, portanto não devo pagar a taxa pelo uso da praça da cidade onde se realizava a feira.

A questão é que o ordenamento jurídico permite ao contribuinte que este quando da execução de negociações busque meios que permita uma exposição a uma carga tributária menos expressiva. Dentro do que prevê a própria lei, tal procedimento pode se dar de várias formas, seja no âmbito do sistema tributário nacional ou internacional, a depender das necessidades, interesses e as condições de cada contribuinte.

Ocorre que em muitos casos tais atividades são empregadas de forma a não observar as disposições legais ou os seus princípios, ganhando assim contornos irregulares. Nesse diapasão um ato praticado visando ao final obter a redução ou exclusão da carga tributária a depender da forma como se configurou ganhará a denominação de elisão fiscal lícita ou elisão fiscal ilícita.

Quando os atos com o fim de evitar, retardar ou diminuir o pagamento de tributos, forem praticados lícitamente, dentro dos padrões morais e éticos configuram o que denominamos de elisão fiscal lícita. Em contrapartida, quando estes atos, ainda que praticados com o mesmo fim [evitar, retardar ou diminuir o pagamento de tributos] são executados através de meios aparentemente legais, mas em seu núcleo evitados de vícios, que maculam a ética e moral, estamos diante da prática de atos de elisão fiscal ilícita.

Para suscitar a diferença entre os legítimos atos de economia fiscal e aqueles que são empregados com algum tipo de vício, faz-se necessário analisar as peculiaridades do caso concreto à luz de alguns elementos pacificamente aceitos pelos operadores do direito tributário sobre o assunto.

Diante deste cenário, o que se discute é se seria ilimitado o direito que o contribuinte tem de implementar em suas atividades métodos capazes de mitigar ou até mesmo excluir a obrigação de pagar tributos em determinadas transações ou se tal prerrogativa deve observar algumas limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Se existem estes limites ainda se discute: seriam eles de ordem pública (fiscal), privada (civil), ética ou moral?

No plano jurídico nacional dentre outras medidas podemos citar como formas de planejamento tributário o redirecionamento de atividades e operações, a reorganização societária e/ou contábil, a recuperação de créditos fiscais, pedidos de compensação ou repetição, adoção de medidas de elisão induzida ou permitida a partir do aproveitamento de prerrogativas e incentivos fiscais, como imunidades, isenções, zonas francas, incentivos estaduais ou municipais.



Na esfera internacional, o campo para a realização do planejamento fiscal também é amplo, ante a existência de diversos sistemas tributários, todos buscando atrair novos negócios e capitais. O que permite ao contribuinte firmar suas negociações em um território, cuja legislação lhe seja mais favorável e menos onerosa fiscalmente, através da manipulação dos elementos da transação (ex.: foro contratual, local de pagamento, etc.), aplicação de tratados ou convenções internacionais, transferência total ou parcial das operações para os denominados *tax havens*.

O fato é que inúmeras são as formas conferidas pela lei aos contribuintes para organizarem suas atividades patrimoniais e financeiras de maneira a obterem uma considerável redução ou até mesmo a exclusão da carga tributária a incidir sobre suas atividades. Alguns destes procedimentos são em sua essência ilícitos devido a sua forma ou momento de realização. Outros, inteiramente lícitos.

Com o surgimento e a implementação recorrente de novas práticas fiscais que possibilitam aos contribuintes a executarem suas atividades de maneira a obterem uma redução ou exclusão da carga tributária, verificou-se a necessidade de criar as denominadas normas antielisivas. Estas visam principalmente a questionar a prática de atos, negócios ou procedimentos que buscam implementar uma economia fiscal. Isso porque é muito tênue a linha divisória entre atos de elisão fiscal lícita e elisão fiscal ilícita, de maneira que muitas vezes se faz necessária a intervenção do fisco no caso concreto para verificação se o ato praticado pelo contribuinte estaria exento de algum vício. Tais normas, portanto, servem como limitadores ao exercício do planejamento tributário, sendo meio utilizado de combate à evasão e ao planejamento abusivo, além de ser medida necessária à preservação do princípio da transparência, que está em íntima conexão com o processo de globalização.³

2. A TÊNUE DIFERENÇA ENTRE ELISÃO FISCAL LÍCITA E ILÍCITA E A REPERCUSSÃO DESTA NA ECONOMIA E NO DESENVOLVIMENTO DO PAÍS

Como já foi abordado a carga tributária, especialmente no Brasil, é o elemento que mais faz elevar os custos fiscais de uma determinada negociação.

Nesta linha o legislador buscando conferir ao contribuinte a possibilidade de obter uma maior rentabilidade na execução de sua atividade facultou-lhe o direito de planejar, dentro dos limites da legalidade e da boa-fé, a forma como direcionará os seus negócios buscando

³ ABRAHAM, Marcus. *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 243.



esquivar-se do pagamento integral de tributo ou ao menos incorrerem na hipótese de incidência de tributo de menor valor.

Hoje não mais se admite que o Estado imponha o pagamento de tributo a todo custo, de maneira a impedir a implementação pelos contribuintes de qualquer prática de planejamento tributário. O que se exige, entretanto, é que a conduta adotada pelo contribuinte tenha como base a lei, a ética e a moral.

Os meios empregados pelos contribuintes, com o fim de desonerar-se do pagamento de qualquer tributo, poderão conduzi-los à prática de condutas tidas como válidas ou inválidas, segundo o ordenamento jurídico. Isso leva hoje a discussão de qual seria o limite entre o que poderia realmente ser denominado planejamento tributário, pois dentro dos parâmetros legais, da tão combatida elisão fiscal ilícita. Na prática é muito tênue esta distinção. O que nos exige para a conclusão deste trabalho ao estudo mais aprofundamento destes dois institutos.

Configuraria elisão fiscal lícita o fato do contribuinte, valendo-se de atos aceitos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, lograsse êxito em abster-se de incorrer na hipótese de incidência da norma tributária. Na elisão fiscal lícita, portanto, o contribuinte evita, a partir da implementação de planejamento tributário a ocorrência do fato gerador, afastando-se, por conseguinte o pagamento de tributo.

Hugo de Brito Machado⁴ assevera que:

Em termos bastante simples, pode-se dizer que há planejamento [elusão fiscal lícita] quando o contribuinte organiza suas atividades de forma a não praticar hipótese de incidência da norma tributária, ou a praticá-la de modo que a norma incidente seja aquela que impõe a menor tributação possível. O contribuinte trabalha com a ocorrência dos fatos que ensejam a incidência da norma, evitando que esta aconteça.

Ricardo Lobo Torres⁵, no mesmo sentido, ensina que posições teóricas atuais como a jurisprudência dos valores e o pós-positivismo aceitam o planejamento fiscal como modo de economizar imposto, desde que não haja abuso de direito.

A elisão fiscal lícita, portanto, é uma prática absolutamente legal, calcada na possibilidade de implementação de atos que ensejam uma não incidência ou uma menor incidência tributária. Como hipóteses de elisão fiscal lícita o legislador previu expressamente os incentivos fiscais, que seriam concessões legais de benefícios aos seus destinatários. Ela, entretanto, pode também ser obtida a partir da execução de mecanismos que a lei não expressamente proíbe, a exemplo, de uma empresa de serviços que fixe inicialmente ou opte

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Cursos de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 360.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal* - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012



por alterar o local de desempenho da atividade para determinado município, no qual a alíquota de ISS é mais baixa. Isso porque a lei não proíbe que os empresários contribuintes escolham o local onde desempenharem suas atividades.

Para Sacha Calmon Navarro Coelho e Ives Gandra Martins⁶ o planejamento tributário não é apenas uma alternativa conferida aos contribuintes, para que estes obtenham uma redução da carga tributária a que estariam sujeitos, é além disso uma obrigação, imposta por lei, aos administradores. Isso porque nos termos do artigo 1.011, do Código Civil⁷ aos administradores, em geral, é imposto o dever de se utilizarem dos meios mais benéficos para a sociedade, sob pena de estarem descumprindo um dever profissional.

Nesta linha dispõe o professor Sacha Calmon⁸:

Assim, a prévia estruturação das atividades empresariais com o fito de pagar menos tributos – planejamento tributário – é não somente direito de todos como dever inarredável daquele a que foi confiada a administração de sociedades anônimas, que devem gerir a poupança popular tão bem como o fazem com seu próprio patrimônio. Isso implica em, sempre que possível, permitir que a Fazenda Pública se apodere da quota mínima do capital empregado nos negócios da companhia.

Sem um planejamento tributário pautado em medidas lícitas, éticas e morais de redução da carga tributária será muito difícil a empresa competir num mercado globalizado e garantir um bom retorno para o capital investido. Nesse sentido, tem-se que o planejamento tributário é um instrumento tão necessário de gestão de negócios, quanto qualquer outra medida de marketing, de vendas, etc.

O planejamento tributário é, além de tudo isso, uma forma de garantir aos agentes econômicos a observância da sua capacidade contributiva, nos termos do disposto no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 145, § 1º, CRFB/88: 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, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva, coordenador. *Curso de Direito Tributário*. 10 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 420.

⁷ Art. 1.011, CC. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, a cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

[...]

⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Os limites éticos do planejamento tributário*. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001, p. 357.



De forma diametralmente oposta, incorre na prática de elisão fiscal ilícita o contribuinte que quando da prática de atos tributáveis utiliza-se da manipulação dos fatos, com o objetivo de encobrir a incidência do tributo, e afastando, por conseguinte, a obrigação de pagá-lo, em que este seja devido no caso concreto.

A elisão fiscal ilícita, entre outras consequências, enseja a diminuição da receita pública decorrente da carga tributária e conseqüentemente torna mais culpante a cobrança a incidir sobre aqueles que, de fato, cumprem o seu encargo tributário, tendo em vista a necessidade da arrecadação para que seja desempenhado de forma eficaz a prestação do serviço público. Esta sobrecarga tributária sobre alguns contribuintes, visando compensar a atuação ardilosa de outros contribuintes, fere os princípios da igualdade, da capacidade contributiva e do dever fundamental de pagar tributos, além de frustrar os valores sociais e o interesse público.

A elisão fiscal ilícita ainda repercute negativamente na economia e desenvolvimento do país, pois desestimula o investimento de novos empresários, que ao partirem suas atividades de forma lícita estarão sempre em desvantagem econômica em comparação ao empresário manipulador, que por não pagar os tributos devidos, estaria violando a isonomia tributária e criando um ambiente, cuja competitividade empresarial estaria sempre desequilibrada.

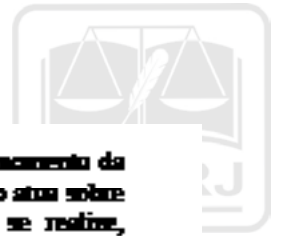
É cediço que ao contribuinte é assegurado o direito de conduzir os seus negócios e atos de maneira a pagar menos, ou nenhum tributo. Neste sentido se a lei lhe confere a possibilidade de desempenhar um mesmo ato de duas maneiras, sendo uma tributada e outra não, não se pode obrigá-lo a optar pela hipótese tributável. É preciso, no entanto, que o caminho escolhido pelo contribuinte se limite aos exatos termos previstos em lei ou não proibido por ela, sendo rechaçado pelo ordenamento jurídico o ato de manipular os fatos para se obter a isenção tributária ou o pagamento reduzido do tributo.

Aqui é pertinente asseverar que no que se refere a conduta do contribuinte empregada para eximir-se do pagamento de tributo, a doutrina ainda apresenta os institutos da evasão fiscal e elisão fiscal. Estes, porém, já são pacificamente definidos como irregulares e ilícitos. Não há discussão na doutrina quando ao fato de que configuraria evasão fiscal o negócio jurídico praticado pelo contribuinte de forma contrária a lei, com escopo de obter a redução ou isenção de tributo.

Neste sentido Hermes Marcelo Huck⁹ dispõe:

A elisão, de um lado, tem sua preocupação concentrada no uso de meios legais, ao menos formalmente lícitos, ao passo que na evasão atua-se pelos meios

⁹ HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão: Retas Nacionais e Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.31



ilícitos e fraudulentos. Na fraude fiscal, opera-se a distorção no momento da incidência tributária, ou após esta, enquanto na elisão, o indivíduo atua sobre a mesma realidade mas, de alguma forma, impede que ela se realize, transformando (a seu benefício) o fato impositivo ou gerador do tributo. Na elisão, o mesmo ato ou negócio jurídico é engenhosamente [...] revestido pelo indivíduo com outra forma jurídica, alternativa à originalmente pretendida, com resultados econômicos análogos, mas não descrita e tipificada na lei como preceposta de incidência do tributo.

No mesmo sentido não há divergência quanto a configuração da elisão fiscal, que se verifica quando os atos praticados pelo contribuinte são apenas aparentemente legítimos e válidos, mas carentes de causa e, por conseguinte fraudulentos.

Neste diapasão, aduz Helene Taveira Tôres¹⁰:

Elisão fiscal é o fenômeno pelo qual o contribuinte, mediante a organização planejada de atos lícitos, mas desprovidos de uma 'causa' (simulados ou com fraude à lei), tenta evitar a subsunção de atos ou negócios jurídicos ao conceito normativo do fato típico e a respectiva imputação da obrigação tributária.

A discussão jurisprudencial e doutrinária atual, portanto, limita-se a distinção entre elisão fiscal lícita e ilícita. Na medida em que muitos momentos elas se confundem, pois ambas aparentemente respeitariam a letra de lei, porém enquanto aquela é uma conduta impregnada de moral, ética, esta é destituída de todos estes valores, evada, portanto, de vício de legalidade.

Neste diapasão, embora o estudo em comento não tenha a pretensão de examinar toda discussão quanto a distinção entre elisão fiscal lícita e ilícita, suas consequências e tampouco apresentar de forma definitiva uma delimitação para que se possa precisar na prática quando estamos diante de um verdadeiro planejamento tributário ou uma prática ilícita, entendemos que o limite estaria na real licitude dos meios utilizados para obter a redução da carga tributária almejada.

3. AS NORMAS ANTIELISIVAS COMO MEDIDA DE CONTROLE DA ELISÃO FISCAL ILÍCITA

As normas antielisivas foram criadas precisamente para servirem como instrumentos ao Fisco, que com base nelas poderia questionar a prática de atos, negócios ou procedimentos realizados pelos contribuintes com o objetivo de obter redução no seu ônus tributário.

¹⁰ TÔRES, Helene Taveira. *Dirigido Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação e elisão Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 182-189 e 195-198.



Marcus Abraham,¹¹ em sua obra, busca tratar de forma aprofundada todas as peculiaridades sobre as normas antielisivas. Ele explica que elas podem ser genéricas ou específicas. Considera-se genéricas as normas que tentam repelir o planejamento fiscal abusivo a partir da previsão em lei de normas gerais ou expressões amplas, tais como “falta de propósito mercantil”, “abuso de direito”, entre outras. Em contrapartida, serão específicas as normas antielisivas que atacam práticas concretas, a partir da previsão de tipos tributários fechados.

Depois de fazer esta distinção Abraham ainda ressalta que há quem entenda, assim como ele, que as normas antielisivas específicas não seriam muito eficientes, pois por serem direcionados a determinados fatos teriam uma aplicação limitada, que acabaria por deixar brechas, as quais poderiam ser utilizadas pelos contribuintes para se eximirem do pagamento de tributos. Para ele, o uso da interpretação das normas antielisivas genéricas seria muito mais eficaz se realizada de forma cuidadosa, ponderada e se decorrente de um devido procedimento, no qual fosse concedido ao contribuinte os mecanismos de proteção dos seus direitos fundamentais.

Abraham, porém, não deixa de apresentar a ideia defendida por uma outra parte da doutrina, que entende que somente as normas antielisivas específicas confeririam efetivamente a segurança jurídica ao contribuinte, pois os tipos abertos ou normas gerais deixariam margem ao emprego subjetivo da autoridade administrativa.

Discussões à parte, hoje temos em nosso ordenamento jurídicos normas antielisivas genéricas e específicas, empregadas com o fim de encobrir lacunas do sistema tributário e consequentemente controlar e mitigar a prática de elisão fiscal ilícita.

Dentre estas normas podemos citar a Lei nº 7.450/85 (art. 51), que alterou a legislação do Imposto de Renda, passando a prever que estariam compreendidos na incidência de tal tributo todos os ganhos e rendimentos de capital, independentemente da denominação que lhes fossem dadas, bastando que decorressem de ato ou negócio que tivessem os mesmos efeitos previstos na norma específica de incidência do imposto de renda. Podemos citar ainda como mecanismo antielisivo a Lei nº 9.311/96, que em seu artigo 17, inciso I passou a admitir somente um endosso nos cheques pagáveis no país. Com isso buscou-se combater a prática de elisão fiscal ilícita consistente na movimentação patrimonial ficta. Por fim não podemos deixar de mencionar a Lei Complementar nº 104/2001, denominada Norma Geral Antielisiva.

Em 10 de janeiro de 2001 foi criada a Lei Complementar n.º 104, que com o objetivo de impedir as práticas abusivas incluiu o parágrafo único no artigo 116, do CTN, permitindo

¹¹ ABRAHAM, MARCUS. *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.241.



que a autoridade administrativa desconSIDERASSE atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Este dispositivo, denominado como 'Norma Geral Antielisão', no entanto, desde sua criação foi alvo de muitas críticas. Tendo sido objeto de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº 2446), impetrada pela Confederação Nacional do Comércio, em 18 de abril de 2003.

Dentre os pontos questionados na ADI foi alegado inicialmente que o dispositivo feriria os princípios da legalidade, da tipicidade fechada e da separação dos poderes. Isto porque a norma ao permitir que a autoridade administrativa desconSIDERASSE atos ou negócios dissimulados e aplicasse a lei que, a seu entender, melhor se enquadrasse ao caso, estaria dando poderes a uma autoridade administrativa para atuar como legislador.

Asseverou-se ainda que o parágrafo único do artigo 116 fala em "desconSIDERAR atos com o objetivo de dissimular [...]". Considerando o termo 'dissimular' como espécie de simulação [relativa], com o objetivo de ocultar algo que realmente aconteceu, com o único fim de lograr uma economia tributária, questionava-se se tal dispositivo teria como objetivo evitar tão somente práticas evasivas.

Por fim, destacou-se que o dispositivo criado pela Lei Complementar nº 104/01, em sua parte final, remete à lei ordinária a competência para determinar os procedimentos pelos quais se dará a desconSIDERAÇÃO dos atos dissimulados pela autoridade administrativa. Ocorre que a Constituição Federal, em seu art. 146, III, "b" determina que cabe à lei complementar estabelecer normas de caráter tributário. Dessa forma, não poderia uma lei ordinária tratar de normas gerais tributárias.

Em âmbito doutrinário a discussão quanto a constitucionalidade da Lei Complementar nº 104 também é acalorada.

Uma parte da doutrina não atribui efeito ao dispositivo em comento, sob a alegação de que ele não teria inovado na Ordem Tributária, já que teria sido criado para proibir a dissimulação, que nada mais é que a simulação relativa, hipótese já tratada pelo artigo 149, inciso VII, do CTN. Para eles a norma geral antielisiva, portanto, não teria obtido êxito em alcançar o fim a que se destinava (proibir o abuso fiscal).

Uma segunda corrente, capitaneada por Ives Gandra da Silva Martins, por sua vez, defende a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 104/2001, pois a considera uma violação ao princípio da legalidade estrita, capaz de instaurar uma completa insegurança nos negócios praticados pelos contribuintes.



Uma terceira linha de pensamento, a qual parece ser a mais adequada ao nosso sistema tributário, adota a ideia de que a norma ventilada na Lei Complementar nº 104/2001 seria de natureza antielisiva genérica e que por conseguinte possibilitaria ao legislador de cada ente federativo elaborar a norma antielisiva específica, contendo as situações elisivas a que se busca tributar, bem como os negócios regionais imponíveis ao Fisco.

O fato é que transcorridos 16 anos e essa ADI permanece aguardando julgamento, inclusive para efeito de concessão, ou negativa, da liminar pleiteada.

O Brasil, ao lado de inúmeros outros países como Alemanha, Espanha, França, Inglaterra, Estados Unidos, Itália, entre outros, vem ao longo dos tempos implementando novas dispositivos antielisivos, buscando aprimorar constantemente os mecanismos capazes de combater a prática de planejamento tributário abusivo. A tendência atual é no sentido de que conceitos amplos como “abuso de forma”, “dissimulação”, “fraude a lei” venham sendo replicados por diversos países como uma forma mais eficaz de mitigar as práticas tributárias contrárias a moral, a ética e a lei. É cediço, porém, que independentemente do mecanismo antielisivo adotado o que se busca mundialmente é combater a prática de atos de elisão fiscal ilícita e em contrapartida engrandecer a justiça fiscal e todos os princípios tributários a ela vinculados.

CONCLUSÃO

O foco da pesquisa era abordar precisamente o conflito de interesses existente entre a importância da arrecadação tributária para a economia e o desenvolvimento de um país e o direito do contribuinte a execução de um planejamento tributário, que lhe proporcione uma redução ou isenção no encargo fiscal, a qual estaria sujeito.

Ao longo do trabalho demonstrou-se que por mais que seja relevante a arrecadação tributária para a implementação de serviços públicos, atração de novos investidores e crescimento do país, não há mais que se falar, hodiernamente, em uma postura estatal extremamente arrecadatória, que imponha a arrecadação a todo custo. Ao contrário, o ordenamento jurídico brasileiro proporciona ao contribuinte empregar condutas, dentro dos parâmetros legais, éticos e morais para buscar pagar uma menor ou nenhuma carga tributária. Isso porque, é de total sabença que a carga tributária, é hoje, especialmente no Brasil, o elemento que mais eleva os custos finais de uma determinada negociação.

O legislador, entretanto, ao mesmo tempo em que conferiu aos contribuintes mecanismos de redução ou isenção tributária, também buscou criar dispositivos que conferisse ao Fisco a possibilidade de questionar os atos praticados pelos contribuintes, caso verificasse



indícios de vício ou inverdades nas condutas praticadas, a princípio sob a égide legal, mas que na verdade teriam como escopo práticas de elisão fiscal ilícita.

A este instituto conferido ao Fisco denominou-se normas antielisivas. As normas antielisivas, seja geral ou específica, vem sendo uma prática mundialmente adotada, com o escopo de coibir a prática de elisão fiscal ilícita, implementada por meio de planejamentos tributários abusivos.

A tendência atual e mundial é no sentido de se criar dispositivos antielisivos dotados de conceitos amplos como “abuso de forma”, “dissimulação”, “fraude a lei”, como uma forma de encobrir quaisquer lacunas existentes na lei, mitigando assim a situação tributária contrária a moral, a ética e a lei.

A maior dificuldade, como foi tratado ao longo do trabalho, é apontar com precisão se uma conduta configuraria uma prática de elisão fiscal ilícita ou lícita. Isso porque a diferença entre elas é consideravelmente tênue. Não se pretendeu com a pesquisa em comento, entre outras discussões, examinar a problemática no que se refere a esta distinção, buscou-se demonstrar tão somente que o limite existente entre um e outro instituto estaria na licitude dos meios utilizados para obter a redução da carga tributária almejada, o que somente pode ser verificado ante a análise com cautela das peculiaridades do caso em concreto.

Esta pesquisa, portanto, buscou sustentar a importância do estudo e implementação de normas antielisivas como forma de coibir práticas cividas de abusividade, ilegalidade e imoralidade na conduta do contribuinte, que busca de todas as maneiras obter mais lucros em suas negociações, a partir da implementação de atos que lhe proporciona eximir-se da carga tributária, a qual inevitavelmente estaria sujeito.

A relevância deste estudo consistiria principalmente no fato de que a implementação de práticas contrárias as normas, a moral e que visam tão somente não pagar tributo traz inúmeros prejuízos não somente a economia de um país, mas ao seu desenvolvimento como um todo.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.



_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017

_____. *Lei Complementar nº 104*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp104.htm>. Acesso em: 30 out. 2017

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Os limites atuais do planejamento tributário. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar nº 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

GREGO, Marco Aurélio. "Elisão Tributária e seu Contexto." In *Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal*. Brasília: ESAF, 2002.

_____. *Planejamento Tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINS, James. *Elisão Tributária e sua Regulação*. São Paulo: Dialética, 2002.

ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar nº 104*. São Paulo: Dialética, 2002.

TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Tributário e Direito Privado: Autonomia Privada, Simulação e Elisão Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. "Solidariedade e Justiça Fiscal". In: *Estados em Homologação à Memória de Gilberto de Ulhoa Canto*. Rio de Janeiro: Farense, 1998.

_____. "Legalidade Tributária e Riscos Sociais". *Revista Dialética de Direito Tributário* 59: 95-112, 2000.

_____. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. "A Chamada "Interpretação Econômica do Direito Tributário", a Lei Complementar nº 104 e os Limites Atuais do Planejamento Tributário". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Ed.). *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. *Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: INSTRUMENTO MITIGADOR DO ENCARCERAMENTO PRECOCE EM MASSA.

Danielle Castanheira de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O sistema de execução penal brasileiro vive tempos difíceis, com destaque para a superlotação carcerária, déficit de vagas nas prisões e violações a uma série de direitos fundamentais. O presente trabalho propõe a implementação e expansão da audiência de custódia como mecanismo capaz de reduzir o encarceramento desnecessário e garantir o respeito a direitos básicos inerentes à condição de pessoa humana. Ao mesmo tempo se preocupa em demonstrar que o não encarceramento não significa impunidade e o sofrimento do encarcerado não significa – e nem pode – justiça.

Palavras-chave – Processo Penal. Audiência de Custódia. Política Carcerária. Direitos Humanos.

Síntese – Introdução. 1. A realidade prisional brasileira e a política de encarceramento. 2. O Processo Penal como instrumento dos direitos humanos em uma sociedade insegura. 3. Efeitos da implementação da audiência de custódia e o esforço para torna-la uma realidade em todo o Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho enfoca em demonstrar a necessidade da real efetivação da audiência de custódia no sistema jurídico penal brasileiro e os meios para que isso ocorra, dentro da limitação orçamentária e de pessoal.

O Brasil ocupa o quarto lugar entre os países com maior população carcerária do mundo. Sendo certo que o país prende muito, imagina-se que o índice de criminalidade reflita percentuais baixíssimos. No entanto, não é isso o que ocorre. Embora seja o país o quarto maior encarcerador do mundo, é o nonagésimo primeiro na lista da segurança. Por breve análise, infere-se que a solução da violência não parece estar no encarceramento.

De acordo com dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), o número atual de presos provisórios, no Brasil, está em torno de 221.054 (duzentos e vinte e um mil e cinquenta e quatro), o que representa 34% (trinta e quatro por cento) da população carcerária. Isso quer dizer que há no país duzentos e vinte e um mil e cinquenta e quatro pessoas privadas de sua liberdade e, em regra, de sua dignidade, sem que sequer haja contra elas qualquer sentença condenatória.



Nesse contexto, aclara a utilidade e urgência de efetivação da audiência de custódia no ordenamento jurídico que, embora internalizada em 1992, só começou a ganhar espaço – ainda que tímido – a partir de 2015, com regulamentação do CNJ ao final do citado ano. A audiência de custódia permite a apreciação do juiz, presente a defesa e Ministério Público, acerca da legalidade e necessidade da manutenção da prisão imposta. Desse modo, revela-se como instrumento eficaz a evitar o encarceramento em presídios com ocupação já superior a capacidade, privação de liberdade e outros direitos fundamentais e gastos estatais com a manutenção e eventual indenização do preso, tendo em vista as condições carcerárias brasileiras.

Objetiva-se, neste artigo científico, discutir sobre os benefícios e maneiras de implementação da audiência de custódia. Isso será feito a partir de demonstrações, por meio de dados objetivos, que o encarceramento não se revela como solução adequada a ser adotada a fim de reduzir a violência, ainda mais com a realidade prisional brasileira; análise e compatibilização dos direitos humanos com uma sociedade refém da violência que anseia por uma resposta pública a qualquer custo; defesa da obrigatoriedade da audiência de custódia em todos os processos penais e maneiras de efetivá-la, observando os limites existentes.

O primeiro capítulo discute a realidade prisional brasileira e a política do encarceramento como solução (ou não) para a questão da segurança.

O segundo capítulo busca a compatibilização da observância dos direitos humanos no processo penal com uma sociedade revanchista que busca a justiça a qualquer preço.

Por fim, o terceiro capítulo busca explicitar mecanismos práticos para tornar a audiência de custódia uma realidade em todo o Judiciário.

Nesse artigo científico, procura-se estabelecer como forma de desenvolvimento do trabalho a pesquisa teórica, tendo por base a leitura de textos, livros e artigos sobre o tema proposto.

Busca-se compreender o sistema carcerário, suas mazelas, sua utilização como última ratio penal, bem como a utilidade da audiência de custódia para evitar violações a direitos humanos e o encarceramento precoce injustificado.

A pesquisa será desenvolvida a partir do método teórico, parcialmente exploratória e qualitativa, consistente em discutir e comprovar a eficácia do instituto em análise, sua validade e alcance, sem prejuízo de, supletivamente, com base em dados e experiências anteriores, fazer uso do empirismo.

Para tanto, a pesquisadora pretende se valer de bibliografia pertinente a temática, em específico pesquisas na legislação, doutrina, artigos e jurisprudência para sustentar a sua tese.



1. A REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA E A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO

De acordo com levantamento do Conselho Nacional de Justiça¹ realizado em parceria com os tribunais de todo o país, no ano de 2017 (dois mil e dezessete) temos 654.372 (seiscentos e cinquenta e quatro mil trezentos e setenta e duas) pessoas encarceradas, das quais 221.054 (duzentos e vinte e um mil e cinquenta e quatro) são presos provisórios, o que representa 34% (trinta e quatro por cento) da população carcerária, enquanto a média nacional é por volta de 25% (vinte e cinco por cento). Os presídios contam com precariedade estrutural, déficit de vagas, insuficiência das políticas de acesso ao estudo e ao trabalho como mecanismos de ressocialização, desrespeito aos direitos humanos mais básicos.

Diante desses dados preliminares, associados a informação de que o Brasil é o quarto maior encarcerador do mundo e o nonagésimo primeiro na lista que avalia o quesito segurança, é de se concluir que a política de segurança pública adotada atualmente não vem alcançando sucesso. É de se atentar que muito provavelmente a solução para a segurança não esteja no encarceramento a qualquer custo.

A resposta penal não deve se limitar ao caráter retributivo, isto é, castigar o delinqüente pelo cometimento de injusto contra valores de alto apreço pela sociedade. A pena deve ser norteada por seu objetivo principal, qual seja: a prevenção de novos delitos. A política criminal brasileira caminha na contra mão da efetivação desta realidade. Busca-se o endurecimento das leis penais para, além de servir como castigo, ser meio para acalmar os ânimos da sociedade que não mais suporta a sensação de insegurança e, por confundi-la com impunidade, clama por soluções ansiosas como a retirada do infrator da sociedade.

Para a sociedade, a prisão preventiva transmite a impressão de justiça. Essa modalidade de prisão tem, por vezes, fundamento no clamor público. No entanto, segundo os ensinamentos de Alexandre Morais da Rosa², “a prisão é cautelar ao processo e não à sociedade, ou seja, somente se pode prender para garantia da prova e aplicação da lei penal”.

Acresce à este entendimento, agora em conjunto com Aury Lopes Jr.³ que “pensamos que o processo “demora demais” e ninguém quer esperar até a sentença, afinal,

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

² ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Completo do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 53.

³ LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. *Processo Penal no Limite*. Florianópolis: Bepólio do Direito, 2015, p. 102.



qualquer demora é uma dilatação insuportável para uma sociedade hiperacelerada. Por isso, quando somos sedados pela avalanche de imagens de uma megaoperação policial e ninguém sai preso, temos a molesta e incômoda sensação de que haverá impunidade.”

Ocorre que, o imediatismo custa caro, o aprisionamento desacompanhado de atenção na fase de execução penal e de medidas ressocializadoras acaba por transformar os antes primários em reincidentes, os ladrões de galinha em homicidas e os amadores em especialistas. Não coincidentemente as três principais organizações criminosas brasileiras nasceram no interior de estabelecimentos prisionais: Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Primeiro Comando do Maranhão⁴.

A Lei n. 12403, de 4 de maio de 2011 – que trata da prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares – surgiu na tentativa de fazer com que a prisão fosse realmente a última opção a ser adotada, isto é, *ultima ratio* do Direito Penal. No entanto, é prática recorrente se optar pela prisão ainda quando existentes medidas alternativas suficientes e mais adequadas para repressão penal do infrator. A título de exemplificação, em 2011, ano de vigência da Lei, no Rio de Janeiro, das 4.859 decisões judiciais de primeiro grau relativas a prisão em flagrante, 79% resultaram em privação de liberdade⁵.

Neste contexto, dando especial atenção aos presos provisórios, as medidas cautelares diversas da prisão e a audiência de custódia revelam-se como mecanismo capazes de desestimular uma política criminal evidentemente ineficaz baseada unicamente no encarceramento. Essas opções causam menos danos aos acusados e à sociedade.

À sociedade porque demanda menor custo e não há exposição do até então suposto infrator à penitenciárias superlotadas e dominadas por facções criminosas. Ao acusado porque na prisão, além de ter seu direito fundamental à liberdade suprimido, tem, por vezes, suas condições de vida reduzidas à desumanidade e carrega consigo o rótulo de ex-presidiário, o que torna remotas as chances de conseguir um emprego e se inserir novamente na sociedade. Isto é, o retorno do preso provisório à sociedade, independentemente do desfecho do processo penal, o coloca em situação vulnerável e com o agravante de ter vivenciado determinado período com pessoas que cometem crimes mais graves. Tal situação somente acaba por fortalecer os grupos de crime organizado, os quais, ante a total ausência de assistência

⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Disponível em: <http://www.conmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf> Acesso em: 5 abr. 2017.

⁵ LEMGRUBER, Júlia; FERNANDES, Márcia; CAMO, Ignácio; MUSUMBEI, Leonardo. *Uso e abuso da prisão provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Disponível em: <<https://medjusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/presosprovisoria.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2017.



material do Estado, se tornam a única opção para os desamparados enquanto dentro do sistema penitenciário e, principalmente, após a saída.

A prisão no Brasil ainda tem cor e classe social. Em relatório divulgado em 2016, Rita Izák⁶, especialista independente da ONU sobre minorias esclareceu que os negros respondem por 75% (setenta e cinco por cento) da população carcerária e por 70,8% (setenta e oito por cento) dos 16,2 milhões de brasileiros (16 milhões e duzentos mil) que vivem na extrema pobreza. Desse modo, por vezes, pessoas são presas em supostos flagrantes simplesmente por possuírem o estereótipo dos que habitam as cadeias.

A audiência de custódia possui papel fundamental na desconstrução de arbitrariedades e equívocos, bem como inibição de maus tratos. Isso porque o contato pessoal do preso em flagrante com o juiz, seu defensor e o promotor, em substituição ao contato por papéis faz com que seja possível o celeres relaxamento da prisão ilegal, a concessão de liberdade provisória quando não presentes os requisitos da prisão preventiva e eventual imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Desse modo, a autoridade judiciária, em momento breve posterior à prisão, pode evitar o encarceramento precoce e desnecessário que tantos males causam ao preso e à sociedade em geral. Confira bem colocado por Caio Paiva⁷:

a realização da audiência de custódia contribui para que haja a superação da "fronteira do papel" do sistema puramente cartorial, que é praticado pelo sistema processual penal brasileiro, pois exige que o membro do Ministério Público e o juiz vejam e conversem com o preso, o que contribuirá para a humanização da jurisdição penal.

Certo é que a audiência implica melhora na qualidade das decisões judiciais proferidas, reflexo do maior cuidado e atenção ao custodiado. O que antes era feito de forma acrítica, invisível e insensível, hoje envolve a consciência real das interferências da vida humana que se está a ceifar ou não a liberdade.

⁶ Organização das Nações Unidas no Brasil. *Brasil: violência, pobreza e criminalização 'ainda tem cor', diz relatório da ONU*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/violencia-pobreza-e-criminalizacao-ainda-tem-cor-diz-relatorio-da-onu-sobre-minorias/>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

⁷ PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Bagaria do Direito, 2015, p. 34.



2.O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DOS DIREITOS HUMANOS EM UMA SOCIEDADE INSEGURA

A crise na confiança que a população deposita no Estado e nas suas instituições, a sensação generalizada de que pessoas que cometem crimes não são responsabilizadas, o racismo e herança da cultura escravocrata são alguns dos fatores que se mostram capazes de explicar o comportamento revanchista da sociedade brasileira contemporânea. Vive-se tempos de uma cólera punitivista sem precedentes: a ideia fixa e generalizada de que a prisão é a única e determinante solução para a violência, ainda que pesquisadores e estudiosos insistam em afirmar categoricamente o contrário. Esta perspectiva vingativa, além de equivocada e ilegal, demonstra-se contraproducente na medida em que o aprisionamento a qualquer custo e por qualquer motivo – ainda que não elencado na lei processual penal –, acaba por superlotar o já colapsado sistema carcerário que se revela mais como um curso profissionalizante do crime do que como meio ressocializador.

A negação dos direitos dos acusados pode ser observada na retórica contrária às garantias fundamentais no processo penal. Não raras são as vezes em que se visualiza o clamor pela necessidade seletiva de garantia dos direitos da vítima. Pelo outro lado, no que diz respeito ao agente acusado, não há pedido pelo cumprimento de direitos, pelo contrário, há apreço pelas violações arbitrárias capazes de gerar quanto mais sofrimento melhor.

A máxima enunciadora “direitos humanos são para humanos direitos” reflete o desejo de que os direitos humanos sejam reconhecidos tão somente para os “cidadãos de bem”. Para os infratores da lei, a sociedade não vê outra saída que não a prisão, de preferência, longa e sofrida. Desse pensamento, surge a necessidade, cada dia mais imperiosa, de se garantir direitos aos que não tem voz.

A defesa criminal, além de ser responsável por rebater todas as teses acusatórias, tem também de enfrentar toda a carga que a população, em suas expectativas revanchistas, deposita sobre a necessária condenação e indispensável prisão do réu. Não se quer aqui destmerecer o sofrimento daquele que foi vitimado pela infração penal, mas tão somente estabelecer que a sua proteção já foi garantida com a edição da lei penal incriminadora e consequente instauração da persecução penal. Logo, se de um lado a tutela penal protege os direitos humanos das vítimas, pelo outro lado é necessário que não se violem os direitos dos acusados em geral, sob o pretexto de efetivar o primeiro.



Diante de todo esse contexto social, segundo o professor Marcelo Neves⁸, o Estado brasileiro vem se posicionando a partir da expansão do Direito Penal e da edição de legislação simbólica. O conteúdo da legislação simbólica tem, dentre outras, como função: a demonstração de capacidade de ação do Estado. Para tanto, o legislador busca assegurar a confiança nos sistemas jurídico e político, editando a chamada “legislação alibi”.

Segundo o autor⁹, se apresenta como resposta pronta e rápida do governo diante de insatisfações da sociedade e o claro exemplo é o endurecimento da lei penal como reação a determinados crimes que causam comoção social. Esta estratégia se apresenta como meio para frear os sádicos interesses sociais a curto prazo, no entanto, por haver o predomínio da função simbólica, isto é, predomínio de funções ideológicas, morais e culturais sobre a função jurídico-instrumental, há um déficit de concretização das normas com a conseqüente perpetuação do ciclo vicioso da insegurança e revanchismo.

A expansão do Direito Penal é tratada por Silva Sánchez¹⁰ que procura atribuir critérios racionais à propagação de leis penais incriminadoras, novos tipos penais e flexibilização das garantias fundamentais clássicas. Para o autor¹¹, o Direito Penal mínimo, concebido por Ferrajoli¹², não possui qualquer fundamento racional. Propõe uma reinterpretação do Direito Penal, Processual Penal e dos direitos e garantias que os acompanham sob a justificativa de atender ao anseio da população por mais proteção. Entende que a redução dos direitos e garantias possibilitariam a aplicação da pena, em especial a de prisão, e a conseqüente recuperação do vigor do Direito Penal.

O autor¹³, assim como o direcionamento da política criminal estatal brasileira, vai na contramão do que se entende por reinterpretação do Direito Penal e Processual Penal à luz dos direitos humanos. Uma nova leitura deve ter como ponto de partida a ampliação do sistema de garantias e de controle no processo e não ao contrário, sob pena de se ter um Estado aparentemente mais potente às custas da perda da essência do direito material e processual penal, qual seja: o fortalecimento do indivíduo face ao Estado.

Sob essa perspectiva, parece que o equilíbrio na proteção de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais expressos na Constituição é o que melhor compreende a

⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 60.

⁹ *Ibidem*, p. 60.

¹⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

¹¹ *Ibidem*, p. 12.

¹² FERRAJOLI, Luigi. “La democracia constitucional”. In: CARBONELL (ed.); FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, Madrid: Ed. Trotta, 2010, p. 145.

¹³ *Ibidem*, p. 146.



virtude constitucional. A Constituição brasileira é eminentemente garantista¹⁴, tendo como um de seus fundamentos o da dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A razão do surgimento do pensamento garantista decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados. O garantismo penal integral¹⁵ ou também chamado de proporcional se incumbe neste papel, isto é, enuncia que o correto é assegurar os direitos dos acusados, não permitindo violações arbitrárias por parte do Estado e, pelo outro lado, assegurar a tutela de outros bens jurídicos relevantes para a sociedade.

Assim, em consonância com as duas vertentes do princípio da proporcionalidade, incluindo a proibição do excesso (garantismo penal negativo) e a proibição da proteção estatal deficiente (garantismo penal positivo). Nesse contexto, a audiência de custódia se apresenta como instrumento capaz de mediar o garantismo negativo e o positivo, isto é, de assegurar todos os direitos do preso desde o primeiro contato com o aparato estatal repressivo e assegurar à sociedade que a lei será estritamente observada. Desse modo, permite-se a tutela dos interesses sem que com isso se esteja a dilatar conflitos.

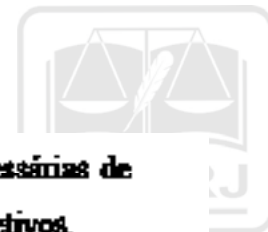
3. EFETOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O ESFORÇO PARA TORNÁ-LA UMA REALIDADE EM TODO O JUDICIÁRIO

De acordo com informações do CNU, a audiência de custódia já ocorre nos 27 (vinte e sete) tribunais estaduais e na justiça federal. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro elaborou seu 5º (quinto) relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia¹⁶. O objetivo do relatório é analisar o perfil dos réus que passam pela audiência de custódia, entre 19 de setembro de 2016 e 17 de março de 2017, bem como a resposta dada pelo Judiciário à situação de flagrância e comparar os dados com os períodos anteriores, possibilitando um monitoramento contínuo das audiências e dos resultados alcançados, na

¹⁴ *Ibidem*, p. 146.

¹⁵ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 11 set. 2017.

¹⁶ BRASIL. 5º Relatório de Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/142f742dbd134693924d4c4c74f91832.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.



medida em que se trata de política pública que visa a diminuir situações desnecessárias de prisão cautelar e, conseqüentemente, a superpopulação carcerária, dentre outros objetivos.

O 5º (quinto) relatório comparou os períodos analisados pelos relatórios anteriores e verificou que houve um aumento do número de audiências de custódia realizadas por dia, chegando a 30 audiências/dia. O total de audiência realizadas por dia foi aumentando gradativamente. Isso se deve, em parte, ao fato de que o número de delegacias envolvidas com o projeto de audiência de custódia foi aumentando ao longo do tempo. No primeiro relatório¹⁷ eram realizadas 10 (dez) audiências por dia. Nos três meses seguintes, eram 14 (quatorze) e, nos três meses posteriores, 24 (vinte e quatro).

Desde o dia 19 de setembro de 2016 até o dia 17 de março de 2017, período de observância do relatório da Defensoria Pública Estadual no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do total de 3.311 (três mil trezentos e onze) audiências de custódia, a liberdade provisória foi concedida em 1.566 (mil quinhentos e sessenta e seis) casos e em 32 (trinta e dois) houve relaxamento da prisão em flagrante, ou seja, 48,7% dos casos resultaram em liberdade. É importante observar que no 1º (primeiro) e 2º (segundo) relatórios, esse índice era de 40%. No 3º (terceiro) relatório caiu para 29% e no 4º (quarto) subiu para 33,8%. Quanto ao índice de retorno à audiência de custódia, o resultado foi de 2,84% réus que passaram pela audiência de custódia desde o seu início.

A Defensoria Pública atua em 94,87% das audiências de custódia, sendo a representação por advogado particular bem minoritária. Quanto ao perfil social dos réus atendidos pela Defensoria Pública, o padrão de réus em sua maioria homens, pretos/pardos, com baixo grau de escolaridade, que trabalham no mercado informal e praticaram crimes contra o patrimônio ou previstos na Lei de Drogas.

A partir desse relatório, é possível perceber que a audiência de custódia vem desempenhando relevante papel no que diz respeito ao não aprisionamento desnecessário e provando que a liberdade não significa nova chance para delinquir, dado o número reduzidíssimo de réus que voltaram à audiência de custódia. No mais, reforça o estereótipo existente na sociedade para os criminosos. Não raras vezes são presos homens pobres, pretos e sem instrução simplesmente por terem esta condição que, aparentemente, para policiais arbitrários, se configura como indicio de prática de crime. A fim de coibir tais injustiças, não se encontra mecanismo mais eficaz do que o rápido encaminhamento do preso à autoridade judiciária, na presença de defensor e Ministério Público.

¹⁷ BRASIL. 1º Relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/d458e48931bf8e70be1d852c8606805a.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.



Sabe-se, no entanto, que a realidade do Tribunal do Rio de Janeiro não encontra muitos semelhantes. Entre outras peculiaridades, no Estado, a partir do momento em que o delegado encerra o auto de prisão em flagrante, ele encaminha os dados do preso por sistema *online* ao Judiciário. Esses dados chegam ao juiz antes mesmo do preso, o que permite a busca por antecedentes criminais, informações acerca do cumprimento de prisão, entre outras coisas.

A fim de levar essa realidade a locais mais distantes, em 19 de setembro de 2017, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assinou convênio de cooperação técnica com a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (Seap)¹⁸ para instalação de três centrais de audiência de custódia em bairros mais afastados. As centrais funcionarão nas dependências das unidades penitenciárias, evitando o deslocamento de presos, o que implica diretamente na segurança e na questão orçamentária. Em vez de se desenvolver toda uma operação para o deslocamento de preso a cada audiência de custódia, a estrutura judiciária atuará permanentemente próximo à unidade prisional.

A partir da apresentação e reflexão crítica da experiência das audiências de custódia no Estado do Rio de Janeiro, tem-se um exemplo a ser seguido, no entanto, com uma severa ressalva. O artigo 7º, 5, Pacto de San José¹⁹ e o artigo 9º, 3, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁰ não permite limitação das audiências de custódia aos casos de prisão em flagrante, prática essa recorrente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Além do mais, a resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015²¹, ato normativo infralegal elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, dispõe, em igual sentido, em seu artigo 13:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

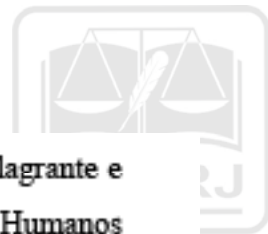
Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

¹⁸ BRASIL. *TJ RJ assina convênio com Administração Penitenciária para levar audiências de custódia para o interior*. Disponível em <<http://www.tj.rj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/49103>>. Acesso em: 22 set. 2017.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 592, de 9 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

²¹ BRASIL. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-estrutura?documento=3059>>. Acesso em: 23 set. 2017.



O transcrito ato do CNJ não realiza a restrição às hipóteses de prisão em flagrante e nem poderia, tendo em vista que os citados Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos não fazem tal limitação, sendo inadmissível interpretação restritiva por violação a preceitos convencionais. Desse modo, além de implementar a audiência de custódia, é necessário que a sua implementação se dê de acordo com o disposto nos Tratados e seja capaz de atender com qualidade a demanda de encarcerados, sem que isso implique gasto excessivo ao Poder Público.

Como alternativas eficientes, tem-se a elaboração de sistemas online que permitam a rápida comunicação entre o delegado e o juiz, a fixação de centros para audiências de custódia próximo às carceragens e triagem prévia de todos os laudos de prisão em flagrante, inquéritos ou processos a fim de otimizar o tempo da audiência.

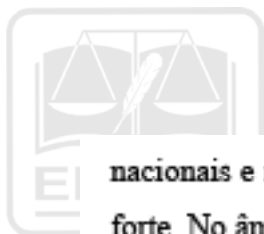
CONCLUSÃO

Essa pesquisa abordou, como problemática essencial, a necessidade de implantação, em todo o Judiciário, do instituto da audiência de custódia. Isso porque essa tem se apresentado como verdadeiro mecanismo capaz de reduzir significativamente arbitrariedades e violações aos direitos humanos e princípios fundamentais do Processo Penal.

Conclui-se por três finalidades principais da audiência de custódia no contexto nacional: a adequação do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a prevenção da tortura e a repressão às prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias.

A busca e a efetivação dos direitos humanos para todos aqueles que possuem a qualidade de ser humano encontra resistência em diversos setores da sociedade. Atualmente, há uma verdadeira polarização de discursos. De um lado, aqueles que acreditam ser o país reduto da impunidade e enxergam no encarceramento a saída para a questão da violência. De outro lado, aqueles que acreditam ser o país demasiadamente encarcerador e observam que não houve redução da criminalidade em função disso. Como pretense mediador de conflitos, o Estado. À ele interessa demonstrar toda a sua força ao infrator da lei a fim de reaver sua autoridade violada.

O entendimento a que chegou essa examinadora, a partir desse embate de forças, é que, quando em comparação, sociedade e aparato estatal, esse último se revela exponencialmente forte e o primeiro absolutamente vulnerável. Dessa forma, legislações



nacionais e internacionais são criadas com o fim de coibir a prática de abusos pela parte mais forte. No âmbito do encarceramento, dentre outras medidas criadas com o intuito de assegurar direitos e garantias, destaca-se o processo penal e a audiência de custódia.

O primeiro capítulo demonstrou, por meio de dados empíricos e à luz da realidade prisional, que a política de encarceramento adotada pelo Brasil não é a solução adequada para a questão da segurança. Isso porque muito se prende e nada se regenera. Os presos provisórios, por vezes inocentes, por vezes sem se enquadrarem nos requisitos da prisão provisória, experimentam o contato com a superlotação carcerária, facções criminosas e violação de todos os tipos, incluindo as físicas.

O segundo capítulo demonstrou ser possível compatibilizar a observância dos direitos humanos para a vítima de um delito e para o acusado do cometimento. A lei penal incriminadora e a consequente persecução penal garantem o direito da vítima. O devido processo legal deve garantir tanto o direito da vítima, quanto o do acusado, dando a cada um o que a lei determinou, sem excessos.

Por fim, o terceiro capítulo explicitou mecanismos práticos, a partir de experiências de sucesso em Estados pioneiros, para tornar a audiência de custódia uma realidade em todo o Judiciário.

O presente trabalho se preocupou em esclarecer que a implementação e a expansão da audiência de custódia são práticas imprescindíveis à minimização do Estado de Coisas Inconstitucional vivido atualmente nas prisões. Fugiu pela observância mais cautelosa da decretação da prisão provisória, principalmente quando possível a aplicação de medidas cautelares alternativas. E, principalmente, aduziu a inegociabilidade de direitos humanos sob o pretexto de silenciar o clamor popular frente a questão da segurança pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Disponível em: <http://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2017.



_____. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *Decreto nº 592*, de 9 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *Organização das Nações Unidas no Brasil. Brasil: violência, pobreza e criminalização 'ainda tem cor', diz relatora da ONU*. Disponível em: <<https://maconesumidas.org/brasil-violencia-pobreza-e-criminalizacao-ainda-tem-cor-diz-relatora-da-onu-sobre-minorias/>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

_____. *Resolução nº 213*, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *TJRJ assina convênio com Administração Penitenciária para levar audiências de custódia para o interior*. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/49103>>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *5º Relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia*. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/142f742dbd134f48924d4c4c74f41832.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *1º Relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia*. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6fd6805a.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. "La democracia constitucional". In: CARBONELL (ed.), FERRAJOLI, Luigi; *Democracia y Garantismo*, Madri: Editora Trotta, 2010.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/pressovivro.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. *Processo Penal no Limite*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.



ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos.* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A exposição do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Série as Ciências Criminais no Século XXI; v. 11).

WOMEN ON WAVES: O ABORTO EM ALTO MAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Débora Nascimento Silva Frazão

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o aborto se apresenta como um dos principais temas discutidos na sociedade brasileira. Com o passar dos anos, ocorreu sua descriminalização em alguns países, mas o legislativo brasileiro somente prevê a atipicidade da conduta em casos específicos e demonstra-se resistente para aumentar tais hipóteses. Surge então uma ONG holandesa com o objetivo de realizar abortos em alto mar sem consequências para a gestante. A essência do trabalho é abordar a realização do aborto pela ONG diante da ausência de criminalização, verificar que é uma alternativa legal e demonstrar como o judiciário, legitimamente, busca adequar o tipo penal à realidade brasileira.

Palavras-chaves – Direito Penal. Territorialidade. Aborto. Legalização.

Sinário – Introdução. 1. A lacuna legislativa do crime de aborto em alto mar em âmbito nacional e internacional. 2. evolução do crime de aborto, o surgimento da ONG *Women on Waves* como alternativa ou burla. 3. O contraponto entre o legislativo e o judiciário na busca de adequar o ordenamento jurídico à realidade brasileira. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a abordar o tema do aborto de alto-mar em um contraponto entre a alternativa para uma interrupção segura da gestação e uma possível burla à legislação penal brasileira. A análise não se restringe somente à questão legislativa, mas busca esclarecer a evolução no ordenamento e na jurisprudência brasileira de uma futura e possível legalização.

O crime de aborto tem sua criminalização cada vez mais discutida não só no Brasil mas em todo o mundo. Enquanto para alguns trata-se de um problema de saúde pública, para outros, mais religiosos, seria um homicídio, o que é confirmado pela lei brasileira ao considerá-lo crime doloso contra a vida de competência do Tribunal do Júri.

Diante dos atuais e recorrentes questionamentos sobre o corpo da mulher, as consequências do aborto clandestino e as situações nas quais o aborto é a única alternativa, entrou em no cenário global uma ONG, *Women on Waves*, criada em 1999 destinada a realizar abortos em alto-mar. A razão de ser da instituição é permitir que sejam interrompidas gestações de forma segura e sem qualquer penalidade.

No território brasileiro, não há qualquer dúvida quanto à criminalização da conduta e a busca frequente do legislativo em impedir qualquer alteração na lei. Em sentido contrário, o judiciário, aliado a hipóteses legais que tornam atuação da mulher legítima, empenha-se em mitigar a rigorosidade legal e apontar situações em que a ação abortiva não é penalizada.

Dessa forma, o tema do aborto é ao mesmo tempo antigo e atual, ou seja, ainda que perdure durante anos, não foi objeto de solução no Brasil, o que o torna objeto de frequente e recorrente polêmica.

Para melhor explanação do tema, busca-se discutir a criminalização do aborto com um viés despenalizador. Em outras palavras, demonstrar como que uma ONG pode realizar uma conduta considerada crime, com pessoas nacionais, sem qualquer consequência e como essa postura é somente um dos desdobramentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho, em seu primeiro capítulo, aborda os critérios para a incidência da legislação penal brasileira em seu território ou fora dele e o que permite a não penalização do aborto em alto-mar pela jurisdição brasileira e pelo Tribunal Penal Internacional.

Em seguida, no segundo capítulo, aponta quais os motivos que justificam a criação de uma ONG com o objetivo de realizar abortos em alto-mar com mulheres que vivem em países nos quais a conduta é criminalizada e se isso seria uma burla a lei ou uma alternativa ao aborto clandestino.

No terceiro capítulo, em um contexto brasileiro, analisa as recentes declarações de membros do Congresso sobre a impossibilidade de discutir o aborto, o Projeto de Lei 882/2015 e como a jurisprudência brasileira busca adequar essa conduta feminina com a realidade social brasileira.

A pesquisa terá seu desenvolvimento com base no método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisadora objetiva eleger premissas a serem comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa ao longo do trabalho científico.

Desse modo, a abordagem desse artigo será qualitativa, tendo em vista a utilização de bibliografia penal, processualista penal e excepcionalmente internacional, incluída além da doutrina, a jurisprudência e a legislação, para defender sua tese.



1. A LACUNA LEGISLATIVA DO CRIME DE ABORTO EM ALTO-MAR EM ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

A Lei Penal tem a sua aplicação delimitada tanto pelo tempo quanto pelo espaço, sendo esse também chamado de âmbito espacial da lei penal, que como expõe Luiz Regis Prado¹, diz respeito ao "conjunto de normas de Direito interno referente aos limites de aplicação da lei penal no espaço."

Acrescido às normas positivas, há princípios que gerem o poder punitivo estatal no território, como princípio da territorialidade, princípio real, de defesa ou da proteção dos interesses, princípio da nacionalidade ou da personalidade, princípio da universalidade ou da justiça mundial e princípio da representação, bandeira ou pavilhão.

A lei brasileira tem aplicação no território nacional, conforme o art. 5º do Código Penal², consagrando o princípio da territorialidade. De acordo com esta norma, independe a nacionalidade do agente, do ofendido e do bem jurídico, sendo suficiente para a aplicação da lei brasileira que delito ocorra dentro do território nacional.

Neste sentido, faz-se necessário apontar o que seria território para então entender a sua limitação. O território, ao lado da soberania e do povo, é um dos elementos que formam o Estado, que em sentido amplo pode ser conceituado, nas palavras de Hans Kelsen³; "A unidade do território de Estado e, portanto, a unidade territorial do Estado, é uma unidade jurídica, não geográfica ou territorial. Porque o território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamado Estado."

Em outras palavras, o território é a esfera territorial, em sentido estrito abrange o solo, subsolo, plataforma continental, águas interiores, mar territorial e espaço aéreo, de validade da legislação penal, o que possibilita enquadrar o fato ao preceito primário e penalizar conforme determina o preceito secundário.

A própria legislação, em consonância com o conceito de Hans Kelsen, apontou a abrangência da aplicação da norma e confirmou que a delimitação não é geográfica, mas sim

¹PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166.

²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2017.

³KELSEN, Hans, *Teoria Geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 300.

jurídica. O artigo 5º, parágrafo primeiro, do Código Penal, trouxe o que Mirabete chamou de território por extensão ou por ficção⁴, que dispõe sobre as embarcações e as aeronaves brasileiras.

Em seguida, a legislação punitiva trata especificamente sobre o caso das embarcações estrangeiras. Conforme o dispositivo, o poder punitivo do Estado brasileiro estende-se às embarcações estrangeiras privadas em porto ou mar territorial brasileiro. O mar territorial é formado pela extensão da faixa ao longo da costa, o leito e o subsolo. A extensão dessa faixa não deve ultrapassar doze mil milhas náuticas, medidas conforme o art. 3º da referida Convenção.

Em consonância e complementariedade à legislação pátria, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (Convenção de Montego Bay – 1982), que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 1.530/1995⁵. Tal legislação trata de forma exaustiva sobre o mar territorial e também alto-mar, de grande relevância para o estudo.

Harmonizado com o disposto na Constituição, alto mar é conceituado por eliminação, de forma residual. Diz-se então que alto mar é o que não está incluída na zona econômica exclusiva, águas interiores e no mar territorial de um determinado Estado. Em se tratando de uma embarcação privada em alto-mar, a norma será a da bandeira embarcação, pelo território por ficção.

Os crimes praticados em navios estrangeiros sofrem diferentes incidências, que variam de acordo com a natureza do navio e do local do crime. Os navios públicos entendidos de um modo genérico a serviço de um Estado estrangeiro serão regidos pela legislação de seu país, enquanto os navios privados sofrem as penalidades brasileiras caso estejam dentro do mar territorial.

No Código Penal, em seu art. 7º, traz o chamado princípio da extraterritorialidade, que permite a aplicação da lei brasileira, ainda que no estrangeiro. Pelo princípio da defesa ou da personalidade passiva, como determina Rogério Greco⁶, é possível a aplicação da legislação pátria desde que haja concurso de qualquer condição prevista no dispositivo. Todavia, o crime de aborto não se enquadra em nenhuma das hipóteses estipuladas pelo incisos do art. 7º do Código.

Deste modo, uma embarcação estrangeira em alto-mar, não se sujeita a legislação penal brasileira, ainda que haja a prática de fato tipificado como crime. No caso da ONG, *Women on*

⁴MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 58

⁵BRASIL. Decreto nº 1530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1530.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁶GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 181.

Waves, e diante das normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro, não é possível aplicar a sanção penal prevista no art. 124 do Código Penal, por estar fora do âmbito espacial da lei penal.

Além das normas pátrias dos Estados e diante da grande globalização e interação entre países, criou-se o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil é signatário, incorporado ao direito Brasileiro pelo Decreto 4.388⁷.

Trata-se de um órgão independente ligado à Organização das Nações Unidas que diante de um caso concreto, aplica o Direito Penal Internacional, conceituado de acordo com Alicia Gil Gil⁸, como “disposições emanadas da comunidade internacional, cuja missão é a proteção dos bens jurídicos mais importantes – entre os que constituem bens vitais da ordem internacional –, diante das formas mais graves de agressão”.

Um crime para ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional deve, primeiramente, não estar no âmbito espacial da lei penal de outro país, porque essa sempre se sobrepõe a jurisdição do Tribunal Internacional. A razão disso é o princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 17 do Decreto 4.388 de 2002⁹.

Além dessa barreira, o crime deve ser incriminado pelo referido Decreto. Atualmente, somente são considerados delitos internacionais os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, os crimes de agressão e o genocídio. Tais delitos são crimes graves que afetam a comunidade internacional.

Ainda que no Brasil o crime de aborto seja criminalizado e visto como uma atrocidade por muitos, em um cenário mundial não pode ser considerado um crime que afete a comunidade internacional, até porque há países que já descriminalizaram tal conduta. Um exemplo é a Holanda, bandeira ou pavilhão do navio em que a ONG atua.

⁷BRASIL. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁸Gil, apud. PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167

⁹BRASIL. *op. cit.*, nota 07.

2. EVOLUÇÃO DO CRIME DE ABORTO E O SURGIMENTO DA ONG *WOMEN ON WAVES* COMO ALTERNATIVA OU BURLA

A questão do aborto é controversa e engloba diferentes campos de conhecimento como direito, medicina, religião, ética, filosofia. As primeiras notícias sobre a prática abortiva datam do século XXVIII antes de Cristo e as considerações e opiniões sobre o tema eram de cunho eminentemente moral. Os primeiros povos não previam o aborto como crime, inclusive apontavam a conduta como medida de controle para o crescimento populacional.

Em um segundo momento, com o Código de Hamurabi¹⁰, um dos diplomas jurídicos mais antigos, a prática do aborto tinha consequências, que variavam desde indenizações até a morte. O aborto provocado em escravas gerava tão somente reflexo patrimonial, enquanto em uma mulher livre, a reparação do dano era maior, sendo um dos possíveis desdobramentos a morte da filha do provocador. Nessa época, vigorava a auto tutela, a conhecida metáfora, olho por olho, dente por dente.

Os renomados Aristóteles e Platão¹¹ apontavam o aborto como medida eficaz para conter o avanço populacional, aquele sugeria a prática antes que o feto tivesse sentidos e vida. Contudo, o filósofo não aponta o momento exato, assunto esse que é discutido e problemático até hoje. Sócrates, no mesmo sentido, permitia o aborto pela simples escolha em interromper a gravidez, como uma liberalidade da mulher.

A mudança de visão sobre a conduta ocorreu com o surgimento do cristianismo. De acordo com esse entendimento religioso, o homem é detentor de uma alma, imortal. Dentro dessa doutrina surgiu uma divergência, que tem reflexo até os dias atuais, principalmente no âmbito civil.

Uma primeira corrente afirmava que o surgimento da alma somente ocorria com o nascimento, a completa separação com o corpo materno, hoje denominada pelos civilistas de teoria natalista. Em sentido contrário, a segunda que determinava a concepção como determinante, chamada de teoria concepcionalista. A conclusão foi no sentido que o embrião merece proteção desde a concepção, pois desde esse momento ele já teria alma.

¹⁰ O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas, em torno do século XVIII antes de Cristo, na Mesopotâmia pelo rei Hamurabi.

¹¹ MATIÊLO, Fabrício Zampagna. *Aborto e o Direito Penal*. 3. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores, 1996, p. 14.

No final do século XIX e início do século XX, os movimentos feministas surgiram com mais força, apontando a autonomia da mulher sobre seu corpo como um direito fundamental, o que iria de contraponto ao aborto. Na década de 30, países como Suécia e a Dinamarca editaram leis sobre o tema¹², ainda que com algumas restrições. Ainda que de forma limitada, surgiram assim, as primeiras legislações com o viés descriminalizador da prática abortiva, que com o tempo ensejaram verdadeiras legalizações.

Na legislação brasileira, assim como em âmbito mundial, a criminalização do aborto foi gradativa, até a consolidação como consta hoje nos artigos 124 a 128 do Código Penal¹³. O Código Criminal do Império de 1830¹⁴, em seu artigo 199, não criminalizava o auto aborto, praticado pela própria gestante, mas somente a conduta praticada por terceiro, independente do consentimento desta.

Além do aborto consentido e sofrido, o Código Imperial também criminalizava no art. 200, o fornecimento de meios abortivos, independente da utilização e consequente resultado. Diante desse cenário, Cezar Roberto Bitencourt¹⁵ apontou que seria “uma espécie, digamos, de criminalização, de atos preparatórios”.

Posteriormente, o Código Penal da República de 1890¹⁶ incluiu no rol de crimes o auto aborto, com consequências distintas no caso de expulsão do feto e morte. Nesse diploma legal, já surgiu a primeira exceção, qual seja, o aborto para salvar a vida da gestante. Diante do contexto histórico da época, o diploma legal trazia uma atenuante na hipótese de ocultação de desonra própria.

Hoje, o ordenamento pátrio, criminaliza todas as formas de interrupção da gravidez, seja ela consentida, auto executada ou sofrida. A própria lei penal¹⁷ prevê exceções, que contudo, não são suficientes para impedir o crescente número de abortos clandestinos no país e suas consequências mórbidas.

Diante desse cenário, não só no Brasil, mas na maioria dos países que ainda criminalizam a conduta, foi criada a ONG holandesa *Women on Waves*. A organização foi

¹²DEBARCHIFONTAINE, Christian de Paulo. *Essa dignidade da vida humana*. 15. ed. São Paulo: Loyola, 1999, p. 17.

¹³BRASIL. *op. cit.*, nota 02.

¹⁴Id. *Código Criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*. v. 2. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

¹⁶BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/1847.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

¹⁷Id. *op. cit.*, nota 02.



fundada em 1999 pela médica Rebecca Gumperts¹⁸, que teve como inspiração o modelo e atuação do Greenpeace¹⁹.

O objetivo inicial da ONG era permitir um aborto seguro para mulheres em países onde a interrupção é vetada sem nenhuma consequência jurídica. A bandeira do navio voluntário é holandesa, país no qual o prática não é crime, consequentemente uma vez feito em alto mar, é regido pela Lei de sua bandeira. Todavia, atualmente, o propósito não é somente esse. Organismo busca também conscientizar a população sobre as consequências negativas da prática insegura e incentivar um debate para alguma mudança futura.

O contraponto entre a lei incriminadora e a alternativa legal permite uma discussão sobre a natureza desses abortos praticados em solo holandês. A retirada de uma nacional de solo brasileiro para um navio em alto mar com essa única finalidade poderia ser vista como uma forma de burlar a legislação brasileira e até mesmo a soberania nacional, mas não deve ser essa a interpretação correta.

A própria fundadora do *Women on Waves* em entrevista concedida a um site norte americano em 2015, defendeu, corretamente, que seria uma possibilidade legal. Segundo ela²⁰, a lei não é uma linguagem estática, de modo que é propensa a interpretações. O que é ilegal gera uma enorme auto censura, o que causa medo de se aproximar das exceções ou das possibilidades dentro da lei. Nesse sentido, busca-se redefinir o que esta prática realmente é e o que significa.

De um modo lícito, a ONG permite que mulheres, por diversos motivos, tenham acesso a um meio seguro de interromper a gravidez. A discussão da criminalização não diz respeito exclusivamente se o feto é uma pessoa, se é uma afronta a vontade divina, mas deve ser vista como uma maneira de evitar o aborto clandestino.

A prática fora dos padrões de higiene, saúde e com finalidade lucrativa traz consequências severas para a saúde da mulher, como redução da produtividade, infertilidade, problemas de saúde e até mesmo a morte. Mas, além da repercussão na esfera individual, também tem efeitos coletivos, como o vultoso custo para a saúde pública, no Brasil, Sistema Único de Saúde.

¹⁸Rebecca Gumperts é uma médica holandesa fundadora da ONG *Women on Waves*.

¹⁹O Greenpeace é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, em defesa do meio ambiente.

²⁰Notícia fornecida por Rebecca Gumperts em entrevista concedida à revista *Salon* em Janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.salon.com/2015/01/06/the_political_landscape_is_not_ready_to_meet_the_woman_leading_a_d_i_y_a_bortion_revolution/>. Acesso em: 09 set. 2017.



Sendo assim, a organização não visa uma burla, mas uma alternativa para que haja uma democracia e uma dignidade para mulheres que desejam abortar sem ter que condicionar sua própria vida. Como ressalta Rulian Emmerick²¹ em sua obra, “o fenômeno do aborto clandestino seja considerado um paradoxo dentro do paradigma dos direitos humanos e da democracia”.

3. O CONTRAPONTO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA BUSCA DE ADEQUAR O ORDENAMENTO JURÍDICO À REALIDADE BRASILEIRA

Ao longo da evolução legislativo brasileira, foram criadas exceções à criminalização do aborto, hoje, previstas no art. 128 do Código Penal²². O diploma legal afasta a ilicitude do crime no que classifica de aborto necessário e o que a doutrina denominou aborto humanitário, ambos quando praticados por médico.

A primeira exceção, também chamada de aborto terapêutico, visa preservar a vida da gestante diante do iminente perigo de vida no caso de gravidez e constitui um legítimo estado de necessidade. Diante de risco imediato de vida, Cezar Roberto Bitencourt²³ afirma que tal conduta independe da concordância da gestante e pode ser praticada, inclusive, contra a sua vontade. Nesse caso, há um claro confronto entre o maior bem, o da vida, de modo que preserve-se a da gestante.

A segunda hipótese é o que se convencionou chamar de aborto humanitário, ético ou sentimental. A interrupção da gravidez é autorizada quando esta é consequência de crime de estupro e depende do consentimento da gestante, não há o chamado estado de necessidade, sendo o consentimento da gestante um requisito. Rogério Sanchez²⁴ aponta que seria possível, a depender do caso, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, qual seja a inexigibilidade de conduta diversa.

²¹EMMERICK, Rulian. *Aborto, (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 37.

²²BRASIL. *op. cit.*, nota 02.

²³BITENCOURT, *op. cit.*, p. 172.

²⁴CUNHA, Rogério Sanchez, *Manual de Direito Penal*, v.2. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 112.

Entretanto, não é pacífico na doutrina a legalidade do aborto sentimental. Para Rogério Greco²⁵, há um confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante, de modo que não é razoável optar por esta. Ainda que se trate de um renomado autor, com diversas obras, seu posicionamento é minoritário e isolado. O principal fundamento do autor é a concepção da vida por Deus, o que não é suficiente no Brasil pela laicidade do país prevista no art. 19, I, da Constituição Federal²⁶.

O ordenamento jurídico permite a gestante não conviver com as consequências de um crime do qual foi vítima. A Constituição Federal²⁷, em seu art. 5º, XLVII, b, veda a pena de caráter perpétuo, por uma aplicação extensiva, sujeitar a mulher a criar um filho fruto de violência sexual seria penaliza-la permanentemente, por um crime do qual não foi sujeito ativo. Acrescido a isso, ainda possibilita que ela seja autora de outros crimes, sendo o bebê vítima, como por exemplo, abandono de incapaz, previsto no art. 133, do Código Penal²⁸.

Na tentativa de atualizar o Código Penal, o qual é datado de 1940, à realidade brasileira, há dois projetos de Lei no Congresso Nacional, um no sentido de permitir o aborto, mas não de forma irrestrita outro que prevê uma outra exceção à criminalização. O primeiro, de autoria do Deputado Jean Wyllys²⁹, além de prevê um apêndice no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, permite a interrupção voluntária da gravidez até a 12 semana de gestação.

Se o esta PL fosse aprovada, o que se mostra inviável diante da forte banca religiosa no Congresso, o aborto no Brasil teria seu tratamento adequado, como um caso de saúde pública, sendo submetido ao Sistema Único de Saúde e ampla informação. De forma prudente, o projeto permite ainda a negativa por partes do médicos, desde que seja feita de forma fundamentada, o que garante tanto o direito da gestante quanto do médico, por sua crença e religião.

O Código Penal, em sua parte geral, foi reformado principalmente pela Lei nº 7209³⁰. Contudo, sua parte especial é objeto de um Anteprojeto de Reforma, Projeto de Lei do Senado nº 236³¹, que está em trâmite no Congresso desde 2012 e tem uma redação com nova norma

²⁵ GRIBCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v. 2. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 146.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 set. 2017

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Id.*, op. cit., nota 02.

²⁹ *Id.* Projeto de Lei nº 882/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158> Acesso em: 21 set. 2017.

³⁰ BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1989/L7209.htm> Acesso em 21 set. 2017.

³¹ *Id.* Projeto de Lei nº 236/2012. Disponível em: <http://www.mpdfrj.org.br/porta/portal/paif/unidades/procuradoria_geral/



permissiva, a tornar legal o aborto justificado diante da fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais³².

Diante dessa possível mudança, o aborto eugênico, conceituado por Cleber Masson³³ em sua obra como “casos em que a criança nascerá com graves deficiências físicas ou psíquicas”, seria permitido. Em uma cenário atual, os casos de fetos diagnosticados com microcefalia, doença decorrente do contágio pelo vírus da zika seriam considerados aborto eugênico.

Os projetos de lei apresentados visam um progresso na legislação pátria, mas como expostos, nenhum deles até hoje foi convertido em lei. Nessa esteira, o judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, atua de forma expressiva a compatibilizar à realidade brasileira ao direito, permitindo os aborto em situações diversas da prevista em lei em uma interpretação conforme a Constituição Federal. Malgrado haja diversas críticas ao posicionamento da Corte Suprema, certo é que diante da inércia do poder legislativo, não pode o direito ser conflitante com os anseios da sociedade.

A emblemática decisão na ADPF n° 54³⁴ apontou a inexistência de crime no caso do aborto do feto anencefálico. Os principais motivos apontados foram os princípios da dignidade da pessoa humana, Estado laico, direito à vida, proteção a autonomia privada e o direito a saúde. Mas, em verdade, a atipicidade reside na ausência do bem jurídico tutelado, a vida. Como bem ressaltou o Relator Ministro Marco Aurélio³⁵, em seu voto:

o anencefalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se trata de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como asseverado pelo Dr. Theodor Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral.

A interrupção da gravidez de um feto que, sem margem à incerteza, está destinado a morrer, não configura crime. A chancela do judiciário para permitir tal conduta protege não só a mulher mas todos os envolvidos na relação afetiva, tendo em vista que com o nascimento há um desdobraimento doloroso, o enterro do natimorto.

[icreap/legis_novas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf](#)> Acesso em: 21 set. 2017.

³²Ibid.

³³MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed. rev., atual., e supl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 511.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/noticiat/arquivo/adpf54.pdf>> Acesso em: 23 de set. 2017.

³⁵Ibid.



O Superior Tribunal de Justiça³⁶, em 2016, aplicou o posicionamento do Supremo na esfera cível, de modo a atribuir efeitos patrimoniais dos pais. No caso, um padre que requerer a suspensão da interrupção da gravidez de um feto diagnosticado com síndrome de Body Stalk, foi condenado a indenizar os autores a título de danos morais. Tal doença, assim como a anencefalia, inviabiliza a vida extrauterina.

Com o fim de demonstrar uma evolução jurisprudencial tendente a descriminalização do tipo penal, o STF³⁷, em controle incidental de constitucional, decidiu pela inconstitucionalidade do aborto no caso de interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre. O julgamento, criticado por seu ativismo judicial, protege direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso³⁸, relator do acórdão, trouxe apontamentos que condizem com a mentalidade da ONG, *Womens on Waves*, qual seja, o aborto é um caso de saúde pública, em suas palavras:

a tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;

Assim sendo, a legislação brasileira não reflete as necessidades da coletividade, razão pela qual cabe a jurisprudência conferir legitimidade às normas com uma interpretação baseada principalmente em princípios. A Suprema Corte somente aplica os diplomas legais com uma visão moderna, a mesma que a ONG tem há quase 20 anos.

³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1467888. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?trave=1467888&dtipo_visuatinacao=RESUMO&ACOR=> Acesso em: 23 set. 2017.

³⁷Id. Supremo Tribunal Federal. EC nº 124306. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 23 set. 2017.

³⁸ *Ibid.*

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou um conflito entre a legislação pátria e os anseios da sociedade brasileira no tocante ao aborto. O embate materializa-se com a proposta da ONG *Women on Waves* e a resistência marcante pela maioria do Congresso, que em última análise contrapõe o direito à vida da gestante e o mesmo direito do feto.

De um lado, a organização *Women on Waves* assim como a jurisprudência atual deseja adequar a legislação aos problemas sociais, de modo que não seria o aborto o homicídio do feto, mas uma questão de saúde pública e liberdade da mulher sobre o seu corpo. Do outro lado, o Congresso Nacional, principalmente a banca religiosa, tende a inviabilizar a aprovação de leis que aumentam as hipóteses de excludentes de tipicidade do crime.

Diante das reflexões devidamente fundamentadas ao longo da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a ONG *Women on Waves* é uma alternativa legal para o aborto, sem consequências jurídicas. Além disso, a jurisprudência busca meios de descriminalizar a conduta abortiva, seja por interpretações legais ou até mesmo ativismo judicial.

Ao longo do primeiro capítulo, a pesquisa justificou a ausência das consequências para um aborto realizado em um navio holandês em alto mar. Mesmo que seja uma conduta praticada por um nacional brasileiro, por ausência de criminalização no país da bandeira da embarcação, não é possível penalizar o agente. O crime do aborto também não é de competência do Tribunal Penal Internacional, de modo que somente incide a lei holandesa.

O entendimento firmado pela pesquisadora no segundo capítulo consubstancia-se na ideia de que não se trata de uma burla à lei, mas sim uma alternativa para que sejam realizados abortos de forma segura e assim seja preservada a dignidade da gestante. No mais, o objetivo da ONG não é somente a interrupção da gravidez, mas também a ampla informação sobre os desdobramentos negativos de um aborto clandestino.

O último capítulo demonstra como a produção de leis não reflete a realidade dos brasileiros, mas a ideologia dos parlamentares. Ainda que haja projetos de leis que incluam uma nova hipótese de aborto a ser permitido ou até mesmo a sua legalização até a 12ª semana de gestação, a maioria, mais conservadora, do Congresso Nacional inviabiliza qualquer inovação legislativa, de modo que as consequências são sofridas pelas mulheres, que sem democracia violam seus corpos e até mesmo morrem.

Na prática, a jurisprudência em decisões criticáveis e por meio ativismo judicial tenta minimizar os efeitos da inércia legislativa. Em duas decisões emblemáticas, permitiu o aborto do feto anencefálico e entendeu pela inconstitucionalidade do tipo penal até o terceiro mês que gravidez, diante do princípio da proporcionalidade.

A primeira decisão, em controle concentrado, é pacífica e amplamente adotada pelos juízes e Tribunais brasileiros. A segunda, em sede de habeas corpus, é considerada isolada e demonstra a evidente resistência em descriminalizar o aborto no começo da gestação, por ser enraizado que trata-se de um homicídio.

Dessa forma, esta pesquisa pretende sustentar que não há outro caminho para tratar o aborto, senão como uma questão de saúde pública. A ausência de norma permissiva não impede a prática pelas gestantes, mas somente torna a conduta perigosa, com possíveis consequências fatais para a gestante.

Por todas essas razões, restou claro que a proposta da autora consiste na tese de que a conduta da ONG *Womse on Waves* não é uma falácia, mas uma possibilidade legalmente permitida de um aborto com os devidos padrões de higiene e segurança que preservem a vida da gestante. Acrescido a isso, a conclusão da pesquisa é pela legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista que a população não pode ser vítima das convicções religiosas do legislativo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*. v.2. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del284Recompilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 set. 2017

_____. *Decreto nº 847*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 07 set. 2017

_____. *Decreto nº 1530*, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1530.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017

_____. *Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em: 21 set. 2017.

_____. *Projeto de Lei nº 236/2012*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unicidadest/procuradoria_geral/miccep/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf> Acesso em: 21 set. 2017.

_____. *Projeto de Lei nº 882/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158> Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1467888*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1467888&&tipo_visualizacao=RESUMO&f=ACOR> Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124306*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 23 set. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches, *Manual de Direito Penal*. v.2. 9. ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.



DE BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo. *Em defesa da vida humana*. 15. ed. São Paulo: Editora Loyola, 1999.

EMMERICK, Rulian. *Aborto, (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

_____. Rogério. *Curso e Direito Penal*. v. 2. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016.

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

MATIELO, Fabrício Zampogna. *Aborto e o Direito Penal*. 3. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014

PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

REVISTA SALON. "*The political landscape is not ready*": *Must the woman leading a D.I.Y. abortion revolution*. Disponível em: <https://www.salon.com/2015/01/06/the_political_landscape_is_not_ready_meet_the_woman_leading_a_d_i_y_abortion_revolution/>. Acesso em: 09 set. 2017

A ESSENCIALIDADE COMO PARÂMETRO PARA A SELETIVIDADE DAS ALÍQUOTAS DO ICMS: O CASO DA CIRCULAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Estuário Olival de Sequeira

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Advogado. Pós-graduando no Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A Constituição Federal traz parâmetros que nem sempre são cumpridos pelo poder legislativo quando institui tributos. A seletividade das alíquotas do ICMS quando fixada sem atenção ao princípio da essencialidade é um dos inúmeros exemplos desta descumprimento. Como consequência, tem-se uma menor tributação de operações supérfluas em detrimento da supertributação da camada mais pobre da população. Assim, a essência do trabalho é verificar até onde a essencialidade é um fator discriminatório e até que ponto poderia o judiciário intervir na fixação das alíquotas.

Palavras-chave – Direito Tributário. ICMS. Alíquota. Princípio da Seletividade. Princípio da Isonomia. Essencialidade como fator de seletividade. Circulação de Energia Elétrica. Serviços de Telecomunicação. Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu.

Sumário – Introdução. 1. Da necessidade de observação da essencialidade da operação como fator de fixação das alíquotas seletivas do ICMS. 2. Dos parâmetros para aferição da essencialidade das operações. 3. Da intervenção do judiciário na instituição de alíquotas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar que o legislador estadual de alguns estados ao fixar as alíquotas do ICMS sobre as mais diversas operações não considera os princípios tributários insculpidos à Constituição, em especial, os da isonomia e seletividade. Ou seja, demonstra que não possui critério algum, senão sede arrecadatória, na escolha das alíquotas desse tributo. Como consequência, vislumbra-se a descumprimento de setores menos importantes em detrimento dos mais essenciais, atingindo, especialmente, as camadas mais pobres da sociedade.

Para que se possa entender melhor a questão, deve-se ter em vista que a atual carta magna pátria determina que o ICMS pode ser seletivo em função da essencialidade das operações pelo imposto tributadas. Desta forma, só se poderia fixar as alíquotas do ICMS de



duas formas: ou aplicando a alíquota básica para todas as operações ou fixando de forma seletiva, exclusivamente em função da essencialidade das operações.

Não obstante o comando supracitado, que pugna por um tratamento isonômico aos contribuintes por meio do subprincípio da seletividade, o que se percebe por um rápido olhar às atividades pelo ICMS tributadas é um tratamento totalmente aleatório para fixação de suas alíquotas por quase todos os estados do Brasil. Ou seja, a seletividade, critério único que permite a diferenciação de alíquotas do ICMS, não é respeitada, resultando na supertributação de operações necessárias e importantes à coletividade e na subtributação de atividades supérfluas.

A fim de ilustrar o exposto, cita-se o estado do Rio de Janeiro que fixa alíquota de 18% para a circulação de cerveja (e chope) e de 16 % para a circulação de refrigerantes (além do adicional de 2% de FECP para ambos, totalizando alíquota de 20% e 18%, respectivamente) ao mesmo tempo que a circulação de energia elétrica e os serviços de telecomunicação comerciais têm alíquota de até 28% (além do adicional de 4% de FECP para ambos, totalizando alíquota de até 32%).

Portanto, é justamente a partir de tal discussão que se desenvolve o presente artigo: os estados, ao não respeitarem o princípio magno exposto deixam de atender aos princípios da capacidade contributiva, da equidade e da seletividade, de forma que quem paga por tal erro são as camadas sociais mais pobres do país. Assim, passa-se a questionar, diante de tal erro do legislativo estadual, qual seria a solução?

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar que o legislador estadual não respeita os princípios constitucionais tributários explícitos que deveriam nortear a tributação pátria, assim como as consequências trazidas por este descumprimento.

O segundo capítulo, por sua vez, pretende apresentar possíveis métodos para a aferição da essencialidade das operações tributadas pelo ICMS, de forma a demonstrar como deveria, na teoria, atuar o legislador estadual no caso da opção por alíquotas seletivas.

No último capítulo, apresenta-se discussão relacionada ao princípio da separação dos poderes de Montesquieu, de forma a se averiguar se poderia o judiciário intervir na escolha das alíquotas de ICMS quando o legislador estadual atua de forma inconstitucional em sua fixação.

Quanto à metodologia de pesquisa aplicada ao presente trabalho, deve-se ter em vista que o entendimento objeto não deriva unicamente de uma previsão legal claramente estabelecida, mas sim de uma consolidação de entendimentos firmes na doutrina pátria



em conjunto com o dessecamento de dispositivos presentes em nosso ordenamento jurídico constitucional e tributário, além da jurisprudência dos tribunais pátrios.

Portanto, a pesquisa será regida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se inicia com uma questão problemática, relativa à aleatoriedade na escolha das alíquotas de ICMS sobre diferentes operações, e visa apresentar discussões sobre ela inerentes e eventuais possibilidades de ser solucionada.

1. DA NECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DA ESSENCIALIDADE DA OPERAÇÃO COMO FATOR DE FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS SELETIVAS DO ICMS

Como é notória, de acordo com a atual constituição, o ICMS é o imposto que incide sobre a circulação de mercadorias e sobre dois serviços: o que transporte interestadual e intermunicipal e o de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior. Ademais, é um tributo com caráter precipuamente fiscal.

Não obstante ter, em regra, caráter fiscal – entendido como a finalidade de arrecadar recursos para os cofres públicos¹ –, o tributo em tela pode assumir função extrafiscal² – intervindo e regulando situações sociais ou econômicas –, de acordo com o art. 155, §2º, III, CRFB, que assim dispõe: “poderá ser seletiva, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”³.

Para que se entenda a discussão aqui tratada, deve-se ter em vista que o princípio da seletividade está intimamente ligado ao da isonomia e da capacidade contributiva. Assim, para que se possa falar na aplicação de alíquotas diferenciadas a diversas operações, devem os dois princípios correlatos também serem observados. Isto significa dizer que as pessoas que se encontram na mesma situação devem ser tratadas da mesma forma, ao passo que as que se encontram em níveis distintos devem ser tratadas de forma diferenciada, de forma a se igualarem.

Desta forma, de acordo com o dispositivo constitucional supracitado, não resta outra alternativa ao legislador estadual no momento da fixação de suas alíquotas: ou aplica a alíquota básica para todas as operações tributadas ou a fixa de forma seletiva, respeitando a

¹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*, 9. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 74.

² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013, p. 372.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02. abr. 2017.



consumem produtos menos indispensáveis, como o supracitado caso da cerveja no estado do Rio de Janeiro.

Ou seja, há um grande desrespeito à regra constitucional que impõe o parâmetro da essencialidade para a escolha das alíquotas de tributos seletivos, o que inequivocamente corrói também o princípio da isonomia tributária. O entendimento aqui consolidado, além de apoiado por doutrinadores renomados como Hugo de Brito Machado⁹, Ricardo Alexandre⁹ e Leandro Paulsen¹⁰, vem sendo reconhecido, aos poucos, pelas tribunais pátrias, como se verifica no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 27/2005, julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em tal decisão, os julgadores entenderam pela inconstitucionalidade do art. 14, item 7, Livro I, do Decreto Estadual nº 27.427/2000¹¹, que, em desconformidade ao princípio da seletividade, fixava em patamar alto a alíquota de ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicações. Entendeu o órgão de cúpula que as duas operações tributadas tinham grande importância à sociedade, de forma que não poderiam ter alíquotas altas como as operações supérfluas.

A regra constitucional, muito embora clara, não é respeitada pelos legislativos de diversos entes federativos, o que vem impondo ao judiciário necessidade de dura atuação para sanar a não observância às regras básicas do direito tributário. Não à toa, hoje, pendem de julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, o RE 714.139/SC, no qual foi reconhecida repercussão geral relativa à possibilidade ou não de aplicação de alíquotas majoradas pelo estado de Santa Catarina (e, por consequência, outros estados) sobre operações de circulação de energia elétrica.

Desta forma, é indiscutível que o tema em tela é de extrema importância, tanto jurídica, quanto especialmente social e econômica, de forma que a decisão a ser tomada pelo pretório excelso no caso supracitado gerará precedente capaz de impactar fortemente a sociedade e a forma como se definem as alíquotas de tributos seletivos.

Por fim, ainda que seja adotado o entendimento que se espera pela suprema corte, ainda restam duas questões importantes a serem discutidas: (i) como se aferir a essencialidade

⁹ MACHADO, op. cit., p. 384/385.

⁹ ALEXANDRE, op. cit., p. 618.

¹⁰ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 161 ed. Porto Alegre: Atlas, 2008, p. 372.

¹¹ BRASIL, Rio de Janeiro. *Decreto Estadual nº 27.427/2000*. Disponível em <http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/financeiro/webcontent/portalapp/page/navigation-mostrar.jsp?_afLscp=5910668D147341&dataSource=LCMServer%23dDecName%3ABR2&_afLctrl=state=ja&Ehfy_50>. Acesso em 02. abr. 2017.



das operações tributadas pelo ICMS, para fins de guiar o legislador quanto a diferenciação de alíquotas; e (ii) se o poder judiciário poderia adentrar no mérito da escolha de alíquotas do ICMS sem intervir em outros poderes.

2. DOS PARÂMETROS PARA AFERIÇÃO DA ESSENCIALIDADE DAS OPERAÇÕES

Conforme exposto no capítulo anterior, a diferenciação das alíquotas do ICMS deverá ocorrer somente por meio da seletividade. Este método de escolha de alíquotas, por sua vez, deverá ser feito em função da essencialidade dos bens, por imposição direta do art. 155, § 2º, III, da CRFB/88.

A seletividade em função da essencialidade é forma de se alcançar o Princípio da Capacidade Contributiva, uma vez que visa a menor oneração sobre os produtos consumidos por classes econômicas menos favorecidas e maior tributação sobre bens supérfluos consumidos pelas classes econômicas mais abastadas. Dessa forma, restaria, ainda que indiretamente, maior tributação sobre as camadas mais ricas, concretizando assim real justiça contributiva.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Ricardo Lobo Torres¹²:

[...] princípio da seletividade, que é um dos subprincípios da capacidade contributiva, a significar que o tributo deve incidir progressivamente na razão inversa da essencialidade dos produtos: quanto menor a utilidade do produto tanto maior deverá ser a alíquota, e vice-versa

Como se pode observar, a CRFB/88 ao definir a seletividade em função da essencialidade não previu critérios objetivos a serem observados para se aferir a importância das operações pelo ICMS tributadas. Diante disso, pode-se concluir que há certa discricionariedade para se analisar a importância dos bens tributados.

Todavia, por mais que haja certa discricionariedade a ser utilizada pelo legislador, esta não pode ser tida como absoluta, uma vez que a própria constituição e as leis pátrias trazem, ainda que indiretamente, parâmetros para que se vislumbre a essencialidade dos mais diversos bens tributados. Assim, passa-se a expor alguns exemplos que podem nortear o legislador quando enfrenta discussões quanto à importância do que vem a tributar.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.326-327.



O primeiro grande dispositivo que se traz para aferição dos parâmetros em tela é o art. 7º, IV, CRFB/88, o qual estabelece que o salário-mínimo deve atender às “necessidades vitais básicas”, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Diante disso, embora não haja dispositivo determinando os parâmetros para se aferir a seletividade em função essencialidade dos bens e serviços, própria constituição traz um rol de itens que são inequivocamente considerados essenciais.

Em continuidade, outro dispositivo constitucional que se poderia citar para corroborar a ideia de que a própria CRFB/88 traz parâmetros indistintos ou até diretos para a aferição da essencialidade de um bem ou serviço seria seu art. 30, V¹³, o qual reza expressamente que os serviços de transporte coletivo têm caráter essencial.

Quanto ao entendimento supracitado, no sentido de que se devem observar as normas e princípios constitucionais para aferição da essencialidade das operações, destaca-se os esclarecimentos de Eduardo Domingos Bottalo¹⁴:

Embora não se negue ao legislador ordinário a faculdade de atuar dentro de uma certa liberdade na manipulação da seletividade em função da ‘essencialidade do produto’, o conteúdo mínimo desta expressão sempre possibilitará que se verifique, em concreto, se o princípio se faz presente, nos casos em que a Constituição Federal determina a sua observância.

Ademais, dessa mesma forma entendem José Soares de Mello¹⁵, Antônio Maurício da Cruz¹⁶ e José Roberto Vieira¹⁷. Ou seja, a ideia aqui trazida, na realidade, não é nenhuma inovação, mas sim algo óbvio e que deveria ser levado em conta pelo legislador ao fixar as alíquotas já que a constituição não deve ter seus dispositivos interpretados de forma isolada, mas sim a partir de todo o contexto normativo constitucional.

Em continuidade, para continuar a exemplificação de legislações que trazem critérios para aferição da essencialidade de produtos ou serviços, traz-se a lei de graves. Primeiramente, a própria constituição¹⁸, em seu art. 9º, §1º, traz dispositivo impondo a criação de lei de greve, a qual definirá serviços e atividades essenciais para a sociedade. Isso porque existem atividades que não podem jamais parar em virtude de sua importância para a população.

¹³ “(...) os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

¹⁴ BOTTALO, Eduardo Domingos; CARRAZZA, Roque Antônio. IPI, seletividade e alteração de alíquotas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 158, 2008, p. 110.

¹⁵ MELLO, José Eduardo Soares de. *IPI: teoria e prática*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211.

¹⁶ CRUZ, Antônio Maurício da. *IPI: limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 66-67.

¹⁷ VIEIRA, José Roberto. *A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto*. Curitiba: Juruá, 1993, p. 127.

¹⁸ “A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inelutáveis da comunidade.”



Por sua vez, a lei de greves²⁹ foi criada e seu art. 10º trouxe as atividades consideradas essenciais para a população de forma geral, vedando, em seu art. 11, a paralisação completa de tais serviços, justamente para que se evite um caso generalizado.

Dentre as atividades essenciais trazidas pela supracitada lei em seu art. 10º, tem-se a “assistência médica e hospitalar”, “distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos”, serviços “funerários”, “transporte coletivo”, “tratamento de esgoto e lixo”, “telecomunicações”, “controle de tráfego aéreo”. De qualquer forma, destaca-se o item I, do supracitado dispositivo, o qual traz, além do “tratamento e abastecimento de água”, o caso específico do presente artigo: “produção e distribuição de energia elétrica”.

Ou seja, além de óbvio por uma aferição a partir do bom senso, a energia elétrica vem prevista como essencial logo no primeiro inciso de serviços essenciais previstos à lei de greves. Muito embora haja tal parâmetro, o legislador cisma por tributar suas operações de forma extravagante.

Ocorre que a aferição da essencialidade da energia elétrica para o consumidor final é de simples compreensão, já que este a utiliza de forma cotidiana, para suas necessidades mais básicas. O tema, contudo, ganha complexidade quando se passa a analisá-lo quando a energia é utilizada por grandes indústrias ou empresas. Ocorre que nesses casos deve ser considerada sua destinação final. Isto porque é utilizada como insumo para a produção de diversos produtos e serviços essenciais para os consumidores finais.

Ou seja, para se alcançar a capacidade contributiva, deverá ser levada em consideração ainda a destinação final do produto e não a destinação dentro da cadeia produtiva. Isso porque, como é cediço, embora o contribuinte direto de uma cadeia tenha alta capacidade contributiva, a oneração dessa cadeia, em regra, é repercutida para o consumidor final, que pode ser uma pessoa menos abastada. Ora, é inegável que todas as indústrias atualmente dependem de energia elétrica para suas produções.

Secundo assim, é certo que a energia elétrica é utilizada por todas as pessoas e inerentes a todas, ou, pelo menos, quase todas os processos produtivos e prestações de serviços.

Destaca-se o entendimento exposto no TRF da 2ª Região³⁰ sobre o assunto:

²⁹ BRASIL, Lei nº 7.783/1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 02. abr. 2017.

³⁰ BRASIL, TRF2, Primeira Turma. AI nº 200202010010500. Relator Des. Ricardo Roguiza. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/ius/download?nome=sapre-download-juris&id=25217_200202010010500_2002-45-27>, acesso em 06. set. 2017.



AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPI. ALÍQUOTA EXCESSIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE EM DECORRÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO.

- Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão que definiu de apreciar a liminar requerida, sob o fundamento de que os autos carceravam de elementos suficientes para o deferimento da mesma, e cujo conteúdo diz respeito ao pedido de suspensão de créditos tributários relativos ao IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), face à alegação de que a Fazenda estaria violando o princípio da seletividade com a imposição da alíquota excessiva de 15% (quinze por cento) sobre produtos por ela considerados essenciais.

- A natureza coletiva do serviço prestado – sistema de transporte ferroviário de massa –, e que justifica a elaboração dos bilhetes magnéticos, já é capaz de demonstrar a essencialidade do produto confeccionado, cuja função é a de autorizar a utilização do referido serviço.

- Sendo assim, a alíquota de 15% (quinze por cento) sobre o produto em tela não pode ser considerada excessiva, uma vez que entranhada ficaria o interesse público e deveria ser arcaado o cidadão comum, que é o verdadeiro contribuinte de fato desta modalidade tributária, disseminada, com isso, de dispositivos constitucionais.

- Agravo regimental da União Federal prejudicado.

- Agravo de instrumento provido.

No supracitado caso, os magistrados entenderam pela essencialidade de cartões magnéticos utilizados para o embarque em transporte coletivo. Ora, os cartões, por si só, não se tratam de bens essenciais, todavia, quando utilizados como bilhete de embarque para transportes coletivos inegavelmente passam a ser fundamentais para a vida em sociedade, de forma que não podem sofrer grande tributação.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a discricionariedade para a definição das alíquotas está limitada, principalmente, às imposições da própria CRFB/88, que traz parâmetros para o conceito de essencialidade. Em segundo lugar, há diversos diplomas legais que também trazem parâmetros para aferição da essencialidade dos bens e atividades. Isso, sem contar com o bom senso e com a necessidade de uma visão mais aberta para as operações tributadas já que muitas delas contribuem indiretamente para a majoração do preço final de bens indispensáveis à população.

Diante desses padrões, tem-se que a energia elétrica é essencial não apenas quando destinada ao consumidor final, mas também quando participa do processo produtivo de bens e serviços, já que geralmente se tratam de insumos para a produção dos bens mais essenciais que acabam por consumidos pela parcela mais carente da população.



3. DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA INSTITUIÇÃO DE ALÍQUOTAS

Em virtude da constante violação de direitos fundamentais e de princípios expressamente previstos na Carta Magna, o poder judiciário vem se intrometendo, cada vez mais, nos outros dois poderes formadores do tripé de Montesquieu. Trata-se do chamado ativismo judicial, cujo conceito é muito bem definido pelo mestre Pedro Lenza²¹:

[...] parece-nos que, diante de uma inércia não sazonal do órgão que deveria normatizar a matéria, o Judiciário, em uma postura ativista, passa a ter elementos para suprir a omissão [...] Excessos com que o direito fundamental passa ser realizado [...] não se incentiva um Judiciário a funcionar como “legislador” positivo no caso de existência de ato normativo a suprir a omissão, mas, havendo a sua falta e sendo a inércia desastrosa, negligente e decisiva, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção, seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O tema é polêmico e dispersa controvérsia sempre que levado à discussão. Todavia, conforme se verifica à conceptualização acima, parece razoável aceitá-lo quando utilizado dentro dos limites fixados pela própria Constituição. Ora, a própria ideia fundamental do filósofo francês previa pontos de atuação comum entre os poderes, justamente para que possam mutuamente se apaziguar e comunicar.

O assunto levantado vem ganhando ainda mais importância por conta de sua maior utilização pelo Supremo Tribunal Federal. Nota-se que o Pretório Excelso, especialmente de quinze anos para cá, vem tomando decisões mais livres, saltar da literalidade da lei impressa e levando mais em consideração os princípios e o momento histórico que embasaram a redação constitucional.

Com relação ao direito tributário, em diversas ocasiões o poder judiciário se intrometeu em funções que, na realidade, seriam do poder executivo ou do legislativo. A título exemplificativo, pode-se citar a declaração de inconstitucionalidade de dois dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Em julgamento à ADI 551/RJ, no ano de 2003, o Ministro Ilmar Galvão proferiu voto pela desproporção da multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária. Entendeu o magistrado que, na realidade, pelo fato de a multa ser extremamente elevada, haveria efeito confiscatório na aplicação da penalidade em vez do almejado efeito sancionatório. E como

²¹ LENZA, Pedro *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.258.

sabido, nos termos do art. 150, IV, a Constituição pátria²² veda tal comportamento pela administração pública.

O ativismo judicial no caso supracitado foi sutil, todavia, demonstrou uma nova tendência deste tribunal que, posteriormente, veio a proferir decisões extremamente polêmicas por incoerência de encontro à literalidade constitucional, como a equiparação da união estável ao casamento e a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Retornando ao Direito Tributário, é importante destacar que o uso do ativismo judicial nesta disciplina acaba por ser muito mais perigoso do que quando utilizado sobre direitos fundamentais. Quando um tribunal beneficia a população com uma decisão extensiva de direitos fundamentais, está se abrindo porta para a prática de atos que, em geral, são aceitos pela população e têm implicação meramente social.

Por outro lado, quando um tribunal intervém no meio tributário, suprimindo omissões legislativas ou tomando o lugar do chefe do poder executivo, está, na realidade, intervindo nas finanças de determinado ente federativo. Ora, a fixação de alíquotas, a definição da base de cálculo, a identificação do sujeito passivo e as regras de benefícios fiscais implicam diretamente na arrecadação dos tributos, maior fonte de renda da administração pública.

Assim, há sérios riscos à saúde financeira da unidade autônoma afetada, uma vez que, havendo diminuição de sua arrecadação por conta de uma decisão judicial capaz de afetar milhões de contribuintes, seria surpreendida por um abrupto corte orçamentário, podendo prejudicar diversos serviços essenciais custeados pela atuação fiscal. Ou seja, uma atuação que, num primeiro momento, iria beneficiar os contribuintes pode acabar por se voltar contra os próprios favorecidos, como um efeito bumerangue.

Um grande exemplo que demonstra o binômio benefício e risco ao se tomar decisões ousadas em matéria tributária diz respeito à Repercussão Geral²³ reconhecida no caso da incidência do IPI sobre embalagens para acondicionamento de água mineral. O IPI, assim como o ICMS, deve ter suas alíquotas fixadas de forma seletiva em razão da essencialidade do bem tributado²⁴ e, no caso em tela, por conta da edição de um decreto²⁵ a alíquota sobre tal bem essencial passou de 0% a 15%.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 150, IV. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06.nov.2017.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 663114 RG/PE*. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1725868>>. Acesso em: 06.nov.2017.

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 3, art. 153, §3º, I. sem seletivo em função da essencialidade do produto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06.nov.2017.



O Recurso Extraordinário supracitado ainda não foi julgado, todavia, parece fácil indicar que, pelo fato de haver um aumento abrupto de alíquota sobre bem inequivocamente essencial, deverá a majoração ser julgada inconstitucional. Decidindo de tal forma, manter-se-ia benefício sobre bem indispensável à vida humana sem grandes prejuízos à administração pública, já que a alíquota seria mantida no patamar anterior. Ou seja, é um exemplo onde haveria grande benefício e pouco risco na intervenção do judiciário.

Inclusive, o entendimento suscitado está exatamente de acordo com as doutrinas de Eduardo Domingos Botto e Roque Antônio Carrazza²⁶ interpretam o tema. Para eles não é recomendável que o judiciário tome as rédeas do poder executivo ou legislativo, mas tem o dever de investigar a conduta de ambos. Em seus termos:

Com efeito, o Poder Judiciário - até em função do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) - não está nem autorizado de que o Poder Legislativo a investigar qual o alcance das expressões 'essencialidade dos produtos industrializados'. Claro está que não estamos sustentando que o Judiciário deva legislar no lugar do Legislativo ou aplicar, ele próprio, no lugar do Executivo, o disposto no art. 153, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Simplesmente, deve averiguar se as críticas adotadas por estes Poderes foram adequadas e razoáveis [...]

Já no caso do ICMS sobre a energia elétrica utilizada por grandes empresas a essencialidade de tais bens é de compreensão um pouco mais complexa. Caso se levantasse a discussão quando o consumo se dá por consumidor final, seria de facilidade parecida com o supracitado exemplo do IPI sobre garrafa de água mineral – no século XXI é inegável a essencialidade da luz.

Todavia, quando se fala em grandes empresas, a essencialidade dos pulsos de energia se dá de forma distinta. Isso porque, em regra, a energia elétrica é insumo para a atividade industrial, não sendo algo diretamente essencial. Quando se fabrica um bem essencial se utilizando do insumo energia elétrica, o aumento da tributação sobre este implica, necessariamente, no aumento do preço final do bem produzido. Daí se diz que, distintamente, a energia elétrica é um bem essencial, já que seu valor implica distintamente no preço final de inúmeros (senão todos) produtos.

E não foi de outra forma que entendeu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁷ ao declarar a inconstitucionalidade da alíquota de ICMS sobre

²⁶HRABIL, *Decreto nº 3.777/2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3777.htm>. Acesso em 06.out.2017.

²⁷BOTTALO, op. cit., p. 110.

²⁸HRABIL, *Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade nº 002/2008-902005.8.1.9.000*. Relator: Desembargador Roberto Wibe. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/godocacheweb/default.aspx?UZIP=1&GHEDID=000731CDEF2D4CCFFBF038633FC91B263F2F006C32B4E3D&UNER>>. Acesso em: 06.out.2017

energia elétrica e serviços de telecomunicação de grandes consumidoras, determinando a incidência de alíquota básica quando a lei determinava ser majorada. Em seus termos:

Arguição de Inconstitucionalidade. Artigo 2, inciso I do Decreto nº 32.646 de ano de 2003 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamenta a Lei Estadual nº 4.456/2002 que institui o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais. Superveniência da Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003, que valida, em seu Artigo 4º, as alterações criadas pelos Estados em função da EC n. 31/2003, mesmo aquelas em desconformidade com a própria Constituição. Impossibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto nº 32.646 de 2003. Precedente do STF. Artigo 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto nº 27.427 de ano de 2000 do Estado do Rio de Janeiro, que fixa a alíquota de ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Desatuação aos princípios constitucionais de atividade e essencialidade, dispostos no Artigo 155, §2º da CF/88. Inconstitucionalidade reconhecida. Arguição parcialmente procedente

No supracitado acórdão, principal inspiração para o presente artigo, os desembargadores entenderam justamente pela tese ora levantada, no sentido de que a energia elétrica, quando utilizada por grandes empresas, se trata de bem indiretamente essencial, uma vez que a variação da tributação sobre ela afeta o preço do bem repassado ao consumidor final. Ademais, trata-se de nítido exemplo de ativismo judicial, uma vez que estaria o judiciário intervindo na fixação de alíquota de ICMS, matéria reservada ao poder legislativo.

Por fim, frisa-se que o caso em tela é alvo de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, ainda aguardando julgamento²⁸.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pode-se concluir que nem sempre os poderes executivo e legislativo respeitam os parâmetros fixados pela Constituição para instituição de tributação sobre as mais variadas operações. Como consequência, em muitos casos, tem-se a tributação mínima de operações consideradas supérfluas em detrimento da supertributação de operações essenciais.

No caso tratado no presente artigo, o legislador deixou de se ater ao parâmetro constitucional da essencialidade para a fixação das alíquotas seletivas do ICMS sobre operações de energia elétrica e de serviços de telecomunicação, bens os quais se demonstrou serem essenciais.

²⁸ BRASIL., Supremo Tribunal Federal. *RE 714139 RJ/SC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doID=6811853>>. Acesso em: 06.out.2017.



Uma vez diante de situações do gênero, há grande controvérsia tanto doutrinária quanto jurisprudencial sobre o limite da atuação do poder judiciário para correção dos equívocos cometidos pelos outros poderes, decorrente da não atenção à preceitos e princípios constitucionais tributários. Poderia então o judiciário atuar sobre matéria de competência dos outros poderes para instituição de tributos mais justos?

Diante de toda a discussão apresentada aos capítulos anteriores, pode-se afirmar que a resposta da questão acima é sim, desde que dentro de situações excepcionais, especialmente quando o legislador ou o chefe do poder executivo nitidamente não se atentou a princípios constitucionais básicos.

O caso do IPI sobre garrafas de água mineral, tratado no capítulo anterior, é um exemplo claro de como seria uma boa atuação do judiciário ao enfrentar questões do gênero. Em tal julgamento, não parece difícil vislumbrar que o STF, em função do princípio da essencialidade, deveria entender pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que majorava abruptamente a alíquota do IPI sobre garrafas de água mineral. Sendo a água um bem essencial à vida humana, a administração pública deveria tributar suas operações de forma branda para facilitar seu acesso à população.

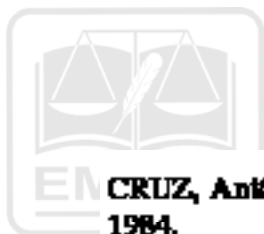
Por outro lado, a discussão desperta mais controvérsias quando se passa a analisar situações um pouco mais complexas, como a tributação do ICMS sobre a energia elétrica utilizada como insumo para a produção de bens essenciais. Neste caso, como a essencialidade do bem é indireta sua visualização se torna mais complicada, o que provavelmente levou o legislador a majorar suas alíquotas e, por consequência, o valor de diversos bens essenciais.

Diante de tais casos, não tem restado outra alternativa ao poder judiciário senão intervir, corrigindo os equívocos de uma tributação injusta, a qual acaba por onerar as camadas mais pobres da sociedade. Ou seja, por mais que se trate da intromissão de um poder em outro, tem sido o método mais célere para se chegar à justiça tributária, sendo positivo à sociedade como um todo.



REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*, 9. ed. São Paulo: Método, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02. abr. 2017.
- _____. *Decreto nº 3.777*, de 23 de março de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3777.htm>. Acesso em: 06. out. 2017.
- _____. *Lei nº 7.783/1989*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 02. abr. 2017.
- _____. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Arguição de Inconstitucionalidade nº 0021368-90.2003.8.19.0000*. Relator: Desembargador Roberto Wiler. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gadcache/web/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003731CDFD2D4CCFFEF838634FC91B263F2F806C32B4E3D&USER>>. Acesso em: 06. out. 2017.
- _____. Rio de Janeiro, *Lei nº 2.637*, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/25edae7e64db53b032564fb005262af01cc04eee53b3b30032564fb005c2idd?OpenDocument>>. Acesso em: 02. abr. 2017.
- _____. Rio de Janeiro, *Lei nº 4.036*, de 30 de dezembro de 2002. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/25edae7e64db53b032564fb005262af01cc04eee53b3b30032564fb005c2idd?OpenDocument>>. Acesso em: 02. abr. 2017.
- _____. Rio de Janeiro. *Decreto Estadual nº 27.427/2000*, de 27 de novembro de 2000. Disponível em <http://www.fazenda.rj.gov.br/sfaz/faces/oracle/webcenter/portalepp/pages/navigation-renderer.jspx?_afriLoop=59306680147340&relatascource=UCMS&server%23dDocName%3A81002&_adf.ctrl-state=jaf03bfya_9>. Acesso em: 02. abr. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *RE 606314 RG/PE*. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1725868>>. Acesso em: 06. out. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *RE 714139 RG/SC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6811853>>. Acesso em: 06. out. 2017.
- _____. TRF2, Primeira Turma. *AI nº 200202010010500*. Relator Des. Ricardo Regueira. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/km/download?name=sia-pro-download-juris&id=25217_200202010010500_2002-05-27>, acesso em 06. out. 2017.
- BOTTALO, Eduardo Domingos; CARRAZZA, Roque Antônio. *IPI, seletividade e alteração de alíquotas*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 158, 2008.



CRUZ, Antônio Maurício da. *IPF: limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

MELLO, José Eduardo Soares da. *IPF: teoria e prática*. São Paulo: Malheiros, 2009.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 10. ed. Porto Alegre: Rev. Atual, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VIEIRA, José Roberto. *A regra-matriz da incidência do IPF: texto e contexto*. Curitiba: Juruá, 1993.

REMÉDIOS EXPERIMENTAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 55, DE 2016.

Eduardo Sarvedra Losada Lopez

Graduado pela Universidade
Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – O presente trabalho analisa os procedimentos administrativos de aprovação dos medicamentos experimentais, explora a interferência judicial em tais processos e explica as alterações trazidas pela Proposta de Emenda à Constituição nº 55 de 2016, tornada Emenda à Constituição nº 95 do mesmo ano dentro do contexto da saúde pública e do conflito entre o Poder Executivo e o Judiciário. Conclui pela necessidade urgente de acordo entre os dois poderes em conflito para cessação do comprometimento das verbas públicas e das urgências sociais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Remédios experimentais. Princípio da reserva do possível. PEC 55.

Sumário – Introdução. 1. Aparelhamento estatal e demora na análise e produção de medicamentos experimentais. 2. O princípio da reserva do possível, a concessão judicial de remédios experimentais e o comprometimento dos recursos públicos. 3. A incompatibilidade entre as tendências atuais do Poder Judiciário e o teto de gastos da PEC nº 55/2016. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No contexto macro, o presente artigo acadêmico explora a infundável oposição entre as obrigações interventoras do Estado e os limitados recursos públicos. Entretanto, por ser um tema muito complexo e extenso, ele é formado por uma grande variedade de tópicos menores. Um deles é o tema geral do trabalho apresentado: o impacto jurídico e orçamentário da Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016 (PEC nº 55/16) no direito à saúde.

De modo específico, analisam-se diversas fontes para se compreender o conflito entre o Poder Judiciário e os outros dois poderes estatais na concessão dos remédios experimentais. A análise, portanto, é o embate entre a garantia ao acesso pleno ao direito constitucional à saúde e o controle de gastos públicos. Contudo, é imperioso colocar que a análise realizada não esgota toda a temática em torno da matéria.



No primeiro capítulo, os pontos principais são: a competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a sua estrutura interna e o tempo para aprovação dos novos fármacos. Inicialmente, aborda-se o regimento normativo sobre a agência, especificamente a sua criação, o seu funcionamento e seus poderes reguladores. Em seguida, concentra-se nos setores internos responsáveis e nos procedimentos voltados para o estudo dos fármacos “off-label”. Por fim, expõe-se a ampla diferença entre o limite temporal determinado por lei e a realidade e como o Poder Judiciário intervém na matéria.

No segundo capítulo, os temas-chave são: a situação do Poder Judiciário e a finitude dos recursos públicos. O exame se inicia com o reconhecimento da escassez financeira do Estado diante dos diversos direitos fundamentais trazidos na Carta Magna. A segunda parte é consequência de tal dicotomia, analisando-se a situação ativa do Poder Judiciário, que se afigura como pacificador dos conflitos sociais.

No terceiro capítulo, o tópico central é a Emenda Constitucional nº 95 de 2016 e a sua relação com os interesses sociais e o Poder Judiciário. Em continuidade ao tema anterior, esta seção aborda os critérios objetivos trazidos pela referida norma para conter gastos públicos, dando atenção específica ao âmbito da saúde pública. Em seguida, analisa-se a incompatibilidade entre a jurisprudência formada e as alterações constitucionais expostas anteriormente.

Como se observa, a pesquisa é qualitativa, necessariamente, e pelo método hipotético-dedutivo. O examinador realiza, para o trabalho, leituras diversas sobre o tema, atento para as opiniões formuladas e os métodos aplicados pelos autores dos materiais investigados. Então, baseando-se nas obras, formula hipóteses com o objetivo de fundamentar sua posição, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de opiniões diversas.

1. APARELHAMENTO ESTATAL E DEMORA NA ANÁLISE E DISTRIBUIÇÃO DOS MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS, TAMBÉM CONHECIDOS COMO “MEDICAMENTOS NOVOS”

No Brasil, a Lei nº 8.080¹, de 19 de setembro de 1990, regulamenta, de forma ampla os assuntos relativos à saúde pública. Ela organiza as atribuições de cada ente federativo,

¹ BRASIL. Lei nº 8.080/90. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19800.htm>. Acesso em:



imputando a todos os deveres comuns de fiscalização e prestação dos serviços e produtos nesta área. Para facilitar o processo burocrático, foi promulgada, em janeiro de 1999, a Lei nº 9.782, instituidora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), uma autarquia especial que une membros e entidades pertencentes aos entes federativos.

Além de criar a referida autarquia, a lei lhe confere importantes papéis: de registro de novos medicamentos² e de controlar a produção e distribuição dos já regularizados. Para tornar possível o exercício desses deveres, também lhe é conferida a capacidade de estabelecer normas e diretrizes próprias, de forma a definir como o processo interno de avaliação se desenvolve.

Como órgão pertencente à Administração Pública, os procedimentos realizados pela Agência estão sujeitos aos princípios relativos ao Poder Público e, portanto, precisam ser eficientes e públicos. Em outras palavras, o procedimento, em tese, tomará o menor tempo possível, considerando a qualidade do controle, bem como ser transparente, permitindo que todos os interessados conheçam as regras a que estão se submetendo.

A análise e o julgamento dos remédios novos ocorrem em três diferentes etapas³: a análise farmotécnica, a de eficácia e, por fim, a de segurança. A primeira consiste na verificação de diversos documentos relativos à própria empresa farmacêutica (ex. a licença de funcionamento da empresa farmacêutica), além de dados sobre o próprio medicamento (ex. informações sobre princípios ativos e o controle de qualidade)⁴. As outras duas tratam de duas questões mais práticas, como o poder de cura do remédio e os potenciais efeitos colaterais.

Com o trâmite acima em mente, é necessário fazer uma importante ressalva: apenas o processo farmotécnico é realizado pela Anvisa. As análises da eficácia e da segurança dos medicamentos são realizadas por Câmaras Técnicas, órgãos externos. Na área de medicamentos, quem atua é a Câmara Técnica de Medicamentos (CATEME)⁵.

Antes, a etapa realizada pela Anvisa vinha primeiro e, somente com seu fim, as Câmaras poderiam iniciar seus crivos. Mudou-se o procedimento e, atualmente, enquanto a

¹ 7 mai. 2017.

² BRASIL. Lei nº 6.368/76. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L63-80.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.

³ ANVISA. Gerência de Medicamentos Novos Pesquisa e Ensaios Clínicos (GBPEC). Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 6 mai. 17

⁴ *Ibidem*.

⁵ ANVISA. Câmara Técnica de Medicamentos. Disponível em: <portal.anvisa.gov.br/camara-tecnica-de-medicamentos>. Acesso em: 7 mai. 2017.



Câmara faz os testes de segurança e eficácia, a Anvisa aprecia os documentos relativos ao registro e produção do bem⁶.

O resultado de cada etapa é a produção de pareceres, enviados para a avaliação final pela Gerência de Medicamentos Novos Pesquisa e Ensaios Clínicos (GEPEC). Este órgão interno da Agência é formado por especialistas e, em seu julgamento, leva em conta as opiniões expressadas pelos consultores externos e, raramente⁷, diverge destes.

Quando o remédio é aprovado, cabe à Gerência-Geral de Medicamentos (GGMED), em uma das gerências componentes, determinar o registro com validade de cinco anos⁸. Esse ato é publicado no Diário Oficial da União (DOU), que dá publicidade ao registro, de modo que a empresa farmacêutica não precisará requerer qualquer documentação extra para provar a sua autorização.

Antes, a Lei nº 6.360, de 23 de set. de 1976, previa o prazo de noventa dias para a antarquia terminar o procedimento, começando a contagem com o recebimento da requisição e terminando com o registro em si. Não obstante, o procedimento, por ser realizado em três etapas sequenciais pela Agência e por órgão externo e por haver uma miríade de documentos, era muito complexo. Naturalmente, era comum era a perda deste prazo estipulado em lei.

No intuito de resolver a situação ou, no mínimo, para tentar minimizar a atribuição de culpa pelo descumprimento do prazo, promulgou-se a Lei nº 13.411, de 28 de dez. de 2016. Por meio dela, modificaram-se os prazos, tentando equilibrar a importância do medicamento com o tempo necessário para o juízo: os fármacos considerados ordinários devem ser analisados em 365 dias⁹, os prioritários em 120 dias¹⁰ e os urgentes¹¹ em 90 dias¹².

Contudo, ainda assim, os prazos não são respeitados. No Recurso Extraordinário 657.718¹³, o Defensor Público-Geral Federal denunciou que o processo da Anvisa para o re-

⁶ ANVISA, op. cit., nota 2.

⁷ *Ibid.*

⁸ ANVISA. Item 9, *Regularização de Produtos Medicamentos*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produto/medicamentos-novos/registro>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

⁹ BRASIL. Lei nº 6.360/76, art. 17-A, § 2º, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 6.360/76, art. 17-A, § 2º, I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.

¹¹ Definição dada em redação publicada no site eletrônico do Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materia/2017/01/lei-facilita-registro-para-uso-experimental-de-novos-medicamentos>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

¹² BRASIL. Lei nº 6.360/76, art. 12, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensa julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>>. Acesso em: 6 mai. 2017.

gistro de remédios varia de 600 a 1000 dias, dependendo se o medicamento era novo ou genérico.

Outro artigo importante para fins de prazo é o 24, caput e parágrafo único, da Lei nº 6.360, de 1976. Nos seus termos, os medicamentos novos¹⁴ não precisarão ser registrados pelo período de três anos, se o seu uso for experimental e o tratamento for acompanhado pelo médico. A utilização experimental do remédio tem contornos de urgência, tanto que ainda precisará ser registrado três anos depois de iniciado o tratamento.

Ainda assim, considerando todas as questões de prazos apresentadas, os entes federativos criaram uma nova barreira burocrática. Eles vêm exigindo a listagem do medicamento de firma específica em portarias e outras normas expedidas pelos órgãos reguladores da área. Como exemplo, cita-se o Recurso Especial nº 1.554.495, no seguinte trecho¹⁵:

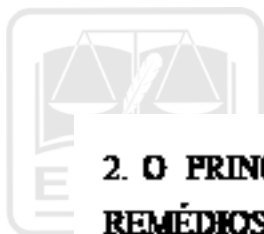
O Apelante (Estado do Rio de Janeiro) defende que o medicamento SCHIRIS (ECULIZUMAB), indispensável para o tratamento da Apelada, conforme Relatório Médico de fls.13 e prontuário da rede pública de fls. 41, não integra a lista de dispensação dos Estados e Municípios, não tendo a União Federal, gestora do Sistema Único de Saúde SUS, repassado recursos para viabilizar a política ou possibilitado meios para fornecer medicamentos que não integram a Portaria nº 2081 de 26.11.2009, do Ministério da Saúde.

A introdução de novas exigências para a concessão gratuita dos fármacos tem um único objetivo: o controle de gastos. Ou seja, ao estabelecer a previsão própria do medicamento em portarias, leis e outras normas para a concessão do mesmo, busca-se o equilíbrio entre o acesso à saúde e no interesse financeiro do Poder Público.

Contudo, conforme será tratado na parte seguinte, o Poder Judiciário, em razão da crescente demanda, adota postura divergente. Este poder estatal vem obrigando a Administração Pública a financiar medicamentos não previstos em normas específicas expedidas por entidades que, em teoria, teriam mais conhecimento sobre as finanças e possibilidades do Poder Público.

¹⁴ Definição, segundo o art. 4º, XXVIII do RDC 60, de 2014, do Ministério da Saúde: "medicamento com IFA não registrado no país, seus novos sais, isômeros ou mistura de isômeros, ésteres, éteres, complexos ou demais derivados igualmente não registrados".

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.554.495*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?trve=financiamento+medicamento+portaria+208-1&tb=DTXT&the-surve=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 7 mai. 2017



2. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL, A CONCESSÃO JUDICIAL DE REMÉDIOS EXPERIMENTAIS E O COMPROMETIMENTO DOS RECURSOS PÚBLICOS

Os princípios são parte integral e essencial do Direito. Como expõe Luís Roberto Barroso, eles estão ligados a valores¹⁶ de grande importância à sociedade e dão maior relevância jurídica aos direitos fundamentais. Os princípios não configuram comando específico¹⁷, mas encerram em si os próprios valores, fornecendo diretrizes básicas de como os indivíduos ou Estado devem ou não agir.

No cenário que se desenvolve o Estado assume papel ativo e fundamental na efetivação dos direitos, como previsto na Constituição de 1988. Em outras palavras, os entes federativos e seus órgãos têm o dever de buscar a efetividade dos direitos basilares da sociedade, tais como educação, saúde, segurança.

Todavia, o Estado possui recursos financeiros limitados, o que impede a satisfação plena de todos os setores sociais - educação, saúde, economia etc. Na área do direito à saúde, especificamente, o autor Bernardo Lima Vasconcelos Carneiro¹⁸ atenta para este problema, da seguinte forma:

Assim, (...) caso o Administrador Público opte por constituir uma unidade hospitalar de referência médica na área da cardiologia, estará, ao mesmo tempo, deixando de empregar aquela quantia na construção de uma unidade dedicada a outra especialidade médica, como neurologia, psiquiatria ou ortopedia, em prejuízo dos usuários do sistema que padecem de moléstias relacionadas às tais áreas.

Com a limitação financeira e o controle de gasto em mente, criou-se o princípio da reserva do possível, pelo qual não se empregam as finanças com o gasto que não for essencial. Em tese, o reconhecimento e o uso deste princípio não significam que se nega a importância e a relevância dos diversos direitos assegurados pela Constituição; pelo contrário, é reconhecendo a qualidade de cada um deles como essencial que se busca dar alguma efetividade a todos.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*. Disponível em: <<http://www.conjui.com.br/dl/estados/barroso.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. *A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 253

Entretanto, o país se encontra em crise política e legislativa. O contínuo descrédito da gestão governamental leva à atuação do Poder Judiciário como forma de garantir o acesso aos medicamentos necessários. Por exemplo, o Município do Rio de Janeiro foi réu em 156 ações judiciais relativas à concessão de medicamentos essenciais, conforme dados publicados pelo TJ/RJ (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro)¹⁹. Em outras palavras, em pelo menos 156 casos, a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo foi considerada insuficiente.

A leitura das decisões proferidas permite perceber que a principal justificativa para o fornecimento do medicamento é o cotejo entre a obrigação constitucional e legal de provimento máximo da saúde com os problemas orçamentários vividos - seja por abuso²⁰, seja por mal emprego das verbas públicas. Como exemplo, cita-se o trecho abaixo de decisão proferida em acórdão do TJ/RJ²¹:

Fornecimento de medicamentos. Garantia constitucional de acesso à saúde. Obrigação solidária dos entes estaduais e municipais. Jurisprudência consolidada no verbete n.º 65, da Súmula deste Tribunal de Justiça. Impossibilidade de os entes públicos limitarem os medicamentos necessários à saúde da pessoa a lista de remédios elaborada pelos mesmos, e que deve servir, apenas, como parâmetro para evitar a exigência de medicamentos supérfluos. Desinfundada a alegação de falta de recursos orçamentários. Recurso a que se nega seguimento, com base no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil.

A atuação contínua do Poder Judiciário levou não apenas à função informal de gerir as verbas públicas, ordenando gastos, como também de legislador informal. No direito à saúde, isto significou a criação de exceções às regras explícitas no conjunto normativo. Como exemplo, podemos citar trecho de decisão proferida no âmbito do STJ²² envolvendo a questão dos remédios não aprovados pela ANVISA:

¹⁹ PEPR, Vera Lais et al. *Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos 'essenciais' no Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-7312010000100007>. Acesso em: 29 set. 2017.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 507 e 508.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0010732-34.2011.8.19.0007*. Relatora Desembargadora Denise Levy Tiedler, 19ª Câmara Cível, julgamento em 24/8/12. Disponível em: <<http://www1.tj.rj.br/ged/cache/web/default.aspx?FZID=1&GEDID=0003C56DCB07ED400A41EBRD1DA9DC2CCED2R5C4032F3355&USER=>>>. Acesso em: 29 set. 2017.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1643067/RS*. Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgamento em 7/3/17. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?traz=fornecimento+medicamento+postaria+2081&dt=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 set. 2017. Podemos citar, no mesmo sentido, o AgRg no AgRg no AREsp 685.750/PB, de relatoria do Ministro Sérgio Kulkim, da Primeira Turma e julgado em 27/10/15. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?traz=rem%20n%20de+aprovado+ANVISA&h=ACORD&p=true&t=JURIDICO&i=10&ki=4>>. Acesso em: 29 set. 2017.



2. O art. 19-T da Lei n° 8.080/1990, que veda a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa, reproduz regra geral, que não deve ser aplicada de forma isolada dos fatos, acarretando por violar direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde.

3. Com efeito, in casu, o fornecimento do fármaco não registrado na Anvisa foi autorizado pela Corte de origem em caráter excepcional e não para a comercialização, visando ao atendimento de necessidade de menor portador de moléstias de natureza grave.

No âmbito dos remédios experimentais, essa tensão entre os poderes estatais resulta em uma situação ainda mais chamativa. No caso, quando os magistrados condenam os entes federativos a custearem remédios ainda não estão registrados na ANVISA, resulta-se na destinação de verbas para medicamentos cujo valor é desconhecido. Em outras palavras, as decisões judiciais geram novas obrigações cujos valores são impossíveis de serem previstos.

Tatiana Aragão Figueiredo²³, analisando dados levantados por Sant'Ana²⁴, traz outro exemplo da atuação jurisdicional em oposição à gestora pública por excelência – Administração Pública. Em outras palavras, a autora mostra de que forma se desenvolvem determinadas condenações contra o Estado:

Sant'Ana (2009) analisou 28 ações de medicamentos julgadas na segunda instância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, incluindo as 30 prescrições médicas apensadas nos peças judiciais. Foi verificado que mais da metade das prescrições (59,3%) não satisfaz o critério de legalidade adotado (legível para fins farmacêuticos).

(...)

O referido estudo verifica que em 11 ações, foram solicitados medicamentos sujeitos a controle especial e em sete casos não havia todas as 5 receitas especiais apensadas aos processos. Em quatro casos, elas estavam presentes, mas nenhuma a se encontrava de acordo com as exigências estabelecidas pela Portaria SVS/MS n° 344/98.

Por fim, a divergência entre o princípio do possível e o fornecimento experimental criou cisma dentro do próprio Poder Judiciário. Em razão de decisões diametralmente opostas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – órgão de controle funcional da magistratura – aprovou enunciados cujo objetivo era uniformizar a jurisprudência sobre remédios experimentais. Dentre as duas Jornadas de Direito da Saúde, destacam-se os enunciados n° 5, 6, 9 e 50.

²³ FIGUEIREDO, Tatiana Aragão. *Análise dos medicamentos fornecidos por mercado judicial na Comarca do Rio de Janeiro: A aplicação de evidências científicas no processo de tomada de decisão*. Disponível em: <<http://www6.insp-fiocruz.br/viva/files/25584.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

²⁴ SANT'ANA, João Maurício Brubati. *Essencialidade e Assistência Farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no estado do Rio de Janeiro* [Dissertação de Mestrado]. Disponível em: <<http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2449>>. Acesso em: 29 set. 2017.

3. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E O TETO DE GASTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95

A Proposta de Emenda à Constituição nº 55 (“PEC 55”), foi promulgada em 15 de dezembro de 2016²³, tornando-se a Emenda à Constituição nº 95, de 2016 (EC nº 95). Esta norma alterou a forma de controle de gastos em diversos setores sociais, medida considerada essencial para a superação da crise econômica, segundo seu proponente, o Presidente Temer²⁴. Ela instituiu o chamado “Novo Regime Fiscal”²⁵.

O principal foco normativo da EC nº 95 foi a promoção de mudanças em artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O ADCT é um grupo de dispositivos constitucionais voltados para a criação de um período de transição entre as instituições existentes e as almejadas para a nova estrutura social e territorial²⁶.

A inserção das mudanças já permitiria perceber que o objetivo do governo não seria a alteração permanente da estrutura orçamentária e fiscal do Brasil. No caso, a transitoriedade seria definida por um período de tempo de vinte exercícios financeiros²⁷, o que seria equivalente a vinte anos “cívicos”²⁸.

Durante o referido período, diversos setores governamentais sofrerão alguma forma de limitação financeira, o que impediria a assunção de novos gastos pelo Estado, dentro do que diz o art. 104 do ADCT. Por exemplo, o órgão que assume novas obrigações acima do

²³ BRASIL. Senado Federal. *Promulgada Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁴ GARCIA, Gustavo. *Temer difunde 'medidas emergenciais' para país recuperar economia*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/temer-recebe-senadores-ao-abronda-para-pedir-apoio-pec-do-teto.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁵ BRASIL. Senado Federal. *Emenda Constitucional nº 95, de 2016, artigo 1º*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

²⁶ LENZA, Pedro. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e o seu desvirtuamento*. Disponível em: <<http://www.cartanet.com.br/contendo/colunas/ato-das-disposicoes-constituicao-transitorias-act-e-o-seu-desvirtuamento/11952>>. Acesso em: 16 out. 2017. Nesse mesmo sentido: CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. *ADCT: Atuação e interpretações práticas*. Disponível em: <http://www.urbita-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457>. Acesso em: 16 out. 2017.

²⁷ BRASIL. Senado Federal. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, artigo 101. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁸ BRASIL. Senado Federal. *Lei nº 4.170/1964*, art. 34: “O exercício financeiro coincidirá com o ano civil”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4170.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.



teto fica impedido de conceder aumento da remuneração³¹ ou criar cargo que implique em aumento em aumento de despesa³².

A saúde é direito fundamental ligado ao próprio direito à vida³³ e, por conseguinte, é ligado ao próprio Estado garantidor³⁴, nos termos da Constituição Federal³⁵. Como tal, a Emenda Constitucional nº 95 lhe confere tratamento especial: para o ano de 2017, a saúde pública federal teria teto equivalente a 15% da Receita Corrente Líquida. A partir de 2018, o teto passaria a seguir a regra geral.

Em 2016, somados todos os meses, a Receita Corrente Líquida foi de R\$ R\$ 709.929.574,5 (setecentos e nove milhões, novecentos e vinte e nove mil, quinhentos e setenta e quatro reais e cinquenta centavos)³⁶. Se nos baseássemos, nos dados presentes, o teto de gastos para 2017 seria de, aproximadamente, R\$ 106.489.436,17 (cento e seis milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e trinta e seis reais e dezessete centavos).

Na parte anterior do presente artigo, foi estudado o comportamento do Poder Judiciário dentro da área da saúde. Nesta análise, constatou-se a posição que os magistrados assumiram como administradores dos recursos públicos, ao determinar custeio de farmacos e atendimentos médicos. Isso representa o conflito direto com o Poder Executivo, defensor do custo de custos com base o princípio da reserva do possível.

No que tange aos medicamentos novos, a questão merece mais atenção. Como visto anteriormente, a Lei nº 6.360/1976 permite o uso desse novo medicamento para uso experimental, pelo prazo de três anos e, se importados, mediante autorização do Ministério da Saúde. Assim, dentro dos parâmetros legais e jurisprudenciais, o magistrado poderia conceder farmacos fora de qualquer lista de previsão de gastos da Administração Pública.

A limitação de recursos e a demora da ANVISA gera ação de outros setores estatais. Como referenciado, os magistrados atuam como gestores públicos indiretos, obrigando o Estado a custear produtos de que muitas vezes sequer tem conhecimento. A permissão da

³¹ BRASIL. Senado Federal. *Atos das Disposições Constitucionais Transitórias*, artigo 104, I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

³² *Idem*, art. 104, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

³³ CUNHA, Dicley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 611.

³⁴ *Idem*.

³⁵ BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 196. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

³⁶ BRASIL. Governo Federal. *Portal Teseuro Transparente*. Disponível em: <<http://www.tesourtransparente.gov.br/consulta/estat/receita-corrente-liquida-da-uniao/recorre/a52cbbd8-2059-42ca-9e67-66c74752baad>>. Acesso em: 16 out. 2017.



importação de fármacos, mediante autorização do Ministério da Saúde³⁷, abre um leque de atos potencialmente lesivos às finanças públicas.

Dentro do contexto da Emenda Constitucional nº 95, esse comportamento do Poder Judiciário é mais questionado. Ainda que as distâncias entre os valores de cada processo e o teto de gastos sejam grandes, é preciso lembrar que o gasto máximo é referente a todos os entes e programas federais em todo o país, não apenas determinados Estados.

Conforme o artigo 2º da EC nº 95, as modificações entraram em vigor desde a data de sua promulgação, em 15 de dezembro de 2016³⁸. A partir de então os diversos setores governamentais estariam limitados nos gastos a serem contraídos a partir de 2017. Todavia, ainda com a nova EC, muitos magistrados não arrefeceram em suas decisões, mantendo a posição de gestores, principalmente diante da crise política vivida nos últimos dois anos.

Percebe-se, assim, a impossibilidade de integração entre a posição assumida pelo Poder Judiciário e as ordens explícitas dadas pela Emenda Constitucional nº 95. De um lado, a norma cria um teto de gastos para evitar o dispêndio dos recursos públicos e, do outro, as decisões judiciais garantem o direito constitucional à saúde em prejuízo do controle das finanças.

CONCLUSÃO

O Poder Público é guiado por princípios de maior efetividade e menores gastos, de modo que procura equilibrar a continuidade na prestação das políticas públicas com contenção de gastos. Em momentos de crise, esta conduta se agrava e os recursos são distribuídos para a política governamental do momento.

Nesse contexto governamental, foi proposta e aprovada, em período inferior a um ano, a Proposta de Emenda Complementar nº 55, transformada na Emenda Constitucional nº 95. Entre os diversos limites trazidos, tem-se a criação de teto na saúde pública, baseado no valor da Receita Corrente Líquida.

³⁷ Art. 24, caput da Lei nº 6.360/1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

³⁸ BRASIL. Senado Federal. *Promulgação Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>. Acesso em: 12 out. 2017.



Essa alteração legislativa, do ADCT, foi feita em contrariedade às demandas sociais por melhor prestação da saúde pública. Notícias diárias são publicadas sobre a falta de recursos para manutenção de hospitais e clínicas. Percebe-se, assim, o conflito entre a sociedade, cujo direito à saúde é previsto constitucionalmente, e o interesse do governo.

De acordo com Sérgio Abranches, essa situação propicia a atuação do Judiciário na resolução de conflitos dentro do sistema político. E Werneck Vianna, em sua obra acerca da do fenômeno da “judicialização da política”, reforça essa noção, acrescentando que o Supremo Tribunal vem internalizando esse papel progressivamente.

Percebemos, então, cenário complexo e que afeta a própria estrutura do Estado, não apenas no controle de recursos, mas na própria maneira que ele se organiza e se gere. Na matéria relativa aos medicamentos novos, o confronto se dá entre a demora da ANVISA na avaliação e o fornecimento judicial de tais fármacos.

A conclusão encontrada no presente trabalho ser óbvia: o Poder Público necessita, urgentemente, encontrar uma solução que responda aos anseios de ambos os setores sociais. Os medicamentos novos precisam ser concedidos, pela necessidade de consumo deles e, por outro lado, os recursos públicos devem ser investidos de maneira razoável, para a manutenção do projeto de reestruturação e crescimento do Brasil.

Não há, no presente momento, benefício algum sobre como a relação dos três sujeitos se desenvolve: o Poder Executivo é condenado a custear além do seu planejamento orçamentário; o Poder Judiciário com crescente quantidade de causas; e, por fim, o cidadão obrigado a aguardar a conclusão de demorados procedimentos.

Apesar de ser a intenção resolver o dilema, a Emenda Constitucional nº 55, muito provavelmente, terá efeito inverso do esperado pelo seu proponente. O Poder Judiciário, provavelmente verá a Emenda como obstáculo à realização do direito constitucional dos cidadãos. Com o limite de gastos da forma como é feita, no cenário em que foi proposta, agravará o parco aparelhamento e manutenção dos ambientes públicos de saúde. Isto aumentará as demandas judiciais e, por consequência, trará maiores despesas ao Estado.

REFERÊNCIAS

ANVISA, Gerência de Medicamentos Novos Pesquisa e Ensaios Clínicos (GEPEC). *Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 6 mai. 17.

ANVISA. *Regularização de Produtos: Medicamentos*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/medicamentos/produtos/medicamentos-novos/registro>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. ANVISA. *Câmara Técnica de Medicamentos*. Disponível em: <portal.anvisa.gov.br/camara-tecnica-de-medicamentos>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *I Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *II Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/destaques/arquivos/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. *Decreto nº 8.077*, de 14 de ago. de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8077.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. *Emenda à Constituição nº 95, de 2016*. Disponível em: <<http://legis.senado-leg.br/legislacao/ListaTextoSigen?action?norma=540698&id=14374770&idBinario=15655553&mime=application/rtf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Governo Federal. *Portal Trazendo Transparência*. Disponível em: <<http://www.tesourotransparente.gov.br/ckan/dataset/receita-corrente-liquida-da-uniao/resource/a52cbbb8-2059-48ca-9ef7-66c74752aaad>>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. *Lei nº 4.320*, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.



_____. *Lei n° 6.360, de 23 de set. de 1976.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em 7 mai. 2017.

_____. *Lei n° 8.080, de 19 de set. de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em 7 mai. 2017.

_____. *Lei n° 9.782, de 26 de jan° de 1999.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 6 mai. 2017.

_____. *Lei n° 10.742, de 6 de out. de 2003.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.742.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. *Lei n° 13.411, de 28 de dez. de 2016.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei_n°/L13411.htm>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria n° 1.554, de 30 de julho de 2013.* Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/jnt1554_30_07_2013.html>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. Ministério da Saúde. *Resolução da Diretoria Colegiada n° 60, de 10 de outubro de 2014.* Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/legislacao/#/visualizar/29265>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. Senado Federal. *Proclamação a sessão constitucional do teto de gastos públicos.* Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/proclama-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Senado Federal. *Lei n° facilita registro para uso experimental de novos medicamentos.* Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/01/lei-facilita-registro-para-uso-experimental-de-novos-medicamentos>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AgRg no AREsp 685.750/PB.* Relator Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.-jsp?livre=rem%E9dio+n%E3o+aprovado+ANVISA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.554.495.* Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=fir-necimento+medicamento+portaria+2981&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.645.067/RS.* Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rem%E9dio+n%E3o+aprovado+ANVISA&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 29 set. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>>. Acesso em: 6 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0010732-34.2011.8.19.0007*. Disponível em: <<http://www1.trj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003CS6DCB07BD400A41EBBD1DA9DC2CCBD2E5C4032F3355&USER=>>. Acesso em: 29 set. 2017.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. *A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão. *ADCT: função e interpretações práticas*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457>. Acesso em: 16 out. 2017.

CUNHA, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusFODIVM, 2015.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão. *Análise dos medicamentos fornecidos por mandado judicial na Comarca do Rio de Janeiro: A aplicação de evidências científicas no processo de tomada de decisão*. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/visa/files/25584.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

GARCIA, Gustavo. *Temer defende 'medidas amargas' para país recuperar economia*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/temer-recebe-senadores-no-alvorada-para-pedir-ajuda-pec-do-teto.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

LENZA, Pedro. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e o seu desvirtuamento*. Disponível em: <<http://www.castafirenze.com.br/contendo/colunas/ato-das-disposicoes-constituicionais-transitorias-adct-e-o-seu-desvirtuamento/11952>>. Acesso em: 16 out. 2017.

PEPE, Vera Lúcia Edais. *Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos 'essenciais' no Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100007>. Acesso em: 29 set. 2017.

SANTANA, João Maurício Brambati. *Essencialidade e Assistência Farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no estado do Rio de Janeiro* [Dissertação de Mestrado]. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2449>>. Acesso em: 29 set. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.



OS CRIMES SEXUAIS NAS FAVELAS BRASILEIRAS SOB O PRISMA DO PLURALISMO JURÍDICO

Pátima Cristina Santos Ferreira

Graduada pela Universidade Gama Filho. Advogada.

RESUMO – Grande é a ocorrência de crimes sexuais no Brasil, com atração especial às favelas onde se concentra o maior número de incidência destes delitos. O presente artigo enfoca na existência de um pluralismo jurídico nestas localidades, decorrente da completa ausência Estatal que concorre consequentemente para o desvio de condutas criminosas. A partir desta premissa, fica evidenciada a necessidade de a justiça brasileira atender para esta realidade e conferir uma maior eficácia ao aplicar a lei, responsabilizando o Estado em conjunto com o indivíduo, já que este se encontra subjugado a comandos normativos diferentes dos positivados.

Palavras-chaves – Direito Processual Penal. Direito Penal. Estupro coletivo. Pluralismo Jurídico. Omissão Estatal. Desvio de Conduta.

Sinopsis – Introdução. 1. Asexualidade nas favelas brasileiras. 2. O pluralismo jurídico como consequência da omissão Estatal. 3. A nova visão da justiça frente a co-culpabilidade do Estado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende trazer um paralelo entre a omissão Estatal e a grande incidência de crimes sexuais que ocorrem no Brasil mostrando que, no caso específico das favelas, esta incidência é ainda maior por conta das condições marginalizadas de seus habitantes.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a cada 11 minutos ocorre um crime sexual no Brasil. Em 2016 foram 47.646 estupros no país, sendo certo que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) indica que esses números são apenas 10% das notificações.

Esses dados se inserem ainda mais alarmantes no âmbito das favelas brasileiras. Um dos casos mais chocantes ocorreu no ano de 2016 que foi o estupro coletivo, por mais de 30 agressores, de uma adolescente de 16 anos no Morro do Barão, Zona Oeste do Rio.

Nem primeiro momento, o fato acima relatado se mostra deveras monstruoso com total subjugação aos atos ilícitos descritos e tipificados no Código Penal. Ocorre que este crime até hoje cria uma enorme divisão de opiniões, que se alarta nas redes sociais e nas redes de conversa gerando posicionamentos contrastantes, sendo determinado que o fato de a vítima ser inserida no âmbito da favela concorre para que a sociedade reconheça ou não a existência do crime.

A partir da polêmica suscitada, o presente trabalho visa provar que a ausência Estatal para essa concepção diferenciada acerca da sexualidade nos habitantes das comunidades carentes, concorrendo para o grande índice de crimes sexuais.

No primeiro capítulo será traçado um panorama sobre a sexualidade nas favelas com a abordagem dos aspectos educacionais, culturais e habitacionais dos moradores com ênfase a (des)construção da imagem feminina nestas localidades.

Segue-se analisando no segundo capítulo, como a omissão estatal é co-responsável pelo elevado número de crimes sexuais ocorridos nas favelas, permitindo a criação de um Estado paralelo que impede a aplicação da lei de forma igualitária entre os cidadãos.

Já no terceiro capítulo defende-se a necessidade do aplicador da lei reconhecer na prática a co-culpabilidade estatal devendo conceder uma atenuante genérica na dosimetria da pena do agressor para que o Estado também responda na medida em que concorreu para a sua alienação. Desta forma, cubra-se concedendo à justiça, a eficácia que dela se espera.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem válidas e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com a intenção 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 matéria em análise, realizando o ficharia na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1.A INCIDÊNCIA DOS CRIMES SEXUAIS NAS FAVELAS BRASILEIRAS.

Após a edição da lei 12.015/2009 com data de vigência de 10/09/2009, várias modificações foram introduzidas no título VI da Parte Especial do Código Penal. Foram criados, suprimidos e modificados tipos penais gerais e incriminadores no tocante aos crimes



sexuais, priorizando a proteção da dignidade sexual frente às costumes e passando a melhor atender às expectativas da sociedade brasileira.¹ A partir desta perspectiva será analisada a razão da grande incidência de crimes sexuais nas comunidades.

Para uma melhor entendimento deste tópico, necessária a análise contextualizada do contexto da sexualidade nas favelas brasileiras, abordando comportamentos socialmente inadequados que, em locais dominados pelo tráfico de drogas e sem a presença do Estado, passam a ser aceitos ou omitidos.

Vícios são os fatores que contribuem para esta constatação. A condição de miserabilidade concentrada nas favelas é um obstáculo para que os projetos habitacionais alcancem estas localidades. Os cidadãos, na maioria das vezes, coabitam em espaços mínimos, sem qualquer privacidade e sem local apropriado para as suas práticas sexuais regulares, favorecendo a banalização do sexo, “nas práticas sexuais do cotidiano, os seres humanos acumulam conhecimentos que se perfazem constantemente em ações inconscientes, realizadas de forma não intencional, mas atuante no mundo dos fatos”.² Neste sentido, condutas que comportamentos inadequados, quando repetidos, passam a ser normalmente aceitos.

A presença do tráfico de drogas como “governo” também contribui para o aumento dos crimes sexuais. Os traficantes, que são em sua maioria homens, fazem o papel de líderes nestas localidades. Não é incomum criminosos cometerem crimes sexuais e as vítimas considerem como comando lógico de uma ordem direta a ser obedecida sem alternativa. Os moradores destas comunidades encontram-se constantemente submetidos às obrigações e deveres jurídicos deste comando paralelo.

Intra aceitar a realidade vivida nas regiões dominadas pelo tráfico de drogas. A presença da polícia nesta localidade é, a qualquer custo, evitada pelos criminosos, sendo assim, a maioria das vítimas optam por não reportar os crimes sexuais sofridos às autoridades por medo de represália.

Outro fato a ser abordado é o sexo encarado como status e afirmação social. As favelas possuem um comando normativo próprio – o tráfico de drogas – sendo assim, ser abusada sexualmente pelo traficante, muitas das vezes, não é considerado pela vítima como crime, mas sim como um prêmio ou até mesmo como uma forma de ascender socialmente gerando a percepção de que “os limites da intersubjetividade dos agentes são formados pelas

¹PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, César Antônio de. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey/Paraná, 2010, p. 1.

²TERRA, José Maria; CARVALHO, Tiago Fátima de. *Justiça paralela criminologia crítica: pluralismo jurídico e (sub) cidadania em uma favela do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 23.



o ser da mesma forma que as letras e as músicas da sub-área em sua época da guerra e em sua disposição para "tegar o trâm [...]".

Inspeção se faz revelar que no advento do funk, as mensagens desrespeitosas da imagem feminina foram inicialmente feitas de forma sutil. Atualmente, é presenciado uma manifestação cada vez mais explícita com letras musicais que tratam a mulher como objeto sexual a ser usado, gerando uma concepção distinta de cidadania, comumente e oposta à cidadania estatal.

Saliente-se que as músicas que se submetem a esse contexto são as mesmas que lotam de bailes funk, esgotam o cenário as músicas que se denigrem, se vestem de modo excessivamente exibicionista, ultrapassando a sensualidade e assumindo certa vulgaridade.

Portanto, que o que era para ser uma forma de expressão cultural passou a ser uma maneira de fomentar o cometimento de crimes sexuais. Tanto que, nos bailes funk, é comum os chamados "tranzinhos", onde mulheres permitem que estribos com elas façam sexo até mesmo com uso de força e violência, mantendo formas subjetivas de vida e de felicidade.

Em virtude dos fatos mencionados, constatou-se como a omissão estatal contribui para a prática de crimes sexuais nas favelas. De acordo com Terra³ visualiza-se que "o sistema penal, de forma mimetizada, atua-se como instrumento de seleção e opressão de grupos socialmente subalternos. Em outras palavras, o Direito Penal atualmente é uma ferramenta de empoderamento dos economicamente marginalizados".

Desta forma, é notória a fragilidade e ineficácia do Direito Estatal, no combate aos crimes sexuais nos locais menos favorecidos economicamente e socialmente, exigindo dos operadores do Direito maior atenção ao aplicar a reprimenda penal, para que esta não se torne um número estatístico sem eficácia.

2. PLURALISMO JURÍDICO COMO CONSEQUÊNCIA DA OMISSÃO ESTATAL

Cabe ao Estado de Direito três funções primordiais: Executiva, Legislativa e Judiciária. A Executiva é prestada através do desenvolvimento de políticas públicas que visabilizam as necessidades básicas do cidadão, a legislativa através da elaboração de normas

³ TERRA, op. cit., p. 24.

que permitam a convivência harmônica entre os governados, e a judiciária a quem é atribuída a resolução dos conflitos.

Importante destacar que tais funções, apesar de independentes, devem comunicar-se entre si para que haja o regular funcionamento do Estado.

A exemplo do que ocorre nas favelas brasileiras, indubitável que não existe tal comunicação. A ausência do Estado nas políticas sociais dá ensejo ao surgimento de regras paralelas às do Estado, que permite que o poder decisório nestas localidades seja exercido pelo crime organizado.

Para uma melhor compreensão, importante abordar o conceito de crime organizado.

Segundo Raúl Zaffaroni⁶ o crime organizado seria, conforme segue:

[...] o conjunto de atividades ilícitas que operam no mercado, disciplinando-o quando as atividades legais ou o estado são o fator. Em termos mais precisos, sua função essencial seria a de abrigar áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado.

Segundo o conceito acima delineado, o vazio deixado pelo Estado é o principal legitimador da existência de determinados grupos que almejam o controle disciplinar e econômico de determinada região geográfica especificada, através do desenvolvimento de atividades econômicas ilegais.

Indubitável que, em se tratando das favelas brasileiras, o crime organizado se personifica através do tráfico de drogas, que é para os moradores um movimento de apoio popular inserido em situações de exclusão social. A ausência de abandono causada pelo Estado faz com que os excluídos se identifiquem com as facções em busca de alguma organização.

Cirino dos Santos⁷ ensina que:

O crime organizado funciona como discurso articulador da incapacidade política de reformas democráticas dos governos locais: a incompetência política em face de problemas estruturais crônicos de emprego, habitação, escolarização, saúde, etc. [...]

A consequência do pluralismo jurídico, no caso em específico das favelas brasileiras, é que os atos de violências praticados pelos traficantes de drogas, servem não apenas para regular essas atividades ilícitas, mas também para invadir o vazio legal e social deixado pelo Estado. Assim, faz-se concluir que a judiciária existente nas favelas brasileiras é exercida

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime Organizado": uma caracterização frustrada. In: *Discursos Subversivos* (01). Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996, p.45.

⁷ SANTOS, Juan Carlos dos. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, V.1, n.42, p.214, out./dez.2003.



pelo tráfico de drogas, que tutela interesses e racionalidades diferentes do Estado, causando comportamentos conflitantes.

Importante destacar que nas favelas há uma normatividade diferente da existente no asfalto. Os indivíduos ali inseridos possuem uma noção de cidadania, moral e direitos diferente da adotada pelos que vivem em sociedade. Por se sentirem excluídos, muitas se desviam das estruturas sociais como forma de protesto, uma maneira de afrontar o Estado opressor que os marginaliza e abandona. As diferenças sociais marcadas interferem no agir do indivíduo. A revolta que se insurge contra o Estado faz com que atos positivos como crimes sejam para alguns indivíduos, atos de heroísmo.

Estando subjugados a diferentes comandos normativos, inevitável que a visão de justiça dos indivíduos que vivem nas favelas também seja deturpada.

O conceito de justiça tem a sua origem no termo latino *justitium* e refere-se a uma das quatro virtudes cardinais (ou cardeais), aquela que é uma constante e firme vontade de dar aos outros o que lhes é devido. A justiça é aquilo que deve fazer de acordo com o direito, a razão e a equidade⁸.

A justiça do "asfalto" é exercida pelo juiz de direito e tem como suporte os princípios democráticos positivados. Aos indivíduos abandonados a uma péssima sorte que vivem nas favelas, a justiça é exercida pelo tráfico de drogas, que positiva suas normas através do ato de violência.

Há de se ressaltar que o poder conquistado pelo crime organizado nestas regiões não se dá apenas pelo uso excessivo da violência, mas também pela ajuda social que o faz com as atividades ilícitas proporcionando aos mais necessitados. As condições de sobrevivência nas favelas brasileiras em sua maioria são degradantes. Há falta de saneamento básico, educação, saúde e alimentos e, mais uma vez, a omissão estatal permite com que os traficantes de drogas reafirmem seu poder e usurpem o poder governamental do Estado.

Neste sentido, conclui-se que a ausência estatal não dá espaço somente ao pluralismo jurídico, mas também a um governo paralelo.

A problematização do pluralismo jurídico está na forma de tratamento que o Estado deve dispensar aos cidadãos como um todo. Estando os indivíduos inseridos em realidades sociais tão diferentes obedecendo a comandos legais extremamente conflitantes entre si, como o Judiciário deve proceder ao exercer seu caráter punitivo?

⁸ Disponível em: <<http://conceito.defjusticafirzz4s071q7Bls>>. Acesso em: 08 set. 2017.

As feições de olhos para esta realidade certariam os juízes aplicando a justiça? Deveria haver o reconhecimento de um constitucionalismo diversificado? Para que se rompa com esta lógica hegemônica José Luiz Quadros de Magalhães⁶ ensina:

O constitucionalismo deve partir da compreensão de um pluralismo de perspectivas, um pluralismo de filosofias, de formas de ver, sentir e compreender o mundo. A enorme dificuldade do direito moderno em reconhecer a diversidade é no contrário, a exatidão do constitucionalismo pluralizado: este constitucionalismo se constrói sobre a diversidade radical, que é sua fundamentação.

Deve-se de outro lado advertir que esta abertura democrática envolve riscos que devem ser objeto de intensos estudos pelos profissionais do direito, pois, sem todas as práticas sociais desenvolvidas nas comunidades são práticas revestidas do caráter consociatório, podendo o seu reconhecimento afrontar os princípios constitucionais.

É necessário que o Estado reveja, através de intensos estudos e debates, a forma de atuação judicial exercida, pois, não pode o risco de afronta aos princípios constitucionais justificar que a lei seja aplicada de forma mecânica. A lei é o clamor da sociedade codificado e estando a sociedade em eterna mutação mister se faz ver a aplicação daquela na prática.

Detalhadamente, nas palavras de José Maria Terra e Thiago Fabre de Carvalho⁷:

Atravessar linhas abissais, sobre abismos constitucionais, reconstruir o edifício dos Direitos Humanos são ações que exigem de fato coragem, pujança e comprometimento. Entretanto, pronunciar inerte diante da ação legislativa de exclusão e opressão do Direito constitucional moderno exige uma coragem ainda maior, a de assumir toda responsabilidade diante da inércia, que é faticamente uma renúncia de socorrer às vozes que clamam por auxílio do outro lado das linhas abissais.

Sendo assim, necessária uma profunda análise sobre se a justiça está sendo eficiente em igualar ou designar ou se está sendo somente um instrumento conciliador que retira os excluídos das fileiras para continuar os excluindo nas prisões.

⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador*. – Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2011/11/002-reflexoes-sobre-o-novo.html>. Acesso em: 08. Set. de 2017.

⁷ TERRA, op. cit., p. 47.



3. A NOVA VISÃO DA JUSTIÇA FRENTE À CO-CULPABILIDADE DO ESTADO NO CASO DAS FAVELAS.

Conforme falado nos capítulos anteriores, alguns moradores de comunidades, por uma condição de exclusão social, possuem uma noção de cidadania desvirtuada, o que comporta a responsabilização indireta do Estado no agir destes indivíduos.

O principal objetivo em prever a co-culpabilidade do Estado na prática de crimes é conferir uma divisão de culpas para que seja aplicada uma igualdade formal e material entre os indivíduos, a fim de diminuir as desigualdades sociais, conforme ensina Moura¹¹:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Neste sentido, comprovada a co-culpabilidade do Estado na prática de crimes surge a indagação de como seria na prática a aplicação deste princípio.

Não obstante esta tese não estar diretamente positivada e nem ser aceita pelas tribunais superiores brasileiros, é possível vislumbrar o respaldo legal concreto de uma incidência pela análise de três princípios constitucionais: Princípio da Igualdade, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Individualização da pena.

O Princípio da igualdade, segundo a literalidade do art. 5º, caput da CRFB, é a igualdade de todos perante a lei.

Já o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana resculpido no art.1º, III da CRFB, segundo Sarlet¹² "apenas estará assegurado quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade".

Já o princípio da individualização da Pena segundo Nelson Hungria¹³ é "retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso."

Pela análise conceitual dos três princípios constitucionais acima expostos, observa-se que, a responsabilização criminal equânime, entre um indivíduo que comete o

¹¹ MOURA, Gárgem. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 64.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev. atual. ampl.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 311.

¹³ LUISI apud EDKGRIA, Nelson. *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.ed., 2003, p. 52.

mesagem do Estado e um indivíduo "civilizado", vai de encontro a estes três Princípios Constitucionais.

Ante o raciocínio acima exposto surge a pergunta: é possível a punição do Estado em conjunto com o indivíduo? A resposta imperiosamente se mostra negativa, pois inviável a punição de quem não tenha praticado algum fato típico, antijurídico e culpável.

Entretanto, não seria justo o indivíduo que, devido à emissão estatal, tenha uma capacidade de discernimento reduzida, fosse punido de forma matemática sendo submetido ao cossendo frio da letra da norma.

Para Greco¹⁴:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinados infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Confronta com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, passando estradas de viários ou chorando em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado está no prepasso e os qualifica para que possam trabalhar, que vivem a mendigar por um pedaço de comida, que fazem uso da bebida alcohólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apontar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.

Ao poder judiciário cabe a aplicação da medida coercitiva ao indivíduo que comete crimes, sendo assim, também caberá ao juiz a divisão da responsabilidade sancionada por Rogério Greco aplicando a atenuante genérica prevista no Código Penal¹⁵ "art.66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei."

Neste sentido, forçoso concluir que a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 66, do Código Penal mostra-se a medida mais adequada a ser tomada nos casos de co-culpabilidade do Estado no cometimento de crimes já que segundo Batista¹⁶: "em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade/Estado que os produziu."

Não obstante o raciocínio desenvolvido trazer uma noção de justiça e eficiência, nossos tribunais ainda encontram resistência em aplicar o princípio da co-culpabilidade como forma de atenuante genérica.

A escusa do poder judiciário em aplicar a referida teoria seria no sentido de falta de previsão legal no ordenamento jurídico. Ocorre que, se não há previsão, também não há impedimento, pelo que o poder judiciário poderia utilizar-se dos métodos hermenêuticos de

¹⁴GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 73.

¹⁵BRASIL. *Código Penal brasileiro*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Def2843compilado.htm. Acesso em: 24. Set. de 2017.

¹⁶BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revistas, 1990, p. 50.



interpretação das leis para aplicação da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal.

A lei é uma regra obrigatória, coercitiva, elaborada pelo poder legislativo com força vinculativa aos seus aplicadores. Entretanto, esta noção de “justiça matemática” instituída pelo *civil Law* já está ultrapassada, devendo o poder judiciário se aproximar das realidades dos seus jurisdicionados para uma maior abrangência da justiça.

Sendo a desigualdade social tão evidente nos casos das favelas brasileiras, certo é que o poder legislativo já deveria ter elaborado norma neste sentido, provando mais uma vez a omissão estatal para com os seus governados.

Importante destacar que não se pretende com o presente artigo dizer que o livre arbítrio nas atitudes de quem comete crimes é unicamente responsabilidade do Estado. Devemos dividir essa responsabilidade e utilizar atenuantes para as condutas desses cidadãos desprovidos do cumprimento das obrigações estatais.

O Estado brasileiro nos quer fazer crer que não tem culpa na onda de violência que assola nosso país, quando sabemos que a corrupção corrói todo o sistema Estatal tirando dos indivíduos os seus direitos mais fundamentais como nas ilustres palavras de Grégoire Moreira de Moura¹⁷:

Em contrapartida, o Estado também quebra o contrato social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana. Portanto, a co-culpabilidade nada mais é do que o reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, devendo, desta feita, assumir essa “inadimplência” reconhecendo a co-culpabilidade.

Ante o exposto, a conclusão é que a justiça brasileira deve reconhecer o princípio da co-culpabilidade do Estado mesmo que para isso reconheça o fracasso deste.

Aplicar a atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal quando da ocorrência de crimes sexuais praticados por indivíduos alienados socialmente, que tenham sua capacidade de discernimento reduzida, com a possibilidade de desenvolvimento de projetos educacionais acerca da sexualidade, seria o reflexo de uma justiça mais justa.

¹⁷ Consultor Jurídico. Estado deveria assumir co-culpabilidade pelos crimes. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-fev-21/america-pesos-diminuiria-estado-reconhecesse-parte-culpa> >. Acesso em: 23 set. 2017.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve o escopo de averiguar como a omissão Estatal contribui para a grande incidência de crimes sexuais no âmbito das favelas brasileiras.

Fruto de muita pesquisa e reflexão, este artigo constatou que devido em parte à omissão Estatal, existe uma sexualidade exacerbada nas favelas que tem como “doença” a banalização do sexo e como “síndrome” a grande ocorrência de crimes sexuais.

No primeiro capítulo, foi traçada uma contextualização da vida sexual existente nas favelas, com atenção especial à contribuição do Estado para as condições subumanas vividas por alguns moradores. Foi detectada a falta de habitação, educação, saúde dentre outras necessidades básicas essenciais para o exercício da cidadania, que reflete diretamente na devirização do comportamento diferenciado dos praticados pela sociedade.

Justa ressaltar que a ideia central do primeiro capítulo foi trazer como a imagem feminina é (des)construída nas comunidades carentes. Através da análise do Funk, que é sem dúvida a maior expressão cultural das favelas, foi fácil constatar que em suas letras as mulheres são tratadas como objeto sexual, em contraste com todo o esforço da sociedade contemporânea, que visa o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos em igualdade com os homens.

Quanto à questão desenvolvida no segundo capítulo vislumbra-se que foi descontinuada a existência de uma justiça paralela exercida pelo crime organizado nas favelas brasileiras, que cria nos habitantes das referidas comunidades uma confusão se o comando normativo a seguir seria o do “Estado Oficial” ou do “Estado paralelo” em que vive de fato inserido. Esta reflexão fez o autor perceber a necessidade do Estado também ser responsabilizado por tais comportamentos, já que a realidade vivida pelo agente é completamente diferente da qual ele teria direito se o Governo cumprisse os preceitos da CRFB.

Em complemento às tratativas do primeiro e segundo capítulos, no terceiro foi sugerida a aplicação de uma atenuante genérica a ser dada nas sentenças judiciais aplicadas aos cidadãos que se encontram as margens da sociedade, sendo uma forma de o Estado reconhecer sua co-culpabilidade em face de determinadas condutas praticadas por seus jurisdicionados, e atuar com as devidas consequências na proporção em que concorreu para o fato.

Digo acreditar que o autor não sugere a “inocência” e conseqüente absolvição do agente que cometeu um ato ilícito de cunho sexual, mas, pretende sinalizar para a co-



responsabilização do Estado que de forma omissiva tira parte da capacidade de discernimento do indivíduo.

Ficou evidente assim, que a intenção do autor foi promover uma reflexão sobre a eficácia da justiça que muitas das vezes fecha os olhos para a "distorção social" evidente encontrada nos fatos das favelas brasileiras.

Neste sentido, no decorrer deste trabalho, foi constatado que o motivo do elevado número de crimes sexuais ou até mesmo condutas sexualmente inapropriadas ocorrido nas favelas brasileiras é devido, em parte, à omissão do Estado que nega os ali inseridos não fornecendo educação, moradia, saúde dentre outras necessidades básicas impedindo, assim, o exercício da cidadania em seu conceito amplo.

A tese sugerida pelo autor é a co-responsabilização do Estado em conjunto com o autor do fato criminoso de abuso sexual, quando constatada a marginalização social vivenciada pelo indivíduo.

Por fim, defende a aplicação da atenuante genérica lastreada no art.66 do Código Penal Brasileiro como forma de compensar o indivíduo esquecido pelo Estado, e a criação de políticas educacionais para combater a banalização do sexo e o respeito à dignidade da mulher nas favelas brasileiras.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Gabriel Adams Castelo Branco de. *O discurso e a construção da imagem feminina no funk*. Disponível em <file:///D:/Área%20de%20Trabalho/O%20DISCURSO%20E%20A%20CONSTRUÇÃO%20DA%20IMAGEM%20FEMININA%20NO%20FUNK%20_Banco%20de%20Arção%20_%20Culores%20de%20Carpões%20na%20Geração%20em%20Letras.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. Renovar, 1990.

BRASIL, *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 07 mar. 2017.

_____. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07. Mar. 2017.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06. mar. 2017.

Conceito de justiça. Disponível em: <<http://conceito.dejustica#ixzz4sU71q7BE>> . Acesso em: 08. set. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. *Estado deveria assumir co-culpabilidade pelos crimes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-21/muereo-presoos-diminuira-estado-reconhece-o-parto-culpa>. Acesso em: 23 set. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

LOISI apud HUNGRIA, Nelson. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador*. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2011/11/802-reflexões-sobre-o-novo.html>. Acesso em: 08. Set. 2017.

MODRA, Geórgio. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carlos Antônio da. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey/Panal, 2010.

SANTOS, Benvenuta de Souza. *O direito das oprimidos*. V. 1. São Paulo: Alameda. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. V.1, n.42, p.214, out./dez. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev. atual. ampl.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TERRA, José Maria; CARVALHO, Thiago Roberto de. *Justiça paralela criminologia crítica: pluralismo jurídico e (sub) cidadania em uma favela do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. "Crime Organizado": uma caracterização frustrada. In: *Discursos Sediciosos (01)*. Rio de Janeiro: RehanaDomusá, 1996.



CONFLITOS QUE ENVOLVAM PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO: A TRANSACIONABILIDADE DOS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Felipe Bastien Lopes

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduado em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Servidor Público do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a utilização dos meios consensuais pela Administração Pública, a fim de buscar a efetivação do interesse público, enseja diversas questionamentos no que tange aos direitos indisponíveis. A essência do presente trabalho é demonstrar a legitimidade da utilização dos meios de autocomposição pela Administração Pública, inclusive quando o objeto se tratar de um direito indisponível, de modo que o resultado obtido será a própria tutela do interesse público. Será dada ênfase à necessidade da devida fundamentação, no intuito de evitar desvios por parte do administrador.

Palavras-chave – Direitos Administrativos. Direitos Indisponíveis. Transigibilidade.

Sinopse – Introdução. 1. Indisponibilidade do Interesse Público: Uma Análise Fantada na Transigibilidade dos Direitos Indisponíveis. 2. Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos. 3. Operacionalização dos Meios Consensuais Envolvendo Entes Públicos: Alterações Legislativas Pertinentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a polêmica sobre a possibilidade de transação dos direitos indisponíveis em situações de conflitos que envolvam pessoas jurídicas de direito público. Procura-se demonstrar em contexto em que a mediação e a arbitragem têm ganhado cada vez mais importância na solução dos conflitos.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a apresentar destaque ao advento das Leis nº 13.140 e nº 13.129 (que alterou a L. nº 9.307), que tratam da autocomposição, sobretudo envolvendo a Administração Pública.

Essa situação, no entanto, envolve relevante discussão e desperta as seguintes reflexões: até que ponto os direitos indisponíveis admitem transação? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que seria benéfico ao interesse público a sua disponibilidade em situações específicas?

O tema sempre foi controverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, nessa vez que a tendência nos Estados modernos é a sua desjudicialização, a fim de conferir a tutela mais eficaz dos direitos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar de forma breve o conceito de interesse público e compreender como foi construída a ideia de indisponibilidade em contexto histórico. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para o desafogamento do Poder Judiciário em razão da composição dos conflitos.

O primeiro capítulo inicia abordando a indisponibilidade do interesse público, mas é dada ênfase à transigibilidade em situações que o direito é indisponível. Apresenta-se a repercussão do assunto na jurisprudência dos tribunais superiores, bem como são destacadas as posições doutrinárias que se debatem sobre o tema.

O segundo capítulo do trabalho destina-se a abordar os meios consensuais de solução de conflitos envolvendo Entes Públicos no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de saber se existe o dever de avaliar a possibilidade de transação em todo e qualquer litígio de que faça parte a Administração Pública.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, a operacionalização dos meios consensuais envolvendo entes públicos com a apresentação de propostas de alterações legislativas pertinentes. Esse capítulo aborda a importância da devida fundamentação no intuito de evitar desvios de finalidade por parte do administrador público.

Dentre os métodos e técnicas utilizados para a elaboração do trabalho, destacam-se o método teórico hipotético, a pesquisa doutrinária, bem como o estudo e a análise de casos jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de forma predominante da bibliografia pertinente à temática em foco.



1. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE PACTADA NA TRANSGIBILIDADE DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Inicialmente, cumpre destacar o recente advento da Lei n° 13.140¹, de 26 de junho de 2015, cuja análise será o norte do trabalho. A referida lei, que teve *vacatio legis* de 180 dias e entrou em vigor no dia 26 de dezembro de 2015, trata sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Neste íterim, é relevante mencionar a lição dada por Iván Aparicio Ruiz² sobre o assunto:

A mediação é um meio extrajudicial de solução de conflitos de interesses. Costuma ter caráter confidencial e a responsabilidade pela construção das decisões cabe às partes envolvidas. É um meio autocompositivo de resolução de conflitos, uma vez que a solução é alcançada pelas próprias partes, amigavelmente. Consiste em uma técnica, mas também para a solução de conflitos de interesses. Nesse sentido, no entanto, há a presença de um terceiro, chamado de mediador, imparcial e neutro, que atua dentro. O mediador age no sentido de aproximar as partes, mostrando a elas o que é a mediação, as suas vantagens, auxiliando-as no sentido de que encontrem a melhor solução.

Assim, cabe ao mediador intermediar de forma neutra as questões em debate e buscar por um diálogo entre os envolvidos, com a finalidade de que alcancem a solução consensual.

Nossa agenda, antes do aprofundamento necessário, é importante fazer considerações sobre o consagrado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que é tido pela doutrina clássica³ como um pilar no Direito Administrativo brasileiro. A doutrina moderna, entretanto, expõe o princípio da supremacia do interesse público e traz argumentos bem fundamentados.

Conforme o administrativista Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴, o interesse público, numa sucinta explicação, pode ser dividido em duas categorias: a) interesse público primário, relacionado à satisfação das necessidades da coletividade, como por exemplo segurança, saúde e justiça; e b) interesse público secundário, relacionado aos interesses do

¹ BRASIL. Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

² RUIZ, Iván Aparicio. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: CASSELLA, Paulo Borber; SOUZA, Luciano Moraes de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 287.

³ MISILO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 20.

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 35.

próprio Estado, primordialmente ao exército, considerando as atividades administrativas direcionadas de forma a instrumentalizar tal interesse.

Destarte, pode-se distinguir o interesse público relacionado ao interesse da coletividade do interesse da Administração Pública.

Ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau⁵ pondera que muitas vezes a não utilização da autocomposição pela Administração Pública, que fica evidenciado diante da utilização de recursos judiciais meramente protelatórios, busca o benefício exclusivo da Administração ao que tangge ao seu próprio interesse patrimonial, o que retarda o cumprimento de suas obrigações mesmo diante de direitos flagrantemente legítimos do particular. Tal situação não se coaduna com um Estado democrático de direito quando feita reflexão crítica da pretensão estatal, pois muito se assemelha ao instituto da litigância de má-fé no direito processual civil, bem como demonstra falta de boa-fé quando analisado o núcleo do debate.

Não obstante, muitas vezes a autocomposição pode se apresentar como a melhor opção para a Administração Pública, mesmo diante de um direito indisponível, quando atende, ao mesmo tempo, o interesse público primário e secundário. Como exemplo, pode-se citar um caso em que o direito do particular é evidente, mas a resistência da Administração em âmbito judicial aumentará ainda mais o débito com a incidência de juros e correção monetária.

Nesta senda, verifica-se a decisão prolatada em 21 de junho de 2002, no Recurso Extraordinário nº 253.885/MG⁶, da lavra da Ministra Ellen Gracie Northfleet, cuja ementa segue abaixo:

Podex Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mere gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses vinculados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, somente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à utilização deste interesse.

Assim, considerando a problemática apresentada, sustenta-se atualmente na doutrina que incide a supremacia de forma abstrata do interesse público sobre o privado. Segundo

⁵ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista de Escola Paulista de Magistratura*, v. 3, nº 2, jul./dez. 2002, p. 57-58.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Federal. RE nº 253.885/MG. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/viz/DiarioProcesso.asp?numDj=117&dataPublicacaoDj=21/06/2002&in cidate=1775410&codCapitulo=5&numMateria=2041redMateria=2>>. Acesso em: 25 out. 2016.



Rafael Oliveira⁷, exigir-se-ia uma ponderação de interesses para a resolução dos conflitos, sob os seguintes argumentos: i) a Constituição da República também protege a esfera individual contra o poder estatal; ii) o conceito indeterminável de “interesse público” prejudicaria a segurança jurídica; iii) o interesse público é indissociável do privado, vez que o último estaria incluído nas próprias finalidades do Estado.

Apresenta-se, então, superada a posição clássica em Direito Administrativo⁸ no sentido de que o princípio da indisponibilidade do interesse público impediria a conciliação, a arbitragem ou a mediação. O artigo 32, da Lei n° 13.140⁹, além de antecizar, incentiva que a Administração Pública resolva conflitos por meio da conciliação e mediação, *verbis*:

O art. 32: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar órgãos de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I - discutir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III - promover, quando cabível, a celebração de termo de ajustamento de conflitos.

Hodiernamente, justifica-se também a aplicação da autocomposição pelas Entes Públicos em razão do princípio da duração razoável do processo, visto ser um dever do Estado adotar os meios mais célere tanto no âmbito administrativo quanto judicial, ao invés de partir de uma premissa equivocada de que o Poder Público não cometeria erros e seus atos devem ser defendidos. Sugere Luciano Moraes de Souza¹⁰ que deve ser feita uma análise fática e jurídica do ato do particular a fim de identificar, de forma responsável, as situações em que transigir é conveniente ou até mesmo obrigatória.

Conforme o entendimento da referida autora¹¹, o dever de transigir, então, decorreria da aplicação do princípio da eficiência e do princípio da proporcionalidade, que sempre deveria orientar a atuação do Estado. Desta forma, a atuação estatal deve se dar de modo menos oneroso aos cofres públicos e deve provocar o menor sacrifício aos interesses legítimos do cidadão.

⁷ OLIVEIRA, opus citatus, p. 35.

⁸ MIBELLE, Eddy Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros. 32. ed. São Paulo, 2006. p. 103.

⁹ BRASIL. Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

¹⁰ SOUZA, Luciano Moraes de. *Méios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 174 - 175.

¹¹ *Ibidem*, p. 174 - 175.



Na esfera do raciocínio acima exposto, verifica-se o acórdão proferido no Recurso Especial nº 11.308¹², da lavra do Ministro Luiz Fux, à época ainda no Superior Tribunal de Justiça, cujo conteúdo segue no trecho abaixo transcrito:

O Estado, quanto a esta sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a eximir-se de sua responsabilidade ao fim de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, perseguir o mero interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando inconspicuentemente à custa do dano aliciado. (...) Destarte, é assente em doutrina e na jurisprudência que indispensável é o interesse público, e não o interesse da administração.

Segundo o julgado acima, ao optar pela auto-composição, o Poder Público não está transigindo com o interesse público, tampouco abdicando mão de instrumentos de defesa dele, mas optando pelo meio mais hábil para defendê-lo. Conclui o acórdão no sentido de que o interesse público não deve ser confundido com o mero interesse da Administração, pois o interesse público está aplicação da lei e deve buscar a justiça.

Por fim, Alexandre Santos de Aragão¹³ asserve que, atualmente, identifica-se o interesse público como uma satisfação dos interesses dos cidadãos. Antes tidos como potencialmente antagônicos, hoje passam a ser vistos como reciprocamente identificáveis.

2. MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS

O aumento da judicialização dos conflitos e sua repercussão social¹⁴ demonstram a necessidade da implementação de meios alternativos como instrumentos para alcançar solução eficaz, momento diante da insuficiência dos meios tradicionais de resolução das controvérsias.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 11.308. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC#sequencial=3891216&mon_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 out. 2016.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público. *Contrapontos*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Atos públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-5.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/10/b3f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.



Entretanto, algumas dificuldades podem ser apontadas inicialmente para a aplicação dos meios consensuais à Administração Pública, como por exemplo, a resistência cultural, a indisponibilidade do interesse público, o dever de publicidade e a disponibilidade do poder, renda e conhecimento dos conciliadores.

Não obstante, Antonio Rodrigues de Freitas Júnior¹³ trata sobre desigualdade entre os sujeitos apontada como suposta objeção à mediação. Segundo concluiu o autor, “as relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportam intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta”. Ademais, Freitas Jr. observa que é justamente a intervenção do mediador que traz a igualdade entre os litigantes, pois a aplicação de técnicas próprias da mediação permitirá o tratamento desigual adequado e de forma justa, de modo que a consequência será justamente o equilíbrio intersubjetivo.

No que tange à transigibilidade do direito indisponíveis, Luciano Maccari de Souza¹⁴ locutura que os parâmetros legais devem ser levados em consideração durante a construção do acordo. Por outro lado, nos direitos disponíveis a liberdade para levar em conta os critérios legais é absoluta. Ainda, segundo a autora, a mediação é o método de solução de conflitos mais adequado a ser aplicado às disputas envolvendo o Poder Público, pois os problemas são administrados de forma produtiva e devendo ser feita a opção pela abordagem simples e uma prática pedagógica e transformativa.

Sobre a indisponibilidade, pode ser analisada também a Medida Provisória nº 703¹⁵, de 18 de dezembro de 2015, que chegou a alterar a Lei nº 12.846 /13 para dispor sobre acordos de leniência e tratar de hipóteses de exclusão da responsabilidade penal, bem como alterou o art. 17, §1º, Lei 8.429/92 para passar a permitir que a transação verifique sobre atos de improbidade administrativa. Entretanto, a referida medida provisória teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29 de maio de 2016, visto que não convertida em lei. Tal modificação demonstra que a indisponibilidade muitas das vezes não passa de uma opção legislativa.

¹³ FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLIS, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 524.

¹⁴ SOUZA, Luciano Maccari de; OLIVEIRA, Igor Lima Guetterman de (Org.). *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 28 - 32.

¹⁵ BRASIL. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015MPv703.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

No que diz respeito ao objeto da transação, antes do advento da Lei de Mediação Geisa de Assis Rodrigues¹⁸ sustentou que “deve abrangar todo aquilo que seja possível alcançar no caso de eventual julgamento de procedência de ação civil pública”. Assim, segundo a doutrina, outro critério deve ser dado à indisponibilidade, visto que ao transigir, apenas são definidos prazos, lugar, condições e forma de cumprimento¹⁹. Assim, não há que se falar em comprometimento do interesse público.

É importante ressaltar a necessidade da devida regulamentação acerca da solução consensual de conflitos envolvendo entes públicos, a fim de ser evitado que tal mecanismo seja utilizado como ferramenta que legitime irregularidades ou abusos.

3. OPERACIONALIZAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS: ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PERTINENTES

Preliminarmente, o texto aprovado da Lei nº 13.140/2015 merece críticas, tendo em vista que, embora a motivação não seja requisito ou elemento do ato administrativo, a não exigência desta para os acordos em mediação celebrados por entes públicos pode dar margem a tratativas que lesionem propositalmente o interesse público.

Nesta senda, a falta da devida fundamentação prejudicará notadamente o princípio da publicidade e a segurança jurídica, proporcionando “facilidades” para a prática de atos ilícitos, dificultando substancialmente a fiscalização pelos órgãos competentes.

Sobre assunto, Luciana Moessa de Souza²⁰ comentou a novel legislação, dando ênfase à crítica, conforme a seguir transcrevo:

Não se pode pensar que a mediação de conflitos, ao invés de ser um caminho para a resolução de forma rápida, eficiente e com maior qualidade, por ser sempre fundamentada em fatos devidamente apurados e nas normas jurídicas aplicáveis, torne-se, lamentavelmente, a nova semente para a prática de atos de corrupção neste país.

¹⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e teoria de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 176.

¹⁹ *Ibidem*, p. 236.

²⁰ SOUZA, Luciana Moessa de. *Novela lei de mediação traz avanços no setor privado e retrocessos no público*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-21/luciana-moessa-lei-mediacao-acerta-privado-erro-publico>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

Não se pode olvidar o atual cenário político brasileiro, fortemente ligado aos noticiários relacionados a grandes escândalos de corrupção²¹. Assim, mostra-se muito relevante a preocupação demonstrada, sendo mais que devida a cautela.

Não obstante, a mediação de conflitos consiste num método muito apropriado para a resolução de conflitos envolvendo entes públicos. Além da capacitação dos mediadores, deve ser dado destaque à ética, principalmente em razão do provável desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Como diretrizes a serem adotadas, destacam-se algumas sugestões: a) deve ser feita uma avaliação de riscos de sucumbência pelo Poder Público quando puder ser demandado, a fim de verificar chances de êxito na ação; b) o Poder Público deve reconhecer a procedência do pedido quando demandado, assim como não interpor ou desistir do recurso nos casos em que a matéria seja incontroversa, conforme parecer de um comitê de avaliação de risco e do advogado da causa; c) deve ser realizada a tentativa de celebração de transação no que tange à matéria controversa, sempre que se verificar risco expressivo de perda; d) deve ser previsto o dever de fundamentar a transação, bem como o dever de expor os motivos da não realização de uma celebração; e) a responsabilização do advogado público e de sua chefia imediata pelas perdas decorrentes da ausência de tentativa de celebração de transação nos casos em que seriam sido altamente recomendáveis.²²

No que tange à avaliação de risco de sucumbência pelo Poder Público, devem ser verificadas as chances de êxito na ação a ser proposta, a fim de que haja o comportamento estatal esperado, ou seja, caso provável o êxito, deve ser proposta a celebração do acordo com o intuito de acelerar a promoção do interesse público. Do contrário, caso provável a sucumbência, da mesma forma deve ser proposta a transação, considerando que o interesse público também é alcançado com o comportamento adequado e esperado de um Estado de direito, pois não é dado ao Poder Público agir em desconformidade com a pretensão legítima do administrado.

Pelos mesmos motivos acima expostos, o Poder Público deve reconhecer a procedência do pedido quando demandado, bem como não interpor ou desistir do recurso nos casos em que a matéria seja incontroversa.

²¹ TALENTO, Agnir. Novo escândalo permite abertura de inquérito contra Temer. *Revista Época*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/05/novo-escandalo-permite-abertura-de-inquerito-contra-temer.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²² SKRZA, Luciana. *Méios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 227 - 228.

No que diz respeito à matéria controversa, ou seja, aquela sobre a qual se possa divergir, neste caso também deve ser realizada a tentativa de celebração de transação no intuito de justamento de promover o interesse público, tendo em vista que perdas podem ser minimizadas e eventual sucesso da demanda que seria demandado pode ser acelerado diante de uma mediação eficaz.

Relevante também se mostra o dever de fundamentar a transação, bem como o dever de expor os motivos da não realização de sua celebração, protegendo assim principalmente os princípios constitucionais da impessoalidade, da eficiência e da publicidade, dando azo inclusive à fiscalização pela sociedade e pelos órgãos competentes para o combate à corrupção e investigação de atos ímprobos.

Já a responsabilização do advogado público pelas perdas decorrentes da ausência de tentativa de celebração de transação nos casos em que teriam sido altamente recomendáveis, esta poderá minimizar as perdas decorrentes do processo judicial, considerando que o profissional passaria a atender a seu dever funcional, inibindo, assim, uma omissão, além de fomentar a aplicação do meio consensual.

Por fim, percebe-se que com frequência é invocado o princípio da indisponibilidade, bem como o princípio da supremacia do interesse público para justificar a não aplicação dos meios consensuais de resolução dos conflitos. Entretanto, os mesmos princípios também são utilizados a fim de praticar atos contrários à ordem constitucional democrática e marcar atos ilícitos. Por longo período, os meios consensuais foram vistos com reservas em razão das inúmeras irregularidades praticadas pelos administradores públicos. Tal cenário não pode justificar a não aplicação de um instituto que qualifica o interesse público.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, foi verificada a possibilidade de utilização dos meios de autocomposição pela Administração Pública, notadamente no que diz respeito aos direitos indisponíveis.

Foi observado que os bens e o interesse público são, em regra, indisponíveis, porque pertencem à coletividade. No entanto, também foi ressaltado que há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, principalmente quando a solução adotada pela Administração em autocomposição atenderá melhor ao próprio interesse público.



Nesta senda, asseverou-se que ao optar pela autocomposição, o Poder Público não estaria, em tese, transigindo em relação ao interesse público, nem abdicando de instrumentos para a defesa deste, mas sim optando pelo meio mais hábil em defendê-lo.

Assim, ressaltou-se que o interesse público não deve ser confundido com o mero interesse da Administração, pois o interesse público propriamente dito está na aplicação da lei e no dever de buscar a justiça.

Outra justificativa apresentada para a aplicação da autocomposição pelos Entes Públicos se dá em razão do princípio da duração razoável do processo, visto ser um dever do Estado adotar os meios mais celeres tanto no âmbito administrativo quanto judicial, ao invés de partir de uma premissa equivocada de que o Poder Público não cometeria erros e seus atos deveriam ser defendidos em toda e qualquer ocasião.

Outrossim, apontou-se que o dever de transigir também decorre da aplicação do princípio da eficiência e do princípio da proporcionalidade, visto que casos sempre devem refletir a situação do Estado. Desse modo, a situação estatal deve se dar de modo menos oneroso aos cofres públicos e provocar o menor sacrifício aos interesses legítimos do cidadão.

Identificou-se no decorrer do trabalho que atualmente o interesse público deve ser tido como uma satisfação dos interesses dos cidadãos. Se anteriormente foram tidos como potencialmente antagônicos, passaram a ser vistos como reciprocamente identificáveis.

Alguns obstáculos de ordem política à autocomposição foram abordados. No que se refere à desigualdade entre os sujeitos conflitantes, destacou-se que a esta suposta objeção tornaria impossível considerar as relações intersubjetivas concretas.

No que tange à transigibilidade de direitos indisponíveis, foi dada ênfase à necessidade de serem observados os parâmetros legais durante a construção do acordo. Além disso, a mediação foi apontada como o método de solução de conflitos mais adequado a ser aplicado às disputas envolvendo o Poder Público, pois os problemas são administrados de forma produtiva e pode ser feita numa abordagem ampla.

Em relação à nova Lei de Mediação em 2015, esta recebeu algumas críticas. Salientou-se que não houve previsão legal a exigência de motivação para os acordos em mediação celebrados por entes públicos, o que pode dar margem a tratativas lesivas ao interesse público. Ademais, restaram comprometidos os princípios elencados no artigo 37 da Constituição da República, pois a falta da devida fundamentação prejudica o princípio da publicidade e a segurança jurídica.

Conforme exposto no presente artigo, o Poder Público deveria avaliar as chances de êxito em eventual demanda judicial, e, em seguida, adotar o comportamento estatal esperado,

ou seja, em caso de provável o êxito, deveria ser proposta a celebração do acordo com o intuito de alcançar a satisfação do interesse público. Caso provável a reconhecença, ainda assim deveria ser proposta a transação, considerando que o interesse público também é alcançado com o comportamento adequado e esperado de um Estado de direito, pois o Poder Público não deve agir em desconformidade com uma pretensão legítima do administrado.

Igualmente, caso já ajuizada a demanda em face do Poder Público, este deveria reconhecer a procedência do pedido quando demandado, bem como não interpor ou desistir do recurso nos casos em que a matéria não é incontroversa.

No que diz respeito à matéria controversa, ou seja, aquela sobre a qual se partem divergências, neste caso também deveria ser realizada a tentativa de celebração de transação no intuito de ajustamento de efetivar o interesse público, tendo em vista que perdas podem ser minimizadas e eventual sucesso da demanda que seria demandada pode ser acelerado diante de uma mediação eficaz.

Foi tratada a relevância do dever de fundamentar a transação, bem como o dever de expor os motivos da não realização de sua celebração, de forma a homenagear os princípios constitucionais da impessoalidade, da eficiência e da publicidade.

Por fim, percebe-se que com frequência é invocado o princípio da indisponibilidade, bem como o princípio da supremacia do interesse público para justificar a não aplicação dos meios consensuais de resolução dos conflitos. Entretanto, os mesmos princípios também são utilizados a fim de praticar atos contrários à ordem constitucional democrática e mascarar atos ilícitos. Por longo período, os meios consensuais foram vistos com reservas em razão das inúmeras irregularidades praticadas pelos administradores públicos. Tal reserva não pode justificar a não aplicação de um instituto que enaltece o interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/L13140.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. *Medida Provisória nº 703*, de 18 de dezembro de 2015. Disponível em:



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Federal. *RE n° 253.885/MG*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/vizDiarioProcesso.asp?numDj=117&dataPublicacaoDj=21/06/2002&incidente=1775410&codCapitulo=5&numMateria=20&codMateria=2>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS n° 11.308*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www2.stj.jus.br/procesos/revista/documento/modiuladof?componente=ATC&sequencia=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDP>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contrudo/arquivos/2016/10/b846b3d8d8f344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. *Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz*. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, v. 3, n° 2, jul./dez. 2002.

MERELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros. 32. ed. São Paulo, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Bezade. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RUIZ, Ivan Aparecido. *A mediação no direito de família e o acesso à justiça*. In: CASSELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciene Menezes de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, Luciene Menezes de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Novo lei de mediação traz avanços no setor privado e retrocessos no público*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-21/luciene-novessa-lei-mediacao-accita-privado-eca-publico>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

_____; OLIVEIRA, Igor Lima Goettschuer de (Org.). *Resolução consensual de conflitos colativos envolvendo políticas públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

TALENTO, Agnate. *Novo escândalo permite abertura de inquérito contra Tenor*. *Revista*



Época. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/05/novo-candidato-permite-abertura-de-inquestao-contra-tomaz.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.



A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 318, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA A SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR PARA OS CUIDADOS ESPECIAIS DE PESSOA IDOSA COM DOENÇA DE ALZHEIMER

Felipe Costommi Fraga

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – Diante das mudanças no perfil etário brasileiro, da incidência da doença de Alzheimer em pessoas idosas e da proporção de presos provisórios na população prisional, surge a situação-problema deste artigo científico: a hipótese em que o agente preso provisoriamente é indispensável aos cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer. Em tal caso, em tese, é possível aplicar o artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal. O objetivo deste artigo é refletir acerca dos princípios e bens jurídicos envolvidos nessas situações: até que ponto os cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer podem se sobrepor à prisão provisória? Quais são os elementos fáticos marcantes para orientar a decisão quanto à aplicação da prisão domiciliar substitutiva? Sobretudo, debate-se como pode o Juízo garantir os fins cautelares do artigo 312, do CPP, sem descuidar das necessidades da pessoa idosa com doença de Alzheimer. Noutro giro, como o Juízo pode garantir a adequada substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar sem converter o permissivo do artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal, em um indevido meio de esvaziamento da segregação cautelar.

Palavras-chave – Processo Penal. Prisão Preventiva. Prisão Domiciliar.

Sumário – Introdução. 1. O cuidado de pessoa idosa com doença de Alzheimer conforme a sistemática do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e o artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal. 2. A ponderação entre os fins cautelares do artigo 312, do Código de Processo Penal e a necessidade de prisão domiciliar para o provimento de cuidados especiais à pessoa idosa com doença de Alzheimer. 3. A aplicação da prisão domiciliar do artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal: premissas fáticas e a sua relevância para a determinação da providência acustelatória – o binômio necessidade-adequação e os elementos de cognição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico aborda a possibilidade de aplicação do artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal (CPP), com o fim de substituir prisão preventiva por prisão domiciliar para os cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer. Enfrenta-se o tema a partir dos parâmetros do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Pessoa com Deficiência – inseridos na sistemática das cautelares em processo penal.

A doença de Alzheimer é a forma prevalente de demência. A sua maior incidência é observada entre pessoas com mais de sessenta anos de idade. É incurável, progressiva e fatal. Conforme a doença progride, é comum que surjam desdobramentos médicos e mudanças das necessidades da pessoa enferma. Quando é atingido o estágio final de progressão, os cuidados têm o exclusivo objetivo de aliviar o desconforto.

Conforme dados da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, compilados a partir de pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o número de pessoas idosas no Brasil dobrou nos últimos vinte anos e a projeção é que este número continue a crescer. Trata-se de consequência da modificação da pirâmide etária brasileira e, por isso, justificam-se as preocupações quanto à segurança da dignidade das pessoas idosas.

Igualmente, leva-se em conta que o Brasil tem a quarta maior população prisional do mundo e que cerca de quarenta por cento dos presos estão recolhidos a título provisório – isto é, prisão temporária ou preventiva. Diante disso, é pertinente a análise da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, em caso de comprovada indispensabilidade do preso para os cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer.

Portanto, consideradas as características específicas da doença de Alzheimer, as perspectivas de crescimento do grupo etário mais atingido, bem como o substantivo número de presos, é adequado perquirir no tocante à situação-problema em que a prisão preventiva se torna um obstáculo à preservação dos cuidados de pessoa idosa. O tema é sensível, pois, por um lado, há uma relevante gama de bens jurídicos concernentes à pessoa idosa em situação de grave enfermidade; por outro, os fins cautelares do artigo 312 do CPP.

No primeiro capítulo, demonstra-se como a interpretação do artigo 318, inciso III, do CPP, orientada pelos preceitos do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, evidencia a possibilidade de aplicação da substituição, desde que indispensável aos cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer. Busca-se, ainda, enriquecer a elaboração dessa premissa com informações relativas aos contornos concretos da hipótese problematizada.

No segundo capítulo, cuida-se de considerar os fins cautelares do artigo 312 do CPP e a necessidade de cuidados especiais à pessoa idosa com doença de Alzheimer. Busca-se reflexão em referência à relevância dos bens jurídicos envolvidos na situação-problema e até que ponto um pode se sobrepor ao outro.

Então, superada a questão quanto à possibilidade de aplicação da substituição, pretende-se conhecer o horizonte apresentado ao Juízo que recebe pleito nesse sentido.



No terceiro capítulo, busca-se contemplar os parâmetros que devem orientar o Juízo para exercer a ponderação entre a necessidade de cautela e a preservação de cuidados especiais da pessoa idosa com doença de Alzheimer. Trata-se de uma progressão, pois no segundo capítulo predomina uma perspectiva principiológica e teórica. Já no terceiro, em um sentido prático, são abordados os elementos marcantes que podem auxiliar a formação do convencimento do Juízo. Noutras palavras, como exercer a prudência para evitar que a substituição se transforme em um artifício, sem deixar de lado a necessidade de cuidados especiais da pessoa idosa com doença de Alzheimer.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois elege-se a hipótese de que é cabível a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para garantir os cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer. Propõe-se que a hipótese é viável e adequada para o objeto, que também passa pela abordagem do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A pesquisa é qualitativa, em meio à bibliografia pertinente à temática do artigo. É especialmente relevante a pesquisa de jurisprudência para compreender como são tratadas as hipóteses do artigo 318 do CPP, bem como para perquirir sobre a compreensão dos reflexos interdisciplinares do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Estatuto do Idoso.

1. O CUIDADO DE PESSOA IDOSA COM DOENÇA DE ALZHEIMER CONFORME A SISTEMÁTICA DO ESTATUTO DO IDOSO, DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ARTIGO 318, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹, compilados na Síntese de Indicadores Sociais, há uma significativa “tendência de envelhecimento populacional”. Com esses parâmetros, a projeção² é de que, após 2030, “o grupo de idosos de 60 anos ou mais de idade será maior do que o grupo de crianças com até 14 anos de idade”.

Por isso, o Instituto³ sugere que haverá um incremento na ocorrência de doenças crônicas não transmissíveis, entre as quais, a critério da Organização Pan-Americana da Saúde⁴, está incluída a doença de Alzheimer.

¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ SESSÃO DO COMITÊ REGIONAL DA OMS PARA AS AMÉRICAS, 67^a, 2015, WASHINGTON, D.C. *Estratégias e plano de ação para a diabetes em idosos*. Washington, D.C.: Organização Pan-Americana da Saúde, 2015. Disponível em: <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=

Portanto, a incidência dessa enfermidade tende a avultar-se nas próximas décadas. Mas não é somente esse prognóstico que justifica a exploração do tema. Com efeito, mesmo em 2017, segundo a Associação Brasileira de Alzheimer³, estima-se que, “no Brasil, há cerca de 1,2 milhão de casos”. A entidade⁴ descreve a doença como incurável e “caracterizada pela piora progressiva dos sintomas”, até o estágio avançado, que implica “total dependência e (...) inatividade” do enfermo. A literatura específica⁵ orienta que, quando se chega a esse grau, “é necessário promover uma assistência integral ao paciente (...) que promova conforto e alivie os sintomas”, o que envolve “estímulo ao convívio familiar e o fortalecimento dos laços em família”.

Quanto à população carcerária, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁶ (Infopen) mais recente indica que a população prisional brasileira é a quarta maior do mundo, que há um incremento de sete por cento ao ano e que quarenta por cento dos presos estão segregados provisoriamente. Entre esses presos provisórios estão os presos preventivamente, por força do artigo 312 do CPP⁷, aos quais pode ser aplicado o artigo 318, inciso III, do CPP, que permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, quando imprescindível aos cuidados especiais de pessoas com deficiência.

Diante desses parâmetros, pode-se abordar a situação-problema que motiva este artigo científico: a hipótese em que está preso provisoriamente quem é imprescindível para promover o conforto e aliviar os sintomas de pessoa idosa⁸ com doença de Alzheimer.

Para tanto, é necessário perquirir se a pessoa idosa com doença de Alzheimer pode ser considerada pessoa com deficiência e quais são os parâmetros adequados para decidir.

A Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)⁹ determina que serão asseguradas à pessoa idosa facilidades para a preservação de sua saúde física e mental, e que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar a efetivação destas facilidades¹⁰.

31659&id=270&lang=pt>. Acesso em: 21 mai. 2017.

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALZHEIMER. *O que é Alzheimer*. Disponível em: <<http://abrax.org.br/abrax-alzheimer/o-que-e-alzheimer/>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁴ Idem. *Evolução da Doença*. Disponível em: <<http://abrax.org.br/sobre-alzheimer/evolucao-da-doenca/>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁵ QUEIROZ, Ronaldo. Cuidados paliativos e Alzheimer: concepções de neurologistas. *Revista de Enfermagem da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 5, p. 686-692, set./out. 2014. Disponível em: <<http://www.facenf.uerj.br/v22n5/v22n5a17.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Brasil. *Levantamento Nacional de Informações penitenciárias*. Brasília, 2016.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 jun. 2017.

⁸ Conforme o artigo 1º, da Lei nº 10.741/2003, pessoa idosa é aquela cuja idade é igual ou superior a sessenta anos.

⁹ BRASIL. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹⁰ Conforme a redação dos artigos 2º e 3º.



Esses preceitos são vetores informativos da Administração Pública: orientam a função jurisdicional, inclusive. Ou seja, ao valorar premissas fáticas e jurídicas para formar seu convencimento, o magistrado deve estar atento à efetivação das melhores condições à pessoa idosa com deficiência.

Um desses exercícios de valoração é a interpretação do artigo 318, inciso III, do CPP¹³: deve-se resolver a aplicabilidade do dispositivo ao indivíduo imprescindível aos cuidados especiais de idosa com doença de Alzheimer e, eventualmente, os parâmetros para tanto.

A Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)¹⁴, “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência”, determina que é pessoa com deficiência quem “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Assim, com os parâmetros do Estatuto do Idoso¹⁵, é adequada a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sentido de que a pessoa idosa com doença de Alzheimer seja considerada pessoa com deficiência – desde que o grau da doença constitua impedimento à sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Como se trata de uma doença com progressão gradual, cujos sintomas não se manifestam de maneira homogênea entre os enfermos, cada caso deve ser objeto de detida análise para determinar o grau de necessidade de assistência. Somente com o exercício de cognição dessas circunstâncias, o Juízo poderá determinar se o enfermo é pessoa com deficiência.

Recentemente, a Vara de Família e Sucessões¹⁶ da Comarca de Rio Verde, em Goiás, abordou a questão da aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência a pessoa idosa com doença de Alzheimer. Numa decisão prolatada em Ação de Interdição, o Juízo se deparou com contexto fático de doença de Alzheimer e serviu-se do Estatuto da Pessoa com Deficiência para resolver a causa. No caso julgado, o enfermo se mostrou lúcido e orientado no tempo e no espaço; contudo, detectou-se “falta de interesse em cuidados pessoais, como higiene e peças de

¹³ Artigo 318 do CPP: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹⁵ Mormente conforme os artigos 2º e 3º.

¹⁶ BRASIL. Vara de Família e Sucessões da Comarca de Rio Verde do Poder Judiciário do Estado de Goiás. Processo nº 201502991920. Juiz: Coraci Pereira da Silva. Disponível em: <[http://judfion.org.br/assets/img/upload/files/SENTENCA-interdicao-com-nomes-suprimidos%20\(1\).pdf](http://judfion.org.br/assets/img/upload/files/SENTENCA-interdicao-com-nomes-suprimidos%20(1).pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2017.



vestimenta”, o que motivou decisão no sentido da improcedência da interdição, com nomeação de curador para atos “que exijam maior capacidade intelectual”.

Nota-se que a decisão, ao negar a interdição, buscou conciliar condições de igualdade ao enfermo, sem descuidar de suas necessidades específicas para determinar, “segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela”, conforme o artigo 1.772 do Código Civil¹⁷.

Segundo a mesma inteligência, é plenamente possível a subsumção da hipótese em que há pessoa idosa com doença de Alzheimer à regra do artigo 318, inciso III, do CPP – desde que esteja caracterizado o impedimento à sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O crivo relativo à necessidade de cuidados especiais e a sua extensão, adotado pela Vara de Família e Sucessões¹⁸ da Comarca de Rio Verde, em Goiás, também é aplicável em processo penal.

Com efeito, assentada a premissa de que é viável a aplicação do artigo 318, inciso III, do CPP, para substituir prisão preventiva por prisão domiciliar com o fim de assegurar cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer, surgem desdobramentos – tanto teóricos quanto práticos.

A partir disso, é fundamental considerar até que ponto a necessidade por cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer pode se sobrepor aos fins cautelares do artigo 312 do CPP, o que passa pela indagação dos princípios que integram este aparente conflito. Tal como consta da introdução deste artigo: é necessário conhecer o horizonte que o magistrado enfrenta na situação-problema.

Passa-se a abordar este ponto.

2. A PONDERAÇÃO ENTRE OS FINS CAUTELARES DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE PRISÃO DOMICILIAR PARA O PROVIMENTO DE CUIDADOS ESPECIAIS A PESSOA IDOSA COM DOENÇA DE ALZHEIMER

O artigo 312, do CPP, permite a decretação de prisão preventiva para diversos fins¹⁹, desde que atendidas as premissas de existência do crime e indício suficiente de autoria. Trata-se da principal regra do CPP com relação às medidas cautelares. Para este artigo, o que importa

¹⁷ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 16.

¹⁹ São os fins do artigo 312 do CPP: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.



é problematizar cenários nos quais se poderia debater a substituição da cautelar extrema conforme o permissivo do artigo 318, inciso III, do CPP. Dessa forma, é mais adequado o enfrentamento a partir das circunstâncias exigidas à decretação de medidas cautelares – seja a de prisão, sejam as alternativas.

A decretação de qualquer medida cautelar depende do juízo de necessidade²⁰ e de adequação²¹ nos estreitos termos do artigo 282, do CPP. Especialmente, como sintetiza Eugênio Facelli²², o Juízo deve considerar “a gravidade e demais circunstâncias do fato, bem como as condições pessoais (...) do acusado”, sobre o qual virá a recair a medida cautelar. Esse dever de fundamentar com amparo no binômio necessidade-adequação é essencial para satisfazer a regra do artigo 282, §6º, do CPP, que determina a primazia das medidas alternativas à prisão – as que constam do rol do artigo 319, do CPP.

Portanto, exatamente no momento em que enfrenta o não cabimento de medida cautelar alternativa à prisão, o Juízo apresentará circunstâncias capazes de fundamentar a decisão de substituição da medida por prisão domiciliar. Uma vez que este artigo trata da possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, para os fins de reflexão em abstrato, deve-se considerar que, na hipotética situação-problema, estão plenamente atendidos os requisitos do artigo 312, do CPP. Nesse âmbito, a inteligência do artigo 282, §6º, do CPP, orienta que é necessário o reconhecimento de circunstâncias que autorizem a prisão preventiva para que, então, seja ela substituída por cautelares alternativas.

Naturalmente, é possível que, ao decretar a prisão preventiva, o Juízo não tenha à sua disposição informações concernentes à necessidade do indivíduo aos cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer. Tais elementos podem ser apresentados em momento posterior à implementação da prisão preventiva. Nada obstante, em tal momento, já estará nos autos fundamentação assentada nas premissas fáticas que ensejaram o decreto cautelar – salvo a ocorrência de fato novo.

Vindo aos autos petição para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, com fundamento em imprescindibilidade do agente aos cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer, o Juízo deverá ponderar sobre os novos elementos; sobre os bens jurídicos em confronto no caso concreto.

²⁰ Artigo 282, inciso I, do CPP: “as medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”

²¹ Artigo 282, inciso II, do CPP: “as medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”

²² FACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 498.

O Supremo Tribunal Federal (STF)²³ reconhece que “a prisão preventiva (...) não deve ser confundida com a prisão penal”, pois “destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal”. A Corte²⁴ assevera que a prisão preventiva “somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger”. O que se nota, portanto, é a compreensão de que a segregação cautelar tem o fim de assegurar o resultado do processo penal, assim como o de evitar a afetação da ordem pública.

O artigo 318, do CPP, em seus seis incisos, volta-se a hipóteses que extrapolam o âmbito ordinário de ponderação sobre necessidade-adequação²⁵. Trata de circunstâncias que reclamam tratamento jurídico diverso em razão do incremento de bens jurídicos em questão. Uma dessas hipóteses é a de imprescindibilidade da prisão domiciliar para os cuidados especiais de pessoa com deficiência. É importante ressaltar o termo “poderá”, logo no início do caput. Naturalmente, conforme leciona Nucci²⁶, “não significa dizer que a sua concessão se submete ao capricho do magistrado”, mas sim que depende do juízo de “oportunidade, merecimento e conveniência”. Com efeito, não se impõe a substituição, mas tão somente remete-se o Juízo aos critérios do artigo 282 do CPP, que serão aplicados com distintos parâmetros.

Ao se deparar com situação em que indivíduo preso é imprescindível aos cuidados especiais de pessoa com deficiência, o Juízo deverá ter em vista o princípio do melhor interesse da pessoa idosa²⁷ e o princípio do melhor interesse da pessoa com deficiência²⁸. Isso significa que a atividade jurisdicional, nesses casos, deve ser informada pelo dever que tem o próprio Estado de materializar as melhores condições à saúde da pessoa idosa com doença de Alzheimer.

Diante disso, percebe-se o que envolve o equilíbrio que o Juízo deverá se empenhar para estabelecer. Ao decidir pleito de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar,

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 97.466/DF*. Relator: Ministro Cezar de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAndamento.asp?numero=97466&class=HC&codigo/Class=Origem=JDR&recurs=0&tipo/Julgamento=M>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Prisão preventiva do Laiz*. Posição do STF sobre a preventiva. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47248/prisao-preventiva-do-laiz-posicao-do-stf-sobrepreventiva>>. Acesso em 02 jul. 2016.

²⁵ Avançada idade; debilidade extrema por motivo de doença grave; imprescindibilidade aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; gestação; mulher com filho de até doze anos de idade incompleta; homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompleta.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 721.

²⁷ Conforme o artigo 3°, da Lei n° 10.741/2003, que impõe ao Poder Público, inclusive, o dever de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à saúde, entre outros.

²⁸ Em especial, a teor do artigo 8°, da Lei n° 13.146/2015, que impõe ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar à pessoa com deficiência a efetivação do direito à saúde, entre outros.



deverá buscar conciliar a garantia de condições à pessoa com deficiência sem olvidar das premissas fáticas que ensejaram o decreto de medida cautelar. Noutras palavras, não se trata de transformar a hipótese do artigo 318, inciso III, do CPP, em um passe livre para afastar a prisão cautelar, mas sim de ponderar até que ponto a necessidade de prisão pode ceder espaço à necessidade de cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer. Essa preocupação quanto à aplicação da prisão domiciliar motivou Nucci²⁹ a considerar que “não se deve vulgarizar a prisão cautelar, a ponto de estender a todos os acusados (...) a prisão em domicílio, sob pena de desacreditar, por completo, o sistema penal repressivo”.

Nesse sentido, é razoável que seja valorada a relevância jurídica das circunstâncias que autorizaram o decreto prisional, em acurado confronto com a situação médica e econômica da pessoa cujos cuidados especiais sejam necessários. Logo, pode haver caso concreto em que o Juízo entenda que o preso ou, ainda, parentes corresponsáveis, tenham condições de custear tratamento adequado e que outros familiares são suficientes à garantia de um ambiente acolhedor e saudável. Entretanto, em outros casos, é possível que se detecte a absoluta inviabilidade de que a família proveja a devida assistência, seja em termos econômicos ou socioafetivos; ou, ainda, que não haja outro parente.

Portanto, é fundamental que o Juízo exerça cognição sobre o contexto econômico, social e familiar entre o preso e a pessoa idosa com doença de Alzheimer. Isto implica examinar os laços familiares, a relação entre a pessoa com deficiência e o preso, o espaço físico disponível ao tratamento, enfim: ampla cognição. Dessa forma, serão corretamente conhecidos os elementos fáticos correspondentes à principiologia incidente. O objetivo é realizar as melhores condições para, por um lado, evitar que se descuide do tratamento da pessoa com deficiência e, por outro, não se converter o artigo 318, inciso III, do CPP, em uma inadequada via de esvaziamento dos fins cautelares da prisão preventiva.

Adiante, trata-se exatamente de quais elementos são mênscos à formação do convencimento do Juízo: quais “marcas disparadoras” têm melhores atributos para informarem a cognição.

3. A APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR DO ARTIGO 318, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: PREMISSAS FÁTICAS E A SUA RELEVÂNCIA PARA A DETERMINAÇÃO DA PROVIDÊNCIA ACAUTELATÓRIA – O BINÔMIO NECESSIDADE-ADEQUAÇÃO E OS ELEMENTOS DE COGNIÇÃO

²⁹ NUCCI, op. cit., p. 720.



Ao se ver diante de pedido de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar em razão da imprescindibilidade do agente aos cuidados especiais de pessoa com deficiência, o Juízo deve considerar que há outros interesses jurídicos a serem ponderados. Além dos que motivaram o decreto cautelar, devem ser tutelados os bens jurídicos da pessoa idosa com doença de Alzheimer. Para o enfrentamento da situação-problema ora proposta, deve-se ter como premissa que o contexto fático do caso concreto foi eficiente à imposição da cautelar extrema – isto é, a prisão preventiva foi aplicada em razão da inequívoca insuficiência de outras medidas. Outrossim, deve-se ter em vista que a prisão domiciliar não é medida alternativa à prisão preventiva, mas sim cautelar substitutiva – aplicável em razão das excepcionais circunstâncias do artigo 318 do CPP³⁰.

A partir disto, é necessário perquirir a respeito das premissas autorizadoras da aplicação do artigo 318, inciso III, do CPP: a imprescindibilidade do agente e a deficiência da pessoa a receber os cuidados. O Juízo deve ter à sua disposição “prova idônea dos requisitos” (artigo 318, parágrafo único, do CPP). Assim, a deficiência pode ser atestada por laudos e quaisquer outros documentos médicos adequados, além de prova da idade, para que incida a sistemática do Estatuto do Idoso.

A maior dificuldade, ao menos em tese, parece estar em determinar a imprescindibilidade do agente. Isso porque, como já se tratou neste texto, a doença de Alzheimer requer não somente cuidados de natureza médica – que implicam dispêndio econômico – mas também dedicação às condições socioafetivas. Significa dizer que além dos recursos médicos, é importante garantir um ambiente acolhedor e familiar.

Orienta-se³¹ que “a família é fundamental para a prestação dos cuidados ao idoso com Alzheimer no ambiente domiciliar”, especialmente porque é uma doença “incurável, degenerativa e causa danos estruturais no cérebro, levando o idoso a necessitar do apoio contínuo no atendimento às suas necessidades básicas de sobrevivência”. Conquanto exista a

³⁰ A respeito de tais circunstâncias, é relevante a assente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reputa indispensável a comprovação dos requisitos autorizadores das hipóteses de substituição: v.g. “Inexistindo prova idônea para comprovação dos requisitos estabelecidos no artigo 318 do Código de Processo Penal, não há que se falar em substituição da constrição preventiva em prisão domiciliar” em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 332.110/SP. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?live=processo+penal+%22318%2C+inciso+III%22+substi+tu%27%9EG3n8b=ACOR&p=true&t=JURIDICOMI=10&i=12>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

³¹ PARS, Poliana de França Albuquerque; SANTO, Fátima Helena do Espírito. Limites e possibilidades no cotidiano do familiar que cuida do idoso com Alzheimer no ambiente domiciliar. *Revista de Experiências da Escola Anna Nery*. Rio de Janeiro, volume 9, número 2, p. 192-198, abr/jun 2005. Disponível em: <http://esem.edu.br/felealhe_artigo.asp?id=953>. Acesso em: 05 jul. 2017.



via de institucionalização, sugere-se³² que “o cuidado no ambiente familiar vem sendo cada vez mais incentivado porque (...) dá ao idoso a possibilidade de estar em um ambiente (...) cujas pessoas são conhecidas”.

Destarte, o Juízo deve conhecer, além das premissas fáticas que determinaram a imposição da prisão preventiva: o tecido familiar do agente e da pessoa com deficiência; o estágio de progressão da doença; as condições econômicas do agente, da pessoa com deficiência e dos familiares corresponsáveis; a possibilidade de outros familiares contribuírem com os esforços econômicos e socioafetivos; e o que mais se revelar pertinente no caso concreto.

Somente com pleno conhecimento da proximidade afetiva entre o agente preso e a pessoa idosa com deficiência, poderá o Juízo determinar a sua relevância à preservação de um ambiente acolhedor e familiar. Isso porque, há evidente distinção entre se ver privado da convivência com um cônjuge e a de um colateral em quarto grau com quem nunca houve estreita relação. Todavia, isso não é suficiente, pois devido às circunstâncias particulares de determinada família, é possível que já não existam outros parentes em condições de proporcionar o adequado tratamento.

Todas estas circunstâncias devem estar devidamente sustentadas por prova idônea, pois influem no convencimento sobre a imprescindibilidade do agente aos cuidados especiais.

Interessante, aliás, seria debater o escopo da instrução a partir do pedido de substituição, já que se envolvem diversas pessoas e circunstâncias que, facilmente, podem impor às decisões, na medida cautelar, substantiva complexidade. Note-se, nesse sentido, que entre as hipóteses do artigo 318, do CPP, a do inciso III é a única em que há tamanha indeterminação de conceito jurídico³³. Logo, muito embora fuja ao propósito deste texto, é importante propor reflexão sobre como se poderia desenvolver a instrução – sobretudo de maneira eficiente e em tempo razoável.

Certo é que, a todo momento, a prudência é o melhor vetor a orientar o convencimento do Juízo – assim como, aliás, em toda a atividade jurisdicional. A particularidade, na hipótese ora tratada, é que não se pode autorizar a defirmação do artigo 318, inciso III, do CPP, em um indevido meio de obstrução à prisão preventiva. Naturalmente, pode-se chegar à decisão de que, por mais imprescindível que seja o agente aos cuidados de pessoa idosa com doença de Alzheimer, as razões que motivaram o decreto cautelar têm tamanha significância, que se

³² *Ibid.*, p. 192-198.

³³ O artigo 318, inciso III, do CPP, contém a expressão “imprescindível aos cuidados”, notadamente um conceito jurídico indeterminado. Apesar de haver certa indeterminação no artigo 318, inciso II, do CPP, ao dispor sobre a possibilidade de substituição quando o agente for “extremamente debilitado”, a regra tem caráter especialmente objetivo. A debilidade extrema pode, certamente, ser aferida a partir de critérios exclusivamente médicos.



sobrepoem. Pode-se, ainda, por outro lado, substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar e, ao mesmo tempo, impor outras medidas cautelares adequadas ao caso concreto.

É precisamente sobre isso a ressalva de Pacelli³⁴ no sentido de que permite a adoção da prisão domiciliar, “a incapacidade efetiva e concreta da administração de atividades criminosas”. Dessa orientação, decorre que “quando se tratar de organizações criminosas, determinadas pessoas, que comprovadamente (...) exerçam função de liderança (...) podem, em tese, deixar de ter direito à pretendida substituição da preventiva”. Essa inteligência esturpe de um exercício de ponderação entre os fins cautelares da prisão preventiva e a função garantidora da substitutiva domiciliar – isto é, um diálogo entre os bens jurídicos correspondentes a cada uma das hipóteses do artigo 318, do CPP e os fundamentos que determinaram a prisão.

Igualmente, é importante que se considere a hipótese em que a prisão preventiva tenha sido decretada em razão de violência doméstica – como autoriza a Lei n.º 11.340/2006, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência³⁵. Nessa hipótese, percebe-se um exacerbado conflito entre a substituição e os motivos determinantes da medida. Por isso, considerando a ocorrência de situação de violência doméstica, deve-se avaliar se a presença do agente atenderá o melhor interesse da pessoa idosa com doença de Alzheimer ou se, ao invés, agravará o desconforto ao tornar o ambiente doméstico hostil³⁶.

Portanto, muito mais do que mera subsunção à norma do artigo 318, inciso III, do CPP, a possibilidade de substituição – de prisão preventiva por prisão domiciliar para cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer – demanda rigorosa cognição do Juízo, assim como prudente valoração de todas as circunstâncias pertinentes. Isso porque, trata-se de ponto de categórico confronto entre bens jurídicos de significativa repercussão.

CONCLUSÃO

Viu-se, portanto, que a hipótese de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar permitida pelo artigo 318, inciso III, do CPP, é distinta entre as demais, pois depende,

³⁴ PACELLI, *op. cit.*, p. 564.

³⁵ Trata-se da hipótese do artigo 313, inciso III, do CPP: “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (...) III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, cuja inteligência, em tese, pode implicar impeditivo à substituição na hipótese do artigo 318, inciso III, do CPP.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 238.874/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?inve=%22pris%20preventiva%22+%22viol%20viol%20dom%20viol%20contra%22+substitu%20pris%20domiciliar%20para+cuidados+especiais+de+pessoa+idosa+com+doenca+de+alzheimer%22-ACCOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=51>>. Acesso em: 20 ago. 2017.



em maior grau, de conceito jurídico indeterminado: a indispensabilidade aos cuidados especiais. No enfrentamento da situação-problema vertente, destacou-se a importância da possibilidade de se considerar a pessoa idosa com doença de Alzheimer como pessoa com deficiência, conforme o estágio de progressão. Deu-se especial atenção à pertinência dessa hipótese em vista da perspectiva de alteração da pirâmide etária brasileira e da substancial população prisional.

É oportuno propor reflexão a respeito da dinâmica processual que pode se instaurar em situação como a ora apresentada, em especial diante da inarredável necessidade de profunda cognição, pelo Juízo, de elementos que escapam do lugar comum das medidas cautelares. Como se viu no terceiro capítulo, trata-se de conhecer o contexto social, econômico e afetivo da pessoa que precisa de cuidados, assim como a sua relação com o agente preso preventivamente. Tudo isso, em curto lapso temporal, em vista da urgência que cerca tanto as medidas cautelares processuais quanto a necessidade de cuidados especiais.

Assim, embora seja viável a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando o agente é indispensável aos cuidados especiais de pessoa idosa com doença de Alzheimer, o Juízo deve atuar com prudência para evitar que a medida resulte em prejuízo às condições de bem-estar do enfermo ou, ainda, que redunde em prejuízo aos fins cautelares que ensejaram a medida. Como se apontou, caso a prisão seja decorrente de violência doméstica, há, ao menos em tese, um contrassenso em se permitir prisão domiciliar. Este obstáculo só poderá ser superado por meio de elementos concretos que assentem a excepcionalidade do contexto fático.

Sobretudo, o que se verifica é a dificuldade de formação de soluções abstratas para uma situação-problema que se compõe diversos elementos, tais como: circunstâncias das relações familiares, estágio de progressão da doença, fundamentos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, situação econômica dos responsáveis, disponibilidade financeira imediata. Essa especial característica da hipótese demanda a aplicação das regras incidentes em jurisdição informada pela ponderação dos princípios, conforme a sua prevalência nos casos concretos.

Enfim, a situação-problema constitui a convergência de diversos fatores que, apesar de não implicarem complexidade teórica, provocam reflexão sobre como deverá o Juízo conduzir o processo para prestar a jurisdição de maneira prudente e diligente, com o fim de assegurar e promover a solidariedade e a justiça.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALZHEIMER. *O que é Alzheimer*. Disponível em: <<http://alaz.org.br/sobre-alzheimer/o-que-e-alzheimer>>. Acesso em: 21 mai. 2017.



_____. *Evolução da Doença*. Disponível em: <<http://abraz.org.br/sobre-alzheimer/evolucao-da-doenca>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De3689.htm>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. *Lei n° 10.741*, de 1° de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.
Conforme a exegese dos artigos 2° e 3°.

_____. *Lei n° 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/10406.htm>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 97.466/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97466&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 332.110/SP*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=processo+penal+%22318%2C+inciso+III%22+substitu%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=12>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 238.874/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22pris%E3o+preventiva%22+%22viod%EAncia+dom%E9stica%22+substitu%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=51>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Vara de Família e Sucessões da Comarca de Rio Verde do Poder Judiciário do Estado de Goiás. *Processo n° 201502991920*. Juíza: Coraci Pereira da Silva. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/SENTENCA-interdico-com-nomea-suprimidos%20\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/SENTENCA-interdico-com-nomea-suprimidos%20(1).pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão preventiva do Lula: posição do STF sobre a preventiva*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47248/prisao-preventiva-do-lula-posicao-do-stf-sobrespreventiva>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Brasil. *Levantamento Nacional de Informações penitenciárias*. Brasília, 2016.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAES, Poliana de França Albuquerque; SANTO, Fátima Helena do Espírito. Limites e possibilidades no cotidiano do familiar que cuida do idoso com Alzheimer no ambiente domiciliar. *Revista de Enfermagem da Escola Anna Nery*. Rio de Janeiro, volume 9, número 2, p. 192-198, abr/jun 2005. Disponível em: <http://eesm.edu.br/detalhe_artigo.asp?id=953>. Acesso em: 05 jul 2017.

QUEIROZ, Rosaldo. Cuidados paliativos e Alzheimer: concepções de neurologistas. *Revista de Enfermagem da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 5, p. 686-692, set./out. 2014. Disponível em: <<http://www.facenfuerj.br/v22n5/v22n5a17.pdf>>. Acesso em: 21 mai 2017.

SESSÃO DO COMITÊ REGIONAL DA OMS PARA AS AMÉRICAS, 67, 2015, WASHINGTON, D.C. *Estratégia e plano de ação para a demência em idosos*. Washington, D.C.: Organização Pan-Americana da Saúde, 2015. Disponível em: <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_documents&task=doc_download&gid=31659&Itemid=270&lang=pt>. Acesso em: 21 mai 2017.



A RUPTURA INSTITUCIONAL E OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Felipe Hilgenberg Almeida

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O Poder Constituinte Originário é a maior forma de expressão democrática do Estado, tendo como titular exclusivo o povo. Por muito tempo, foi visto como ilimitado, sendo a mais pura forma de instituição de uma nova ordem normativa, não podendo, portanto, sofrer restrições. Entretanto, com o avanço da teoria constitucional e do Pós-Positivismo, segundo teorias mais modernas de Estado e dos detentores do poder, o Poder Constituinte Originário não pode mais ser concebido como ilimitado, comportando cada vez menos, o mundo contemporâneo, a ideia de Estados totalitários que ignoram os anseios de sua população. Destarte, o presente trabalho parte da premissa da existência de limites ao Poder Constituinte Originário, visando a analisar tais limites e as formas de impô-los, sem pretender esgotar o tema.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Poder Constituinte Originário. Limites. Direitos Humanos. Formas de controle.

Sumário – Introdução. 1. A ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário e a vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos. 2. A responsabilidade internacional como limite ao Poder Constituinte Originário. 3. Possibilidades práticas de controle do Poder Constituinte Originário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da limitabilidade do Poder Constituinte Originário, que, por muitos autores, é considerado ilimitado, sem que se dê muita atenção à característica. O objetivo do presente estudo é discutir os direitos humanos como possíveis limites para este Poder.

O tema apresenta relevância num país como o Brasil, que passou por diversas mudanças institucionais de grande porte, que, por diversas vezes, alteraram drasticamente sua estrutura política e social. Para cada uma das fases pelas quais a nação passou, uma nova Constituição nos foi apresentada. A história brasileira conta, ao todo, com sete ou oito constituições, a depender se se considera a Emenda Constitucional de 1969 como uma nova Carta.

Num momento de turbulência política e econômica como o que passa o país, com discussões acerca de mudanças drásticas em seus sistemas políticos, previdenciários, entre



diversos outros, a questão dos limites do Poder Constituinte Originário acaba por ganhar novo relevo.

Assim, há que se discutir o progresso feito no campo dos direitos humanos e a possibilidade de retrocesso no caso de mais uma quebra institucional na história brasileira.

Ademais, o cenário internacional num mundo cada vez mais globalizado se mostra deveras presente no cenário jurídico, com diversos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário, com a possibilidade de responsabilização internacional, demonstrando a necessidade de discutir a situação dos acordos firmados pelo Brasil com demais nações no caso de quebra institucional.

Atenta-se principalmente, como dito, aos direitos humanos, e tratados internacionais que versam sobre eles, tema cada vez mais consolidado em sua base, mas ainda assim aberto a discussões, como a universalidade desses direitos, ou sua disponibilidade. Seriam os direitos humanos um limite ao Poder Constituinte Originário?

Discute-se, ainda, as possibilidades práticas de controle desse Poder, seja na esfera internacional ou até mesmo um controle popular, uma vez que a sociedade é titular do Poder Constituinte Originário.

O primeiro capítulo visa estabelecer a vedação ao retrocesso como limite ao Poder Constituinte Originário, uma vez que os direitos humanos emanam diretamente da dignidade da pessoa humana, aspecto íntimo da personalidade.

O segundo capítulo se destina a examinar a responsabilidade internacional do país e possíveis consequências no caso de descumprimento de tratados internacionais sobre direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, por conta de mudanças constitucionais e essa responsabilidade como coibição (e, assim, limite indireto) à violação desses tratados pelo Poder Constituinte Originário.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, meios de efetivar eventuais limites ao Poder Constituinte Originário no caso de quebra institucional e da feitura de uma nova Constituição.

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 será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em



foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A ILIMITABILIDADE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Na Teoria Pura do Direito, cunhada por Hans Kelsen¹, vislumbra-se a chamada “norma fundamental”, da qual todas as demais normas de um dado ordenamento jurídico tirariam seu fundamento de validade, sendo hierarquicamente superior. Como norma fundamental e superior a todas as demais, não tiraria seu fundamento jurídico de nada, mas seria pressuposta, pois mesmo que fosse posta por uma autoridade, a competência desta teria que ser retirada de uma norma ainda mais elevada.

Assim, a Constituição seria a expressão positiva dessa norma fundamental, funcionando como o regramento de maior hierarquia do ordenamento jurídico e a ele oferecendo fundamento.

É a expressão do Poder Constituinte Originário (PCO) que dá origem a essa Carta Magna, logo esta é produto daquele. Destarte, pode-se conceitua-lo simplesmente como “o poder de elaborar [...] uma Constituição”.²

Neste diapasão, pode-se conceituar o Poder Constituinte como a expressão da soberania de uma sociedade e o PCO como aquele que faz nascer a Constituição do Estado, com a função de organizá-lo e proteger os interesses de seu povo.³

Percebe-se, portanto, que o titular desse poder, conforme o conceito, é o próprio povo, do qual, numa sociedade democrática, emana a justificação para o estabelecimento de normas que o regerão. Num conceito de Estado em que a sociedade abre mão de parte de sua liberdade para entregá-la na mão de um poder central, é também dessa sociedade que devem emanar as regras que não regulamentá-la, ainda que indiretamente, através de seus governantes.

O poder só pode ser legítimo se de acordo com a vontade do povo, que permite a existência do Estado, portanto, a norma fundamental de um ordenamento jurídico só pode ser válida se, igualmente, partir da vontade desse povo.

¹ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135 a 136.

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24 a 25.



Destarte, a doutrina é uníssona em proclamar o povo como titular do PCO^{4 5 6}. Da mesma forma, estabelece, em geral, sua ilimitabilidade como característica^{7 8}, da qual se falará adiante.

Em ponto diverso, tem-se os direitos humanos, que derivariam da dignidade da pessoa humana, considerada com aspecto inato da própria condição de Ser Humano. Numa visão pós-positivista, o ordenamento jurídico estaria além daquela norma escrita e posta pelo governante, existindo um conjunto de regras implícitas, cuja descrição legal é irrelevante para que se proclame sua existência e aplicação concreta. Há o exemplo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em nenhum momento positivados, mas essenciais no ordenamento jurídico pátrio e numa visão de justiça.

Os direitos fundamentais, portanto, seriam um conjunto de direitos indissociáveis da própria condição humana visando efetivar a dignidade da pessoa humana, sem que precisem estar positivados para produzirem seus efeitos⁹.

Se derivam da própria condição humana, esses direitos seriam inafastáveis, independentemente da ordem jurídica vigente. Se todo poder emana do povo e só assim é legítimo, inclusive o PCO, os direitos humanos, que defendem direitos individuais, coletivos, políticos e sociais dos indivíduos que compõem determinada sociedade, não podem ser afastados por governantes, já que o próprio ordenamento surge com o propósito de limitar seus poderes e prevenir liberalidades excessivas – visão dos direitos fundamentais como direitos de defesa.¹⁰

A norma fundamental deixa de ser vista apenas como aquela positivada na Constituição, transcendendo-a, obrigando-nos a enxergar os princípios e regras tidos como fundamentais para além do direito posto.

A própria nomenclatura dos direitos fundamentais nos leva à conclusão de sua perenidade: se são, de fato, fundamentais, não podem ser afastados, ainda que numa mudança de ordem jurídica. Pode-se vislumbrar a alteração da expressão de determinado direito fundamental conforme a evolução social, mas nunca sua completa supressão, eis que essencial, indispensável.

⁴ LENZA, op. cit. p. 197.

⁵ MORAES, op. cit. p. 24.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103 a 104.

⁷ *Ibid.*, p. 104.

⁸ MORAES, op. cit. p. 25.

⁹ MENDES; BRANCO, op. cit. p. 138.

¹⁰ MORAES, op. cit., p. 28.



Assim surge a vedação ao retrocesso ou proibição de regresso¹¹, também expressão dos direitos fundamentais como direitos de defesa. A partir do momento em que o Estado reconhece um direito como fundamental, não é possível retroceder nesta matéria sem violar a dignidade da pessoa humana.

A própria história da humanidade aponta para a evolução dos direitos individuais e coletivos, configurando verdadeiro retrocesso histórico a supressão de direitos fundamentais. Se, ao longo de toda a história a humanidade partiu de um ponto onde nenhum direito era assegurado aos cidadãos, com arbítrios estatais como norma, com evolução lenta, mas perceptível, em matéria garantias individuais e coletivas, não se mostra possível que, ainda em caso de quebra institucional que justifique a feitura de uma nova Constituição, se permita o regresso em matéria de direitos fundamentais.

Reconhecer um direito fundamental nada mais é do que declarar uma forma de expressão da dignidade da pessoa humana, da própria condição de humano, não sendo possível afastá-lo em momento posterior se a dignidade da pessoa humana ainda é um valor social.

Como dito anteriormente, o PCO é de titularidade do povo, mas é manifestado, em regra, por meio de uma Assembleia Constituinte¹². Tem-se, portanto, que esse poder não é exercido diretamente, mas através de representantes de seu real titular.

Na prática, isso gera instabilidades. Nem sempre a vontade emanada pelo representante do povo é a real vontade desse povo. Por vezes isso é benéfico, como contemplar uma função contramajoritária, já que a democracia não é o governo da maioria, mas do povo, cujas minorias também precisam ter seus direitos protegidos e efetivados. Entretanto, a história nos apresentou diversos exemplos em que o poder de titularidade do povo foi exercido diretamente contra seus direitos fundamentais e, por consequência, contra a dignidade da pessoa humana.

Para o legítimo exercício do PCO, portanto, o representante, por óbvio, não pode violar direitos fundamentais do titular desse poder, logo, a característica da ilimitabilidade do PCO já começa a desaparecer.

Se exercer o PCO contra os direitos fundamentais de seus titulares torna o resultado desse exercício, qual seja, a Constituição, ilegítimo, pode-se dizer que os direitos fundamentais configuram verdadeiro limite ao Poder Constituinte Originário.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338 a 340.

¹² LENZA, op. cit. p. 202.



O constitucionalista português Jorge Miranda¹³ contempla a existência de limites ao PCO em três categorias: limites transcendentais, limites iminentes e limites heterônimos. Os limites transcendentais seriam justamente aqueles que emanam dos direitos fundamentais.¹⁴

Não é possível contemplar que o PCO seja utilizado para regressar nos avanços sociais e jurídicos de constituições anteriores, piorando a situação de seus titulares e abrindo espaço para arbítrios do Estado. Num Estado Democrático de Direito e numa lógica pós-positivista, um poder não pode, como dito, ser usado contra seus titulares, encontrando, assim, verdadeira limitação em seus direitos fundamentais, demonstrando o propósito do presente trabalho de estabelecer limites ao Poder Constituinte Originário.

2. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL COMO LIMITE AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A seguir, analisa-se a questão sob o prisma do direito internacional, mas especificamente sob a ótica dos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e as consequências do descumprimento deles por desrespeito aos direitos humanos numa nova Constituição, averiguando se é possível configurá-los como limite ao Poder Constituinte Originário.

Primeiramente, há que se diferenciar as teorias sobre a relação das convenções internacionais com o direito interno do Estado, que se dividem, essencialmente, em duas: a teoria monista e a teoria dualista¹⁵.

Para os adeptos da teoria dualista, o direito interno e o direito internacional são esferas completamente distintas, não podendo os tratados internacionais serem aplicados internamente¹⁶. Aqui, para a aplicação do direito internacional no ordenamento interno do país, é necessária a internalização do tratado, num processo conhecido como “adoção” ou “transformação”. Apenas então a norma geraria obrigações internas, sendo certo que, antes desse fenômeno, a norma internacional obrigaria apenas o Estado no plano externo, ou seja, seria apenas um compromisso externo assumido pelo Governo, sem consequências no plano interno. As regras internas do Estado, portanto, não sofreriam conflitos hierárquicos com as

¹³ FIOLE apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 3.ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 105 a 109..

¹⁴ Os limites heterônimos seriam enclausamentos jurídicos diversos, como o direito internacional, do qual tratarei em capítulo separado.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁶ *Ibid.*



normas internacionais, que só entrariam no ordenamento interno na forma especificada e autorizada por ele.¹⁷

Em entendimento oposto, a teoria monista afirma que o direito interno e o internacional integram um único ordenamento jurídico, não sendo necessário qualquer procedimento de internalização para que as normas constantes dos tratados internacionais sejam aplicáveis no plano interno dos Estados signatários¹⁸. Deste entendimento surge dúvida quanto à hierarquia das normas, no caso de conflitos entre sistema jurídico interno e internacional. Da teoria monista, portanto, surgem duas doutrinas: o monismo internacionalista, que entende que o direito internacional deve sempre prevalecer sobre o interno; e o monismo nacionalista, lecionando que o direito interno é aquele que deve prevalecer.¹⁹

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria dualista²⁰, separando o ordenamento interno dos tratados assinados, estes passando a fazer parte daquele apenas após procedimento de internalização. Ademais, nossa Constituição atual não contempla o direito internacional como fonte do ordenamento, mas apenas os diplomas legais que o trouzeram para o ordenamento interno, que terão hierarquia, em regra, de lei ordinária. A exceção constitucional, presente no art. 5º, §3º, diz respeito a tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados pelo mesmo procedimento de aprovação de uma Emenda Constitucional (EC), caso em que o tratado terá hierarquia equivalente a uma Emenda Constitucional, com os mesmos limites do Poder Constituinte Derivado reformador.

Entretanto, o STF, na decisão do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP²¹, entende que, por se tratar de tratado sobre direitos humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, internalizado anteriormente à EC n. 45/2004 (antes da vigência do art. 5º, §3º da CRFB, portanto, sem possibilidade de ser internalizado com hierarquia de EC), possui hierarquia supralegal, ainda que não equivalente a EC, mesmo tendo sido adotado pelo procedimento ordinário de aprovação de tratados na ordem interna, sinalizando a importância dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Tal decisão abriu precedente para que se considerasse qualquer tratado internacional sobre direitos humanos internalizado pelo Brasil como norma de hierarquia supralegal.

¹⁷ *Ibid.*, p. 67 a 68.

¹⁸ *Ibid.*, p. 72.

¹⁹ *Ibid.*, p. 73 a 74.

²⁰ *Ibid.*, p. 70.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n° 466433. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listafurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2E5CLA%2E+H+466343%2ENUMER%28%29+GU+%28RE%2EACMS%2E+ADIL+466343%2EACMS%28%29&base=baseArquivos>>



Vê-se, portanto, um avanço na importância do direito internacional no ordenamento brasileiro, principalmente a partir da EC n. 45/2004, que passou a permitir tratados de direitos humanos internalizados com hierarquia de norma constitucional. Tal evolução não só denota a importância do direito internacional num mundo cada vez mais globalizado, em que quase todas as relações possuem alguma influência externa, nos meios utilizados ou nos próprios atores das relações, mas também a importância dos direitos humanos, na medida em que cada vez mais aceita-se um universo mínimo de direitos que alguém, pela simples condição humana, deve ter numa sociedade contemporânea e dinâmica.

Como salientado, adotando a teoria dualista, o direito internacional, por si só não pode ser fundamento jurídico no ordenamento interno brasileiro, apenas sua manifestação, composta pelo instrumento normativo que o adotou. Não obstante a ausência de responsabilidade interna, subsiste a responsabilidade internacional. Num cenário onde o Poder Constituinte Originário é ilimitado, podendo suprimir direitos humanos concedidos por tratados assinados pelo Brasil, a responsabilidade internacional do país, enquanto signatário, sobrevive.

Nesse ponto, o direito internacional acaba não configurando limite propriamente dito à atuação do Poder Constituinte Originário, mas punição por sua utilização em desconformidade com os direitos humanos emanados pelos tratados assinados. Destarte, não deixa de ser uma forma de limitação.

Quando um direito emanado por um tratado assinado pelo país é violado por um de seus agentes, ou mesmo quando este Estado permite que esse direito seja violado, por ausência de norma legal interna que o proteja, ele responde na esfera internacional, por ser sua a responsabilidade diante da comunidade jurídica externa. Ainda que a responsabilidade individual não possa ser aferida, restará sempre a responsabilidade estatal na esfera internacional, por violação da obrigação assumida por ele perante os demais atores.²²

O Estado pode ter sua punição determinada por órgãos jurisdicionais internacionais, mas a execução dessa pena pode ser problemática, uma vez que, pela descentralização do direito internacional, falta força coercitiva desses órgãos, em especial para determinadas penas. Entretanto, existem determinadas sanções que podem ser aplicadas por órgãos com influência suficiente para fazer valer sua decisão, como no caso da Organização das Nações Unidas (ONU), que tem a Corte Internacional de Justiça, ou Corte de Haia, como principal órgão judiciário, capaz de aplicar sanções penais aos países por descumprimentos de normas e

²² *Ibid.*, p. 510.

preceitos internacionais²³. Os demais países integrantes são capazes de conferir executividade à aplicação da pena, que envolvem: retorsão, represálias, embargos, boicotagem, ou mesmo rompimento de relações diplomáticas²⁴, fazendo com que, na ordem internacional atual, dificilmente um país saia impune de graves violações de direitos humanos. É o que se percebe, no momento atual, na Coreia do Norte, que insiste em desrespeitar acordos internacionais regulando armamento atômico nuclear e sendo punida pelos demais integrantes da ONU, que, juntos, possuem influência coercitiva suficiente de modo a imbrir violações.

Tais sanções advêm apenas da responsabilidade do Estado perante outros Estados, mas deve-se lembrar de que o descumprimento de normas internacionais, em especial aquelas de direitos humanos emanadas por tratados assinados pelo Estado coator, configuram ilícitos internacionais contra os demais Estados signatários daquele acordo internacional, permitindo a aplicação das penas. Ademais, como dito, a crescente globalização e desaparecimento contínuo de barreiras físicas entre países, com constantes relações internacionais (simplesmente acessar um sítio de internet baseado em outro país já configuraria uma relação internacional sem fronteiras, demonstrando o dinamismo do mundo atualmente) demanda o crescimento do direito internacional e de sua aplicação na regulação das complexas relações do mundo no século XXI, que passa a ser cada vez mais presente e a se envolver cada vez mais em ações envolvendo pessoas privadas e seus próprios Estados, interferindo, por exemplo, em violações patentes de direitos humanos de países, ainda que não sejam signatários de tratados específicos.

Com o advento da internet, é cada vez mais difícil, se não impossível, esconder violações a direitos primordiais da mera condição de ser humano, fazendo surgir fortes movimentos sociais que exigem a intervenção internacional nos países coatores. Dessa forma, cada vez mais o direito internacional se mostra barreira para a ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário, já que, não apenas o Estado que supre determinados direitos fundamentais pode se ver responsabilizado e punido na ordem internacional, como pode ser condenado socialmente, prejudicando sua economia e sua imagem internacional.

²³ *Ibid.*, p. 953 e 954.

²⁴ *Ibid.*, p. 962 a 966.



3. POSSIBILIDADES PRÁTICAS DE CONTROLE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Por fim, deve-se atentar ao problema da possibilidade concreta de implementação dos limites ao Poder Constituinte Originário. O tema se mostra especialmente difícil, pois a prática esbarra em violações a direitos humanos básicos, dificultando qualquer ação legal, numa visão estritamente positivista, no eventual sistema vigente.

Saliente-se que, num Estado Democrático de Direito, o poder só pode ser justificado através da realização de direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, base de todo o sistema dos direitos humanos.²⁵ Assim, em sentido contrário, o desrespeito a esse conceito retira a justificativa do poder conferido a esse Estado, tornando ilegítimas as ordens emanadas por ele e, por sua vez, legitimando ações de resistência a estas ordens. Destarte, ainda que estritamente ilegais diante do sistema vigente, as reações ao poder ilegítimo seriam justificáveis na defesa da democracia.

Na ausência de instituições democráticas pela defesa dos direitos humanos, pois violados pelo nova Constituição, em desrespeito aos limites que lhe são naturalmente impostos por sua própria natureza e pelos seus detentores, como analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, a primeira linha de defesa dos cidadãos seria o chamado direito de resistência, concretizado precipuamente pela desobediência civil.

Essa resistência à opressão remonta suas origens ao próprio surgimento do conceito de poder, ao qual sempre haverá oposição, mas foi reconhecido como direito humano natural apenas no século XVIII, ao ser apresentado como justificativa para os movimentos revolucionários na América do Norte – a Revolução Americana – e na França – a Revolução Francesa.²⁶ Assim, como todo o poder emana do povo, conforme o art. 1º, parágrafo único da CRFB/88²⁷, este povo igualmente possui legitimidade para se insurgir contra um poder ilegítimo, que fere direitos humanos e distorce as instituições democráticas sobre as quais baseia sua autoridade, consistindo, a resistência à opressão, “uma forma de participação direta do cidadão no exercício do poder quando os processos institucionais se mostram insuficientes”.²⁸ Inclusive, a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹, em seu

²⁵ ARAÚJO, Roberta Corrêa de. *Legitimidade do Poder Político*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 248.

²⁶ PAULIN, Pedro Inês. A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 19, vol. 74, p. 235.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁸ PAULIN, op.cit. pp. 236 e 237.

²⁹ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.ohchr.org/EHA/JDHR/Documents/UDHR_Translations/port.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.



preâmbulo, dispõe que “é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”, ou seja, a resistência, expressada através da desobediência civil, se torna o último recurso contra um governo antidemocrático, violador de princípios basilares inerentes à condição humana.

O direito de resistência é exercido, como dito, através da desobediência civil, conceituada por John Rawls³⁰ como “um ato público, não violento, consciente, e não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas de governo”. Tem-se, portanto, que a desobediência é externada por meio das mais diversas formas de protestos e movimentos sociais, devendo ser pacíficos para serem legítimos. Entretanto, entendendo, a despeito do conceito apresentado, que a partir do momento que esses movimentos não violentos são suprimidos através de violência por um poder ilegítimo, surge, então, o direito de se defender, da forma necessária, ainda que não pacífica, sem que isso retire a legitimidade do movimento.

Ademais, essa resistência é, por sua natureza, um fenômeno coletivo, eis que se trata da vontade do povo, não de indivíduos, legitimando a democracia e lutando contra um governo arbitrário e irregular.³¹

A seguir, outra forma de controle do Poder Constituinte Originário, relacionada com o limite imposto pelo direito internacional, está o acesso aos órgãos e Cortes internacionais, sobretudo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) – e a Corte Internacional de Justiça (CIJ) – Organização das Nações Unidas (ONU) –, que visam tutelar, não apenas os interesses estatais na esfera supranacional, mas também os de particulares, cujos direitos tenham sido violados por consequência da quebra de um tratado do qual o Brasil é signatário.

Como salientado anteriormente, eventual mudança constitucional no país não exclui os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, subsistindo sua obrigação de respeitar os acordos firmados, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. Além das sanções que podem ser impostas pelos órgãos e Cortes internacionais, existe também um dano à imagem do país que viola os tratados.

³⁰ RAWLS apud PAULIN, Pedro Irici. A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político. *Revista de Direito Constitucional e Administrativo*, São Paulo, ano 19, vol. 74, p. 245.

³¹ TRIXEIRA, Denilson Victor Machado. *Direito de resistência e desobediência civil: análise e aplicação no Brasil*. Disponível em < <https://jas.com.br/artigos/222310/direito-de-resistencia-e-desobediencia-civil-analise-e-aplicacao-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2017.



Segundo Mazzuoli³², a sanção internacional é elemento de eficácia da norma, sendo fundamental para o direito internacional. Assim, a responsabilidade supranacional do Estado acaba sendo essencial para o funcionamento efetivo do direito externo. Esta responsabilidade, assim como a desobediência civil, possui um viés mais coletivo do que individual³³, ainda mais quando se trata de um sistema político implantado violador dos princípios democráticos e, conseqüentemente, dos limites do Poder Constituinte Originário, sistema, esse, cujas instituições violam o direito da maioria dos cidadãos daquele Estado.

A CII, órgão da ONU, tem competência para dirimir conflitos apenas entre Estados. Entretanto, a violação aos tratados firmados gera prejuízo aos demais signatários do acordo, causando-lhes prejuízo, podendo esses Estados representar contra o contraventor perante a CII, que terá a competência de impor sanções. No caso de desrespeito às decisões da CII, a parte contrária pode recorrer ao Conselho de Segurança da ONU, que poderá adotar medidas para o cumprimento da sentença.³⁴

A CIDH, cuja competência foi ratificada pelo Brasil em 1992, pela forma que foi instituída, acaba sendo o principal recurso internacional para a proteção dos direitos humanos dos cidadãos prejudicados pelo Estado violador, pois, apesar de não permitir o acesso direto de particulares, admite que representem perante a Comissão Interamericana de Direitos, que, então, poderá levar o caso para a Corte e impor sanções ao Estado violador.³⁵

A função precípua da CIDH, conforme leciona Mazzuoli³⁶, é “promover a observância e a defesa dos direitos humanos”. A natureza da proteção oferecida por ela, no entanto, é suplementar àquela provida pelos Estados, atuando em situações que esta proteção seja insuficiente ou mesmo inexistente³⁷, como poderia ocorrer no caso de desrespeito aos limites do Poder Constituinte Originário.

A permissão da atuação em caso de proteção deficiente legitima que a CIDH pratique o chamado “controle de convencionalidade”, definido como “a análise da compatibilidade entre atos internos de cada Estado em face de normas internacionais”³⁸. Ainda que, como visto, o Brasil adote a primazia da Constituição, em detrimento do direito internacional,

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 510.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* p. 579.

³⁵ *Ibid.* p. 613, 828 e 829.

³⁶ *Ibid.* p. 828.

³⁷ *Ibid.* p. 826.

³⁸ SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. O controle de convencionalidade e a sua repercussão no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.427.

exceto nos casos de tratados de direitos humanos internalizados na forma do art. 5º, §3º da CRFB, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplica as normas de direito internacional, por possuírem natureza supranacional, em casos de conflito com as normas internas dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica que admitiram a jurisdição da Corte e cuja proteção interna seja deficiente diante daquela oferecida pela Convenção Americana.³⁹ Assim, a sanção pode ser aplicada através do controle de convencionalidade caso o direito interno do Estado conflite com as normas emanadas pelos tratados, gerando responsabilidade internacional independentemente do direito interno.

Deve-se salientar que a CIDH, por si só, não possui órgão para garantir a eficácia executiva de suas decisões na esfera interna dos Estados membros⁴⁰, ou seja, a eficácia das sanções, em verdade, depende da ação dos demais membros da Convenção Americana, capazes de impor sanções econômicas internacionais que, ainda que não garantam reparação dos cidadãos daquele Estado, ou a proteção efetiva dos seus direitos humanos, permitem algum tipo de repressão às violações perpetradas.

Saliente-se, portanto, que, a nosso sentir, o direito à resistência e a desobediência civil ainda são as formas mais eficazes de o povo, legítimo detentor do Poder Constituinte Originário, fazer valer sua vontade e impor-lhe os devidos limites, como se pôde ver, historicamente, durante a ditadura militar no Brasil, através de movimentos sociais de resistência que culminaram com o famoso protesto das “Diretas Já”, exigindo a volta da Democracia. Os movimentos sociais do final da década de 60 até meados da década de 80 demonstram o efetivo exercício do direito de resistência no Brasil, demonstrada a legitimidade dos movimentos, pois, apesar de ilegais à luz da legislação e Constituição vigente à época, não coube qualquer tipo de sanção sob a égide da nova Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a doutrina clássica de direito constitucional, que acredita ser ilimitado o Poder Constituinte Originário, e a doutrina contemporânea, que admite limitações, baseadas nos conceitos de Estado Democrático de Direito, Neconstitucionalismo e Pós-positivismo, que veem os princípios e os direitos humanos como atemporais e acima de qualquer valor social que possa ser emanado por uma Constituinte.

³⁹ *Ibid.* p. 428 e 429

⁴⁰ MAZZUOLI, *op. cit.* p. 139.



O Poder Constituinte Originário, de titularidade do povo, não poderia ser utilizado contra ele, tolhendo seus direitos mais básicos e fundamentais, que advém da mera condição de humano. O Estado surge, segundo estudiosos da Teoria do Estado, a partir do Contrato Social, em que os cidadãos abrem mão de parte de suas liberdades em troca de segurança e de organização social, imposta pelo governante, que só se justifica se realizar os direitos humanos de seu povo, sendo ilegítimo qualquer movimento que vise fundá-los.

Deduzi no primeiro capítulo do trabalho, portanto, que os direitos humanos, enquanto, numa posição jusnaturalista, inerentes à condição humana, representam limites ao Poder Constituinte Originário, que não pode ser usado para prejudicar seus titulares, legitimadores de seu exercício.

Continuo analisando a posição do direito internacional, enquanto esfera jurídica independente do ordenamento interno de cada Estado, como limite ao Poder Constituinte, observando que as obrigações assumidas internacionalmente pelo país subsistem, mesmo diante de eventuais mudanças constitucionais, podendo embasar sanções por seu descumprimento.

O terceiro capítulo intenta apresentar meios de impor os limites ao Poder Constituinte Originário, admitindo que, na ausência de um Estado legítimo, respeitador dos direitos de seus cidadãos, a tarefa se mostra árdua, mas não impossível, como demonstrado por diversos movimentos sociais insurgentes na história mundial, como as Revoluções Francesa e Americana.

Conclui-se, portanto, que, pela teoria constitucional moderna, o Poder Constituinte Originário não pode ser concebido como ilimitado, encontrando limites naturais, principalmente, nas vontades de seus próprios detentores, o povo. O presente trabalho, por óbvio, não pretende esgotar o tema, mas trazer à tona a discussão, diante de momentos políticos conturbados.

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.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Roberta Corrêa de. *Legitimidade do Poder Político*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466433. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.
- PAULIN, Pedro Inrs. A desobediência civil como estratégia dos movimentos sociais pelo acesso ao espaço político. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 19, vol. 74, p. 235-288, jan.-mar. 2011.
- FIOLI, Roberta Raphaella. *Poder constituinte: espécies e limitações*. Disponível em <<http://ultimasinstancia.nol.com.br/conteudo/columas/65198/poder+constituente+especies+e+limitacoes.shtml>>. Acesso em: 05 abr. 2017.
- SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. O controle de convencionalidade e a sua repercussão no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 425-475.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



TEIXEIRA, Demilson Victor Machado. *Direito de resistência e desobediência civil: análise e aplicação no Brasil*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/22230/direito-de-resistencia-e-desobediencia-civil-analise-e-aplicacao-no-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2017.

O *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO: ACARRETA BENEFÍCIOS OU PREJUÍZOS AO SER CONCEDIDO AOS EMPREGADOS E EMPREGADORES, NO PROCESSO TRABALHISTA.

Fernanda Mariggi de Brito Mendonça

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada. Pós Graduada em Direito Público e Privado
pela EMERJ.

Resumo – O *Jus Postulandi* é um dos princípios mais marcantes do Direito do trabalho, uma vez que confere à parte a capacidade de postular em juízo sem a constituição de um advogado, ou seja, consiste na mitigação da capacidade postulatória, que surge com o objetivo de garantir uma maior eficácia de acesso à justiça. Não obstante a criação do princípio do *Jus Postulandi* como a forma de solucionar o problema do acesso à Justiça à população, há necessidade de discussão quanto até que ponto é vantagem para a parte atuar no processo trabalhista sem o devido acompanhamento de um advogado. Esse é o cenário que inspirou a elaboração deste artigo, um tema jurídico que está em voga, devido à necessidade de mitigação do princípio *Jus Postulandi* no âmbito da Justiça laboral. O artigo tem por finalidade abordar os benefícios ou riscos do instituto do *Jus Postulandi* na esfera trabalhista, destacado sobre as possíveis consequências do *Jus Postulandi* para o trabalhador. O trabalho também analisa a possível desigualdade processual entre as partes no processo, uma vez que o reclamante, parte mais vulnerável, está completamente indefeso e sem argumentos frente a um profissional treinado e competente para resolver as questões jurídicas.

Palavras-chave: Direito Trabalhista. Princípio *Jus Postulandi*. Capacidade postulatória. Acesso à Justiça. Desigualdade processual. Advogado Mitigação.

Sumário: Introdução. 1. Definição, previsão legal e aplicação do *Jus Postulandi*, das partes no Processo do Trabalho e em outros âmbitos processuais. 2. Reflexos principiológicos do exercício do *Jus Postulandi* e a necessidade de mitigação deste princípio. 3. Divergências entre capacidade postulatória e o instituto do *Jus Postulandi*, as consequências criadas na Justiça do Trabalho e a necessidade de implementação de mudanças. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema explorado no presente estudo consubstancia-se na análise do princípio do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho. Esse é um dos princípios mais marcantes do Direito do trabalho, uma vez que confere à parte a capacidade de postular em juízo sem a constituição de um advogado, ou seja, consiste na mitigação da capacidade postulatória, que surge com o objetivo de garantir uma maior eficácia de acesso à justiça.

Nesse contexto, não obstante a criação do princípio do *Jus Postulandi* como a forma de solucionar o problema do acesso à Justiça, há necessidade de discussão quanto até que ponto é



vantagem para a parte atuar no processo trabalhista sem o devido acompanhamento de um advogado.

Essa perspectiva, que inspirou a elaboração deste artigo, é um tema jurídico que está em voga devido à necessidade de mitigação do princípio *Jus Postulandi* no âmbito da Justiça laboral.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de *Jus Postulandi*, tendo como objetivo principal abordar os benefícios ou riscos desse instituto na esfera trabalhista, destacando as possíveis consequências do *Jus Postulandi* para o trabalhador.

Uma das questões dessa temática, diz respeito à possível desigualdade processual entre as partes do processo, uma vez que o reclamante, parte mais vulnerável, está completamente indefeso e sem argumentos frente a um profissional treinado e competente para resolver as questões jurídicas.

O tema é controvertido na doutrina e na jurisprudência e merece atenção, visto que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações de trabalho.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o princípio do *Jus Postulandi*, ponderando os benefícios e prejuízos ao conceder às partes, no processo trabalhista, a capacidade de postular em juízo sem a constituição de um advogado.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, os reflexos principiológicos do exercício do *Jus Postulandi* e a necessidade de sua mitigação no âmbito da Justiça Laboral.

O terceiro capítulo destina-se a defender a necessidade da implementação de mudanças no que se refere às questões de desigualdade processual entre as partes do processo, uma vez que o reclamante, parte mais vulnerável, está sem a constituição de um advogado.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, visando a topetar a viabilidade da proposta em questão, bem como será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto deste trabalho, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las, utilizando a argumentação.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto se pretende utilizar a bibliografia pertinente à temática em foco, baseada na legislação, doutrina e jurisprudência, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a presente tese.



1. DEFINIÇÃO, PREVISÃO LEGAL E APLICAÇÃO DO *JUS POSTULANDI* DAS PARTES NO PROCESSO DO TRABALHO E EM OUTROS ÂMBITOS PROCESSUAIS.

O princípio do *Jus postulandi* é uma locução latina que se traduz pela ideia da reivindicação e é conhecido, tradicionalmente, como direito de postular, o qual, diante da legislação brasileira, é interpretado como a capacidade que se faculta a alguém de postular perante as instâncias judiciárias as suas pretensões na Justiça.

Igualmente, a Doutrinadora Dayse Coelho de Almeida¹ conceitua este instituto como:

O *Jus postulandi* das partes seria a possibilidade, aberta pela legislação vigente, de estar em juízo e durante o processo sem o acompanhamento de advogado. Nesse caso, a parte pode livremente defender seus interesses em juízo, da maneira que achar conveniente.

Segundo Cleber Lúcio de Almeida², para o exercício do *jus postulandi*, as partes precisam ter capacidade jurídica e capacidade de estar em juízo.

Tem capacidade para ser parte toda pessoa, física ou jurídica, detentora da capacidade de direito, isto é, da aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações (art. 1º do Código Civil). Contudo, somente tem capacidade de estar em juízo a pessoa que estiver no exercício dos seus direitos (art. 7º do CPC). Quem não se encontrar no exercício de seus direitos, embora possa ser parte, deverá ser representado ou assistido em juízo, conforme o grau de sua incapacidade (arts. 8º do CPC e 793 da CLT) (Grifos no original).

Urge esclarecer que a capacidade postulatória é a aptidão para realizar os atos do processo de maneira eficaz. Trata-se de um pressuposto processual, cuja inobservância gera nulidade do processo, conforme os artigos 1º e 3º da Lei nº 8.906 de 1994.

No Brasil, a regra geral é que o direito de postular, ou seja, o *Jus postulandi*, só pode ocorrer por meio da representação por advogado legalmente habilitado, como dispõe o artigo 103 do CPC. Segundo Alexandre Freitas Câmara³: “a capacidade postulatória pode ser definida como a aptidão que, em linha de princípio, é privativa do advogado”.

¹ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Acesso à Justiça e o Jus Postulandi das próprias partes no Direito do Trabalho: Acesso da Justiça ou Quilmesa Jurídica?*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p.98-99.

²ALMEIDA, Cleber Lúcio. *Dirigido Processual do Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.262.

³CÂMARA, Alexandre Freitas. *Livros de Direito Processual Civil*. 25.ed. V.1. São Paulo: Atlas, 2014.



Porém, cabe salientar que, em certas ocasiões, tal como nas causas trabalhistas, admite-se às próprias partes do litígio o direito de postular, independente de advogados, de acordo com enunciado da súmula 425 do TST⁴.

Urge acrescentar que o *jus postulandi*, no âmbito da justiça do trabalho, só pode ser exercido nas relações de emprego, ou seja, as partes devem preencher os requisitos contidos nos artigos 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁵:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Dessa forma, o instituto do *Jus Postulandi*, no âmbito da justiça do Trabalho brasileira, assim como nos Juizados Especiais⁶, concede ao próprio cidadão a capacidade de postular em juízo sem a constituição de um advogado. É importante destacar, ainda, que este direito é inerente a ambas as partes, tanto para reclamante como para a reclamada.

A referida garantia está preceituada no art. 791 da CLT, que dispõe: "Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a justiça do trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final".

O princípio do *Jus postulandi* se aplica a outros ramos do direito, no entanto, é no Direito do Trabalho que abarca um maior alcance e divergência doutrinária.

Tantas divergências ocorrem, principalmente, porque as lides trabalhistas, em regra, tratam de salário, que possui natureza alimentícia, e isso eleva ainda mais o grau de complexidade social.

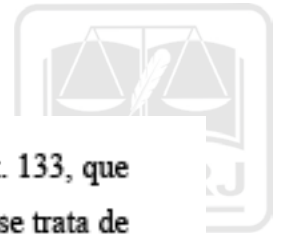
No entanto, as Cortes Trabalhistas, a partir do Tribunal Superior do Trabalho, têm entendido, bastante argumentar com o comando constitucional: -"A Constituição Federal não exclui o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho."⁷ Portanto, a Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994

⁴ O *Jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às varas do trabalho e aos tribunais regionais do trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. E também nos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/1995, art. 9.º) até o limite de 20 salários mínimos.

⁵ Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. In: *Paulo Marcos*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶ Os Juizados Especiais Cíveis adotam o instituto do *jus postulandi*, desde que o valor da causa não ultrapasse o montante de vinte salários mínimos. Dessa forma, a parte tem a possibilidade de provocar jurisdição, sem com o acompanhar todo o processo, sem a necessidade de constituir procurador em sua defesa. Tal faculdade encontra-se positivada no artigo 9º da Lei Federal nº 9.099/1995 que regula os Juizados Especiais no âmbito estadual.

⁷ (TST - 4ª t. - RR 32943/91.2 - rel. Min. Marcelo Pimentel - DJU 30.10.92). Outra manifestação procede, no mesmo Tribunal, da 3ª Turma: -"Dos honorários advocatícios a partir da Constituição de 88. Em face de pronunciamento do STF, exegeta maior da Constituição, continua em pleno vigor o princípio do *jus postulandi*. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR 7029/94.4 - rel. Min. Antônio Amaral - DJU 14.02.94).



não pode ter a força suficiente para se colocar acima da norma constitucional do art. 133, que manteve íntegro o *jus postulandi* no âmbito da Justiça do Trabalho, mesmo porque se trata de norma eminentemente social, que o interesse corporativo e individualista não tem como abolir do mundo do direito.

O princípio ora estudado teve sua implementação no processo trabalhista em virtude da circunstância de menor complexidade das demandas trabalhistas inerente ao respectivo momento - década de 30 -, e também devido aos fundamentos responsáveis pela sua concepção, que dizem respeito à garantia ao acesso à justiça, constituindo assim, benefício de ordem social e instrumento de garantia da cidadania, ao passo que, como delinea Almeida⁸, “Sem o *Jus postulandi* das próprias partes não haveria meio de se garantir ao hipossuficiente o seu direito fundamental de acesso à justiça.”

Cabe esclarecer que, nos Juizados Especiais, o referido instituto se justifica porque, além de a maioria das causas não versarem sobre verbas de natureza alimentícia, são estabelecidas restrições à sua incidência, tais como a ausência de complexidade probatória, a limitação do valor da causa – até 20 salários mínimos nos Juizados Especiais Cíveis e 30 salários mínimos nos Juizados Especiais Federais –, bem como a impossibilidade do seu exercício, nesses últimos, em fase recursal.

Já no caso do Processo Trabalhista, cabe frisar que, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a consequente ampliação da competência trabalhista, passou a vigorar o entendimento de que o *Jus postulandi* aplica-se não só à relação de emprego, mas também à relação de trabalho *lato sensu*.

Dessa forma, é evidente o objetivo do princípio do *jus postulandi*, que é afastar a necessidade de as partes constituírem um advogado para litigar na justiça do trabalho, embora restrito às relações de emprego, mesmo após a Emenda Constitucional 45.⁹

Lugo, em caso de ação trabalhista concernente à relação de trabalho não subordinado, as partes deverão estar representadas por advogados, a elas não se aplicando o art. 791 da CLT, restrito a empregados e empregadores.

A leitura literal do art. 791, da CLT, estabelece que é permitido às partes acompanhar as reclamações trabalhistas até o final, ou seja, o *jus postulandi* é aplicado aplica em todas as

⁸ ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Alcance da Justiça ou Quisera Jurídica?*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p.119.

⁹ SARAIVA, Renato. *Cursos de Direito Processual do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: Método, 2009, p.41.



instâncias: “Art. 791¹⁰ - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final ” Junto a este artigo, tem-se o art. 839, da CLT11, que concede a possibilidade da própria parte apresentar a reclamação trabalhista: “Art. 839 - A reclamação poderá ser apresentada: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe; ”

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite¹², “Pode-se dizer, portanto, que o *jus postulandi* no processo do trabalho, é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postularem diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado”.

Todavia, a experiência prática com o *Jus postulandi* na Justiça do Trabalho não nos anima a defendê-lo pois, quando as duas partes estão sem advogado, dificilmente a audiência não se transforma numa discussão entre reclamante e reclamado por desentendimentos pessoais, alheios ao processo e dificilmente se consegue conter os seus ânimos.

Desse modo, faz-se necessária uma análise quanto à possível mitigação do princípio do *Jus postulandi* no âmbito da justiça laboral, uma vez que o exercício deste direito acarreta grandes transtornos e prejuízos às partes e ao Estado, partindo do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana, a garantia do devido processo legal e aplicação da isonomia estão acima do entendimento social de que é simplesmente justo o exercício da busca dos direitos dos cidadãos, em nome próprio, e desassistidos por advogado nas lides trabalhistas.

2. REFLEXOS PRINCIPOLÓGICOS DO EXERCÍCIO DO *JUS POSTULANDI* E A NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO DESSE PRINCÍPIO

Os princípios são os alicerces de um sistema, são fundamentos de uma norma jurídica, são as vigas do direito que não estão definidas em diploma legal algum. No sistema jurídico, são o ponto de partida de todos os argumentos juridicamente válidos e das próprias normas jurídicas. Miguel Reale¹³ os conceitua como:

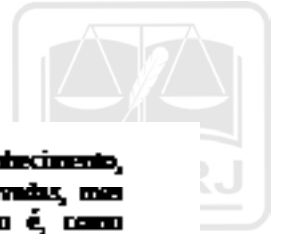
Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração no mesmo para a

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹ BRASIL.op.cit.nota5

¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Jus postulandi* e honorários advocatícios na Justiça do Trabalho à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004. *Revista de Trabalho e Previdência*, São Paulo, v. 2008, n. 17, p.28-31, out. 2006.

¹³ REALE, Miguel. *Lição Preliminar de Direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.



elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da prática.

Na mesma linha de pensamento, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado¹⁴, define princípio¹⁵ como “proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.

Em consonância com esses entendimentos, devemos concluir que não há de se falar em supressão total dos efeitos do princípio do *Jus Postulandi*, tampouco, a sua aplicação plena, uma vez que sempre haverá outros princípios a serem aplicados ao mesmo tempo.

Parece não pairar dúvidas na doutrina e na jurisprudência acerca dos vários prejuízos decorrentes do *jus postulandi* no Processo Trabalhista, em detrimento de eventuais benefícios por ele gerados, uma vez que o exercício do *Jus Postulandi* acarreta reflexos em relação aos princípios do devido processo legal, da isonomia e do acesso à justiça.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, conceitua isonomia como: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(…)”

A doutrina moderna entende que o princípio da isonomia consiste em igualar os desiguais na exata medida de sua desigualdade. Diante disso, pressupor que o pleno exercício do *jus postulandi* seja uma facilitação ao obreiro é fechar os olhos para a dignidade da pessoa humana, diante de um embate técnico-jurídico na seara trabalhista¹⁶, vê-se desprotegido, à descoberto, lançado à própria sorte na lide, uma vez que jamais haverá igualdade, no sentido amplo e constitucional, se não houver equilíbrio técnico, ao menos em tese, nos embates jurídicos nas salas de audiência dos diversos Fóruns trabalhistas espalhados pelo país.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6.ed. São Paulo: LTR, 2007, p.187.

¹⁵ Os princípios gerais do direito estão previstos no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Urge constatar que neste dispositivo há nítida posituação, em forma de método de integração do sistema jurídico, da postura a ser adotada pelo aplicador do direito, uma vez que deve seguir aqueles critérios, na ordem em que estabelecidos, para viabilizar a solução para a demanda judicial.

¹⁶ A justa defesa dos interesses do trabalhador, requerem sem sombra de dúvida a assistência de profissional habilitado para o exercício da advocacia, com conhecimento técnico, que possa diagnosticar os direitos suprimidos pelo empregador em detrimento do empregado; que possa de modo técnico cumprir os requisitos e pressupostos para o ajuizamento da ação, atento à forma e prazo para tal, não se olvidando do conhecimento técnico que ligue a causa de pedir ao pedido, entendendo assim, de modo correto, o conteúdo da isonomia em seu sentido amplo, ao desfavorecido obreiro, ignorante dos termos e aspectos processuais de uma demanda trabalhista.



Jorge Moscyr de Carvalho Silva Filho¹⁷ menciona, em sua obra, a isonomia como o princípio da finalidade social nas lides trabalhistas:

...o princípio tem por objetivo manter a isonomia entre as partes que litigam na Justiça do Trabalho, o que, em harmonia com o princípio da Proteção, permite que o juiz, na aplicação da lei, possa corrigir uma injustiça da própria lei materializando-se o que reza o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, -LINDIB, que assim se pronuncia: Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nesse mesmo diapasão, o exercício do *Jus Postulandi* chama a atenção para o óbice ocasionado justamente ao alcance do principal objeto para o qual foi criado, qual seja, a aplicação do direito e princípio constitucional do acesso à justiça.

Inicialmente cabe conceituar pleno acesso à Justiça de modo diverso do pleno acesso ao Judiciário. A este, entende-se a aplicabilidade do *jus postulandi*, enquanto que àquele, entende-se, por certo, uma garantia de igualdade técnica e efetiva na busca do bem da vida perseguido pelo obreiro nas lides trabalhistas propostas.

O acesso à justiça é um direito social fundamental, principal garantia dos direitos subjetivos. Os fins almejados pelo direito são vários, dentre eles: a ordem, a segurança, a paz social e a justiça. A eles correspondem valores jurídicos. As normas jurídicas se pautam por esses valores, que são meios para realizá-los.

É evidente que a previsão da faculdade de as partes postularem na Justiça Trabalhista sem advogado homenageou o princípio do acesso à justiça, previsto expressamente no art. 5º, XXXV da Carta Constitucional, em razão da desburocratização do Direito, considerando a facilidade de acesso à obtenção da tutela jurisdicional para os hipossuficientes, que não dispõem de condição financeira para contratar advogado e, especialmente, levando-se em conta a ausência de interesse desse profissional para atuar na referida área, em virtude da simplicidade e do baixo valor das causas.

Contudo, cabe ressaltar que a Justiça do Trabalho sofreu e continua sofrendo mudanças significativas, passando a ter como atribuição o processo e julgamento de causas dotadas de imensa complexidade e altos valores, de modo que, embora ainda se verifique estar contemplado o acesso à justiça em seu sentido meramente formal, resta claramente perceptível que a manutenção do instituto em foco na Justiça Trabalhista constitui impedimento ao acesso à ordem jurídica justa.

¹⁷ SILVA FILHO, Jorge Moscyr de Carvalho e. *Jus Postulandi no Direito do Trabalho: Benefício ou Malefício*. Disponível em < <http://www.webartigos.com> > Acesso em: 8 de set. 2017.

Nesse contexto, conforme entendimento do Doutrinador Carlos Henrique Bezerra¹⁸, é imperioso ressaltar que:

O acesso à justiça não mais deve ser entendida somente como a simples possibilidade a todos dirigida de levar as demandas em que se inserem seus conflitos de interesses à apreciação dos órgãos do Poder Judiciário, pois, em sua concepção moderna, esse direito fundamental é entendido como a prestação jurisdicional completa e efetiva, devendo-se garantir ao indivíduo os meios de movimentar toda a máquina do Estado no sentido de compor uma relação jurídico-processual justa e calada, além dos demais princípios, no equilíbrio e na isonomia entre as partes.

Urge esclarecer que, em sua maioria, as pessoas que demandam na Justiça do Trabalho, não detêm mínimos conhecimentos sobre os direitos aos quais fazem jus, de tal modo que os meios necessários para a sua efetivação são ainda mais notoriamente desconhecidos.

Deve-se ter em mente que acesso à Justiça não é sinônimo de mera admissão do processo, ou possibilidade de ingresso em juízo, uma vez que, para que haja o efetivo acesso à justiça, é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar ou a defender-se adequadamente, nos casos de escolha da via judicial, e que haja segurança de suas próprias soluções, nos casos de via extrajudicial, conforme entendimento do doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque¹⁹:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, concreto, justo.

Em síntese, pode-se afirmar que o princípio do acesso à justiça apenas irá se realizar em sua completude quando aplicado em consonância com outros princípios jurídicos, como os da máxima efetividade, da celeridade processual, da adequabilidade e da instrumentalidade das formas, os quais, se tomados e empregados harmonicamente, conjuguem esforços à realização da efetiva tutela jurisdicional.

Assim, é preciso mitigar o entendimento acerca do exercício do *ius postulandi* na Justiça do Trabalho, partindo do pressuposto que a finalidade social da lei, que é o alcance da dignidade

¹⁸ LITTLE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 145-148.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71.



da pessoa humana, da garantia do devido processo legal, do acesso à justiça e a aplicação da isonomia, está acima do entendimento social de que é simplesmente justo o exercício da busca dos direitos dos cidadãos, em nome próprio, e desassistidos por advogado nas lides trabalhistas.

Cumpre salientar que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho promoveu redimensionamento do *jus postulandi* das próprias partes na Justiça do Trabalho, limitando sua incidência ao editar a Súmula nº 425, *in verbis*:

O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não abrangendo a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Ao se analisar tal limitação, é possível vislumbrar que o que se buscou com a edição da referida súmula foi reconhecer que, em razão da complexidade dos recursos extraordinários, do necessário conhecimento técnico que se precisa ter, bem como do formalismo aplicado a tais variáveis, era preciso se colocar um freio limitador ao exercício do *jus postulandi*, isso em favor do próprio obreiro, que assim não estaria competindo em hipossuficiência técnica com a parte demandada.

É preciso reconhecer que, na prática, desde há muito, as partes se fazem representar na Justiça do Trabalho por advogado ou sindicato, uma vez que os atos processuais são técnicos, para o qual é necessário profissional habilitado, a fim de que, por exemplo, seja evitada uma inépcia, ou que se possa arguir a inépcia da exordial natural, a fim de que se utilize do recurso processual cabível para combater cada decisão judicial para que se tenha conhecimento e sejam observados os prazos processuais, enfim, para que se tenha verdadeiramente respeitados o contraditório, a ampla defesa e, como corolário, o devido processo legal.

Desta forma, uma análise conjunta do texto normativo²⁰ e da súmula 425 do TST, verifica-se que o exercício de tais direitos pode resultar em um grave prejuízo às partes litigantes, pois elas, em regra, desconhecem as normas jurídicas que possuem elevada complexidade, uma vez que a ciência jurídica possui suas peculiaridades, técnicas e procedimentos. Assim, ignorar tais conhecimentos gera grave prejuízo às partes, que serão prejudicadas definitivamente pela própria ignorância.

²⁰ O art. 791, da CLT, é cristalino ao estabelecer que é permitido às partes acompanhar as reclamações trabalhistas até o final, ou seja, o *jus postulandi* aplica-se à todas as instâncias: "Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final."



3. DIVERGÊNCIAS ENTRE CAPACIDADE POSTULATÓRIA E O INSTITUTO DO *JUS POSTULANDI* E AS CONSEQUÊNCIAS CRIADAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

É mister ressaltar que, no campo da definição do direito ora estudado que, embora grande parte da doutrina considere o *jus postulandi* das próprias partes e a capacidade postulatória como um só instituto, outra parte, também composta por juristas de atuação relevante para o direito, promove distinção, cabendo aqui destacar os dois posicionamentos sobre o tema.

Carlos Henrique Bezerra Leite²¹ um dos principais juristas que integram o grupo dos que conceituam *jus postulandi* e capacidade postulatória de uma mesma forma, afirma que:

Capacidade postulatória, também chamada de *jus postulandi*, é a capacidade para postular em juízo. Trata-se de autorização reconhecida a alguém pelo ordenamento jurídico para praticar atos processuais²², explicando ainda que “o *jus postulandi*, no processo do trabalho, é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representados por advogado.

Ao revés, Sérgio Pinto Martins²³ aponta divergência entre capacidade postulatória e *jus postulandi*, esclarecendo que: “A primeira refere-se ao sujeito e a segunda ao exercício do direito possibilitado pela capacidade de estar em juízo.”

Permissa vênia, em que pese o entendimento esposado pela 1ª corrente doutrinária poder ser considerado de melhor didática, esta pesquisa se alinha ao juízo da 2ª corrente, no sentido de não se confundirem os conceitos de *jus postulandi* e capacidade postulatória, por parecer mais adequado ante ao entendimento de que esse último está diretamente relacionado ao sujeito, ou seja, de que a capacidade postulatória diz respeito à aptidão técnica para se dirigir ao Estado-Juiz, sendo atributo privativo da profissão de advogado, cabendo, por fim, destacar a lição de José Augusto Rodrigues Pinto²³:

Jus Postulandi pessoal, simples efeito da capacidade postulatória, não é uma peculiaridade legal, em si. Esta se traduz no reconhecimento da capacidade de postular em juízo a quem não está legalmente habilitado ao exercício, quebrando a princípio geral da triplíce manifestação de capacidade, em processo (capacidade ad processum, capacidade ad causam e capacidade postulatória), esta última só pode ser reconhecida ao advogado, ou seja, ao Bacharel em direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, de modo a facultar-lhe o exercício da profissão.

²¹ LEITE. *op.cit.*, p.415.

²² MARTINS. *op.cit.* p.190.

²³ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista de Conhecimento*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1991, p.60.



O instituto do *Jus Postulandi* na justiça do trabalho, além de consequências outras, provoca significativa limitação ao exercício de uma profissão tão relevante para a sociedade, qual seja, a advocacia, reduzindo assim as possibilidades de atuação dos advogados²⁴ que, apesar de possuírem a técnica e qualificação adequadas ao patrocínio de eventuais direitos trabalhistas, deixam de ser contratados, ao passo que potenciais clientes, influenciados pela errônea ideia de facilidade de acesso à justiça, ante a sua hipossuficiência financeira, optam por exercer a faculdade de postular pessoalmente, o que obstaculiza o exercício da profissão.

Nessa linha de pensamento, vemos que é evidente a melhor formação do processo com a constituição do patrono, visto que a parte terá uma maior segurança em virtude da qualificação técnica e especializada do patrocínio.

Dessa forma, urge ressaltar que, mesmo o advogado sendo uma faculdade para a parte, em virtude da possibilidade de exercer o seu direito pessoalmente em juízo, o referido profissional é quem possui conhecimento e habilidade técnica para postular em juízo, pois a sua presença no processo oferece uma maior segurança à defesa do direito e às partes.²⁵

Neste mesmo raciocínio defende Amauri Mascaro Nascimento²⁶:

Com efeito, a presença do advogado consciente valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável. A advocacia é inerente aos propósitos de boa realização da justiça, daí serem baldados, na história, os tentativos de sua supressão, como o de Frederico, O Grande, da Prússia, em 1781, que entendia que o melhor sistema para restabelecer a justiça era a supressão dos advogados... também a revolução russa de 1917 voltou atrás do seu propósito de substituir os advogados por um colégio de procuradores empregados do Estado.

Fato incontroverso é a existência de inúmeras divergências na doutrina quanto à adequação da aplicação do instituto em tela no Processo Trabalhista, no entanto, vale ressaltar que, antes da existência da Emenda Constitucional 45/2004²⁷, notáveis juristas já se

²⁴ O TST, por meio das Súmulas nº 219 e 329, firmou o entendimento no sentido de que só cabe o pagamento de honorários advocatícios em favor da parte vencedora da demanda quando atendidos os seguintes requisitos: o trabalhador não receber salário superior a dois salários-mínimos, declarar não possuir capacidade financeira de arcar com a demanda sem prejuízo ao seu próprio sustento, e estar gozando de assistência prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer. Assim, a impossibilidade de recebimento pelos advogados dos honorários decorrentes da sucumbência desestimula a participação dos profissionais mais capacitados dessa área na Justiça do Trabalho, podendo ocasionar em alguns casos a defesa dos direitos da parte sem a devida qualificação, e, conseqüentemente prejudicando o acesso à ordem jurídica justa.

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.330.

²⁷ Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, publicada em 31.12.2004, determina significativas mudanças no Poder Judiciário, em especial na Justiça do Trabalho, com a ampliação de sua competência, através da nova redação dada ao art.114 CF. Recontra-se em pleno vigor o art.114 da CF, ressaltando: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de



posicionavam contra a aplicação do *jus postulandi*, sob o argumento de que a entrada em vigor do artigo 133 da Carta Magna teria revogado o artigo 791 da CLT, com fundamento na previsão de indispensabilidade do advogado à administração da justiça. Nesse sentido, aliás, destaca-se a lição de Manoel Antônio Teixeira Filho²⁸:

O artigo 133 da Constituição Federal de 1988 revogou o artigo 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que concedia às partes o *jus postulandi*, e continua, sempre entendemos que o advogado era condição fundamental para o equilíbrio técnico na disputa, para uma solução justa e equilibrada do conflito de interesses. A vida prática demonstrou, num incontável número de ocasiões, que, quando um dos litigantes ia sozinho sem advogado, mas outro, fazia-se acompanhar por procurador judicial, o que se presenciava, dramaticamente, não era uma porfia equilibrada, mas um massacre contínuo. Os tempos, contudo, agora são outros. A Constituição Federal vigente declara ser o advogado pessoa indispensável à administração da Justiça (artigo 133).

A aplicação do instituto do *Jus Postulandi* passou a ser ainda mais contestado a partir da EC nº 45/2004, uma vez que, responsável pela expressiva ampliação do rol de competência material da Justiça do Trabalho, provocou o fim do caráter de simplicidade, antes predominante no referido órgão, de modo que, como explica Moura²⁹ “Falar em manutenção do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho após a E.C. 45/2004, além de inconstitucional como já declinado, é no mínimo, temerário”.

Em suma, resta indubitável que a manutenção do *jus postulandi* das partes, após as alterações legislativo-constitucionais em foco, tornou-se não só insustentável, como prejudicial ao trabalhador, merecendo destaque, nesse sentido, os ensinamentos de Benedito Calheiros Bonfim³⁰:

Com o decurso do tempo, a Justiça do Trabalho expandiu-se, tornou-se técnica, complexa, formal, solene. O processo trabalhista incorporou um esmiuçado de institutos processuais civis. A Consolidação foi acrescida de mais de mil alterações nos Caput, parágrafos, letras, alíneas, incisos. Criou-se paralelamente uma legislação extravagante, mais extensa do que a própria CLT. Diante dessas transformações tornou-se imprescindível a presença do advogado. O *jus postulandi* mostrou-se prejudicial ao trabalhador, incapaz de se mover nesse intrincado sistema judicial e processual.

Do mesmo modo, outro aspecto de suma importância, de âmbito prático, complicador à previsão da faculdade de postulação das próprias partes sem acompanhamento por advogado é, indubitavelmente, a não participação da Defensoria Pública na Justiça do Trabalho, o que

direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

²⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Sistemas das Encuestas Trabalhistas*. 9.ed. São Paulo 1997, p. 146 e 146.

²⁹ MODERA, Fernando Galvão. *O jus postulandi na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2882, 23 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19177>>. Acesso em: 21abr.2014.

³⁰ BONFIM, Benedito Calheiros. Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho em Face da CF/88, da Emenda Constitucional nº 45, do Estatuto da Advocacia, do Código Civil e da Instrução Normativa nº 27 do TST. *Revista RJS Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre, n. 229, jul. 2008, p. 105-111.



configura difamação constitucional, ante as disposições contidas nos artigos 5º, LXXIV e 134, ambos da Constituição Federal, abaixo transcritas:

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

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Apesar de haver previsão no art. 14 da Lei Complementar n. 88 da atuação da Defensoria Pública da União na Justiça do Trabalho, ela tem ocorrido somente na Justiça Federal Comum, inexistindo qualquer perspectiva de instituição de uma Defensoria Pública específica³¹.

Dessa forma, no caso da Justiça do Trabalho, em virtude da interpretação restritiva e incompatível com a Constituição da Lei nº 5.584/70, tem-se determinado ao sindicato da categoria profissional do trabalhador a incumbência da prestação de assistência judiciária, sendo esse considerado um modelo ultrapassado, limitando, acentuadamente, o livre acesso à justiça, uma vez que a realidade demonstra uma situação insatisfatória e insuficiente dos sindicatos na prestação da assistência judiciária, pois raríssimas organizações sindicais possuem a estrutura suficiente para a efetivação deste amparo.

Nessa toada, Valentim Carrion³², em sua obra, mostra-se contrário ao modelo de assistência judiciária gratuita em tela, posicionando-se conforme transcrição abaixo:

[...] a) porque o texto (Lei nº 5.584/70) não diz (como poderia parecer) que na Justiça do Trabalho a assistência "só será prestada pelo sindicato"; b) porque uma interpretação limitadora que se deixe levar pela primeira impressão gramatical que transmite o texto contraria o processo histórico brasileiro; este é no sentido de seu aperfeiçoamento. [...] c) porque, perquirindo-se a finalidade da lei, não há vantagem na discriminação contra o necessitado trabalhista, em cotejo com o necessitado do processo comum [...] d) porque é inconsistente o argumento de que na Justiça do Trabalho o advogado é desnecessário mesmo que se queira conservar o direito da parte prestador. E, além do mais, seria como dispensar-se assistência médica dizendo-se que o doente pode automedicar-se sozinho; e) porque não se deixaria sem assistência judiciária os trabalhadores das cidades onde não há sede do sindicato e existe Junta de Conciliação e Julgamento (os promotores nesses casos não têm atribuições), os trabalhadores de sindicatos que não possam organizar a assistência, os servidores públicos estaduais e municipais que não tenham categoria que os represente, os domésticos e seus patrões, as hipóteses em que o advogado do sindicato está impedido, o pequeno empresário, o cliente deste, o pequeno empregador acrisolado, certos

³¹ ALMEIDA, op.cit., p.121-122.

³² CARRION, Valentim. *Comentários à Constituição das Leis do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: RT, 1993, p.560-562.



humildes recursos (não insuficientes quanto seus reclamantes); o trabalhador que discorde da orientação adotada pelo sindicato.

Destarte, urge ressaltar a incompatibilidade do auxílio prestado pelo sindicato com as disposições do Texto Constitucional³³, visto que este dispõe sobre o dever de ser proporcionada a assistência judiciária integral e gratuita às pessoas que comprovem insuficiência de recursos, devendo, portanto, ser prestada pelo Estado, justamente por meio da Defensoria Pública, não podendo, desta forma, sê-lo feito pelo sindicato.

Isso posto, além da visível mácula constitucional, essa conjuntura fática representa gravame aos trabalhadores, eis que estes, deparando-se com organização sindical despreparada para a prestação da assistência judiciária e, dominados pelo equivocado pensamento da insuficiência de condições econômicas para contratar advogado, veem-se compelidos a fazer uso do *jus postulandi*, prejudicando assim a efetivação dos seus direitos trabalhistas.

CONCLUSÃO

Em que pese o instituto do *Jus Postulandi* das próprias partes na Justiça do Trabalho ter sido bastante adequado à época em que foi criado, sob a ótica do acesso à justiça e da pequena complexidade das causas, parece incontestável que atualmente esse direito se mostra ineficaz no âmbito judiciário em questão, visto que sua existência ocasiona diversas implicações, tais como a ausência de acesso a uma ordem jurídica justa e a redução na possibilidade de atuação daqueles que possuem o devido conhecimento técnico para a prática da defesa de direitos, quais sejam, os advogados, motivo pelo qual se elaborou o Projeto de Lei da Câmara nº 33 de 2013, com sua aprovação iminente, a fim de extirpar o instituto em comento do Direito Processual Trabalhista.

O Processo Trabalhista veio se tornando cada vez mais complexo e específico, exigindo, assim, manifesta tecnicidade, da qual os cidadãos leigos, via de regra, são desprovidos, eis que pertencentes aos profissionais da advocacia, em virtude do longo período de estudo que compreende o bacharelado em Direito.

³³ Art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”



À luz do aludido no presente artigo, é preciso mitigar o entendimento acerca do exercício do *ius postulandi* na Justiça do Trabalho, partindo do pressuposto que a finalidade social da lei, a dignidade da pessoa humana, a garantia do devido processo legal e aplicação da isonomia estão acima do entendimento social de que é simplesmente justo o exercício da busca dos direitos dos cidadãos, em nome próprio, e desassistidos por advogado nas lides trabalhistas.

Dessa forma, foi possível constatar que a aplicabilidade do *ius postulandi* das partes na Justiça do Trabalho acabou ocasionando diversas implicações, tais como a ausência de fomento à participação da defensoria pública, fato que configura a inexistência de assistência judiciária gratuita nesse órgão, e a limitação ao exercício de uma profissão, cujo valor social é de relevância incomensurável, como a advocacia, ao passo que a faculdade de a parte postular pessoalmente obsta a atuação e o desenvolvimento, principalmente, dos advogados recém-firmados.

Portanto, é imperiosa e urgente a modificação desse cenário, o que será possível alcançar por meio da alteração legislativa proposta pelo Projeto de Lei Complementar 33/2013, que tem como escopo promover solução adequada aos problemas constatados a partir da total extinção do instituto aqui estudado no Direito Processual Trabalhista, de tal forma que sua aprovação é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio. *Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.262.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Acesso à Justiça e o Ius Postulandi das próprias partes no Direito do Trabalho: Alcançe da Justiça ou Quimera Jurídica?*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONFIM, Benedito Calheiros. *Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho em Face da CF/88, da Emenda Constitucional nº 45, do Estatuto da Advocacia, do Código Civil e da Instrução Normativa nº 27 do TST*. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Porto Alegre, n. 229, jul. 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*: volume 1, 25.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: RT, 1993.



Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. In: *Vade Mecum*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6.ed. São Paulo: LTR, 2007, p.187.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10.ed. São Paulo: LTR, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2012a. *Comentários à CLT*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

MOURA, Fernando Galvão. *O jus postulandi na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n° 45/2004*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2882, 23 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19177>>. Acesso em: 21abr.2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amari Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista da Conhecimento*. 4.ed. São Paulo: LTr, 1991.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6.ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA FILHO, Jorge Moacyr de Carvalho e. *Jus Postulandi no Direito do Trabalho: Benefício ou Maléfico*. Disponível em< <http://www.webartigos.com>>. Acesso em: 8 set.2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Sistemas dos Recursos Trabalhistas*. 9ed. São Paulo 1997.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In: *Participação e processo*, São Paulo: RT, 1988.



O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO JULGAMENTO REFERENTE AO ABORTO COMETIDO ANTES DO TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO E SEUS EFEITOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Fernanda Pereira Ribeiro

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – grandes questões de relevância política e social passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário, por meio do que se denomina de fenômeno da judicialização da política e ativismo judicial, fazendo com que surgissem diversas críticas quanto à legitimidade da atuação dos órgãos judiciais. A partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, este artigo busca analisar os efeitos da atuação do Poder Judiciário na democracia brasileira. Por fim, toda esta discussão será trazida para realidade brasileira, com a análise da recente decisão que descriminalizou o aborto realizado até o terceiro mês de gestação, defendendo-se a tese de que tal atuação é compatível atende às necessidades do novo modelo de democracia.

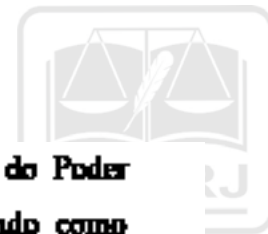
Palavras-chave – Direito Constitucional. Judicialização da política. Ativismo Judicial. Democracia.

Sumário – Introdução. 1. O ativismo x a autocontenção judicial. 2. A recente decisão de afastamento da prisão preventiva em caso de crime de aborto cometido antes do terceiro mês de gestação ultrapassa os limites institucionais do Poder Judiciário? 3. A crescente judicialização da vida brasileira e o risco à democracia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa atuação do STF no julgamento referente ao aborto cometido antes do terceiro mês de gestação e seus efeitos na democracia brasileira e se tal atuação configura hipótese de ativismo judicial. A tese surgiu diante da percepção de que o Brasil enfrenta no momento uma crise de representatividade. Por esse motivo, constata-se a ocorrência do fenômeno da judicialização da política, que consiste na transferência do poder decisório do Poder Legislativo ao Poder Judiciário sobre questões políticas.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, muitas vezes se depara com situações em que precisa adotar uma postura contramajoritária, a fim de garantir a proteção aos direitos constitucionalmente garantidos em prol das minorias. Ao fazê-lo, surgem inúmeros questionamentos acerca da legitimidade democrática de sua atuação.



Com base nesta discussão, surgem questionamentos acerca da atuação do Poder Judiciário e se esta está de acordo com o princípio democrático. Assim, usando como parâmetro a análise do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, no qual esse se manifestou em favor do afastamento da prisão preventiva em caso de crime de aborto cometido antes do terceiro mês de gestação, busca-se investigar quais seriam, atualmente os limites institucionais da Corte Constitucional brasileira, diante da recente mudança de cenário pela qual está passando.

Para tanto, no primeiro capítulo, será apontado que antes da Constituição de 1988 o Judiciário brasileiro adotava uma posição de autocontenção judicial e, após a reforma constituinte passou a adotar uma posição ativista, procurando extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional. Esta análise crítica da mudança de paradigmas, será a base sobre a qual se fundamentará a hipótese em questão, bem como permitir uma nova visão sobre a diferente forma de atuação do Judiciário brasileiro.

Em seguida, será feita uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de aborto até o 3º mês de gestação sem que haja a configuração de crime, abordando quais as consequências desta atuação em um Estado Democrático de Direito, onde a função de cada Poder é muito bem delimitada na Constituição Federal.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordada o crescente processo de judicialização instaurado no Brasil. Busca-se sugerir uma nova delimitação dos limites institucionais do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que no cenário atual, marcado por uma crise de representatividade, há a necessidade de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais.

Desta forma, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em alguns julgamentos, principalmente o mais recente julgamento referente a descriminalização do aborto antes do 3º mês de gestação, para que se verifique a ocorrência da judicialização da política e a adoção de posturas ativistas. Destarte, será desenvolvido um raciocínio hipotético-dedutivo para comprovar ou rejeitar as teses apresentadas. Assim, a abordagem da pesquisa será necessariamente qualitativa, pois valorará lei, jurisprudência e doutrina.



1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: AUTOCONTENÇÃO x ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 2º, adotou o princípio da separação dos poderes, cláusula pétreia, segundo a qual se orienta o ordenamento jurídico pátrio.

A ideia de separação dos poderes, desenvolvida por Aristóteles, divide a política basicamente três funções: a de editar normas; a de aplicar normas e a de julgar normas gerais observadas por todos.

No entanto, a formulação, da teoria da separação dos poderes tal qual é conhecida atualmente fora idealizada por Charles de Montesquieu¹, que em sua obra afirmava que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.

Assim, surgiram os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que se caracterizam por serem autônomos, devendo, no entanto, atuar de forma harmônica, uma vez que, em verdade, o poder é uno, se dividindo em três funções, que possuem atividades típicas bem delimitadas.

Por esta razão, em regra, sempre cabe ao Poder Judiciário, a função jurisdicional, ou seja, a de dizer o direito, solucionando lides que eram levadas ao seu conhecimento através de um processo judicial. Para tanto, cabia ao magistrado interpretar e aplicar a lei, que por sua vez, era produto da atuação do Poder Legislativo, de forma que política e justiça ocupavam espaços separados.

No entanto, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária. Os países, que antes adotavam o modelo de Estado legislativo direto, segundo o qual a Constituição era compreendida como um documento político, cujas normas não eram aplicadas diretamente, passaram a adotar modelo de Estado constitucional de direito, que concebe a Constituição como norma jurídica central e suprema.

Houve uma potencialização da força normativa da Constituição, a posituação de direitos fundamentais e o fortalecimento do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, por

¹MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Relevo, 1987, p. 185.

meio do controle de constitucionalidade, com a finalidade de obter soluções justas e adequadas à realidade social, que evitassem abusos por parte do legislador ordinário.

A sociedade passou a clamar por uma postura mais ativa do Judiciário que, não podendo se afastar dos debates sociais passou a participar diretamente de decisões de temas de caráter social, principalmente relacionados à preservação da dignidade da pessoa humana.

Nessa conjuntura, o Poder Judiciário passou a intervir diretamente no processo democrático.

Luís Roberto Barroso², ao analisar o fenômeno da judicialização no Brasil, atenta para a existência de três grandes causas: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988³, o Judiciário passou a ter a função política de zelar pelo devido cumprimento das normas contidas na Constituição, inclusive frente aos demais poderes. Como consequência, a redemocratização revivou a cidadania, e trouxe maiores informações à população quanto aos seus direitos, o que resultou em um considerável aumento na demanda por justiça.

Por outro lado, a partir do momento em que a Constituição passa a tratar de inúmeras matérias que eram deixadas para o processo político majoritário, a norma constitucional se torna uma pretensão jurídica, passível de ser tutelada por meio de uma ação judicial.

Por sua vez, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, definido como híbrido ou eclético, conjuga elementos dos sistemas americano e europeu, de maneira que, em tese, a validade constitucional de leis e atos normativos pode ser discutida perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio, através da propositura de ações diretas.

Cabe ressaltar que o fenômeno judicialização não se confunde com ativismo judicial. Enquanto a judicialização da política se caracteriza por ser um conjunto de mudanças institucionais, que tendem a atribuir competências ao Judiciário para analisar questões de natureza política sendo, portanto, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, o ativismo judicial é uma postura proativa dos juízes e tribunais que, ao interpretar a Constituição, inovam na ordem jurídica e política, e que normalmente se instala em situações

²BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado* n. 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 73.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.



de retração do Poder Legislativo, quando as demandas sociais não são atendidas de forma efetiva.

Em contraposição ao ativismo judicial está o fenômeno da autocontenção judicial, definido por José dos Santos Carvalho Filho⁴ da seguinte forma:

a teoria da autocontenção (self-restraint) é muito difundida nos Estados Unidos e consiste na autolimitação do Judiciário. Se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, também é verdade que o Judiciário não deve intervir desnecessariamente em problemas políticos examinados pelo legislador, pois o juiz que afronta ou reformula leis com base em entendimentos pessoais ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação.

Assim, com a finalidade de tentar impor limites à expansão do Judiciário, os conservadores passaram a adotar uma conduta de autocontenção judicial, segundo a qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, utilizando critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade das leis, além de não interferir nas políticas públicas, dando mais espaço à atuação de poderes políticos.

A principal diferença metodológica entre o ativismo e a autocontenção judicial está no fato de que, a princípio, o ativismo procura extrair o máximo do texto constitucional, enquanto a autocontenção restringe a incidência da Constituição em favor de instâncias tipicamente políticas.

No entanto, diante da crise de legitimidade que o Brasil se encontra, é preciso que o Supremo Tribunal Federal encontre um ponto de equilíbrio entre as duas vertentes, de forma que a jurisdição constitucional não exceda de forma inestrita os limites institucionais a ela impostos e nem deixe de proteger os direitos fundamentais das minorias garantindo, assim, o princípio democrático.

⁴DEMODILIS; LUNARDI *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de processos e o supremo da sociedade. *Revista de informações legislativas*. Brasília, ano 51, n 202, abr/jun 2014, p. 171.

2. A RECENTE DECISÃO DE AFASTAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA EM CASO DE CRIME DE ABORTO COMETIDO ANTES DO TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO ULTRAPASSA OS LIMITES INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO? \

Como dito no capítulo anterior, com a promulgação da CRFB/88⁵ o Supremo Tribunal Federal se tornou legitimado para, além de julgar causas que chegassem a ele de forma difusa, realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Com isso, o STF assumiu verdadeira posição de guardião da Constituição e protetor de seus dispositivos.

Por conta de tal mudança, é possível constatar a existência de uma tensão entre a legislação, reflexo da vontade da maioria, e a função da Corte Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade.

Essa tensão fica evidente quando o Tribunal é chamado a decidir sobre questões de vida e morte, que tratam do direito fundamental mais caro ao sistema constitucional democrático. Sobre o tema, não há caso mais emblemático do que a discussão sobre o aborto, recentemente retomada no Brasil após a polêmica decisão (HC 124.306/RJ⁶) da 1ª Turma do STF, objeto de análise da presente pesquisa.

O aborto é crime, tipificado nos artigos 124 a 126 do Código Penal⁷, inserido topograficamente no capítulo que trata dos crimes contra a pessoa. Segundo Mirabete⁸:

aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, resservado pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante manter antes da sua expulsão.

Todavia, o Código Penal, em seu art. 128, prevê as hipóteses em que não será punido o aborto, quais sejam: o aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, devendo ser precedido do consentimento da gestante ou de seu responsável legal, quando incapaz.

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%203%207ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 124306. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28124306%28NUMERO%28+CRU+124306%28ACMS%28%28&base=baseArquivos&url=http://tinyurl.com/btu5obq>>. Acesso em 09 out. 2017.

⁷BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/Del2848/compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

⁸MIRABETE, Julio Pabiani. *Manual de Direito Penal*. 24 ed. V.2. São Paulo: Atlas, 2006, p. 6.



Além dessas duas hipóteses previstas na legislação, o STF declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo⁹ é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, I e II, todos do Código Penal, descriminalizando-o.

Em 2016, foi criada nova hipótese de afastamento da configuração do crime de aborto. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal, no HC 124.306/RJ¹⁰ utilizando-se de interpretação conforme a Constituição dos arts. 124 a 126, do CP, posicionou-se no sentido de excluir do âmbito de incidência deste tipo penal a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, sob o fundamento de que a criminalização, neste caso, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Segundo o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, no caso concreto há de se observar a contraposição existente entre o direito à vida do nascituro e direitos fundamentais da mulher. O primeiro embate que se firma é o momento em que se inicia a vida, questão que por si só é muito divergente na doutrina uma vez que não há uma resposta jurídica para o problema, esta varia conforme concepções religiosas, filosóficas, científicas, etc.

Assim, entende o Ministro que a resposta para tal questionamento se trata de um ato discricionário de escolha, de maneira que não poderia o Estado impor uma visão em detrimento da criminalização da outra.

O Relator afirma, ainda, que a criminalização da conduta é incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez, e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

A decisão foi de grande repercussão na imprensa, gerando inúmeros debates e diversas críticas. Em reportagem veiculada na Gazeta do Povo¹¹, juristas como, a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva defendem que o STF violou flagrantemente a divisão de

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?sl=%2854%2EENDUMB%2E+CRU+54%2EACMS%2E%28&base=baseAcreditos&url=http://tinyurl.com/fzpbme7>>. Acesso em 12 set. 2017

¹⁰BRASIL. *op.cit* nota 5.

¹¹NETSCH. *Jornal STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas*. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-b5epd528kt1nforokbf8b17>>. Acesso em: 19 out. 2017

poderes ao proferir tal decisão. Já para Estefânia Barbosa, professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR), cabe ao Supremo fazer um papel contramajoritário e o caso se trataria de um ativismo benéfico, ou seja, para a proteção de direitos.

Na matéria apresentada pela Revista Época¹², afirmou-se que “a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de que o aborto até o terceiro mês de gravidez não é crime é um raro sinal de avanço civilizatório vindo de Brasília”, defendendo, portanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

Como se pode notar, a decisão proferida pela Corte Constitucional brasileira repercutiu diretamente na vida dos cidadãos. No entanto, ao proferir decisões como esta, não teria o Supremo Tribunal Federal se substituído ao papel que cabe, de forma mais apropriada, aos representantes populares? A atuação da Corte, nesse caso, encontra-se dentro dos seus limites institucionais?

O primeiro limite institucional do Poder Judiciário está no princípio da separação dos poderes. Como dispõe Eduardo Augusto Pohlmann¹³, o Estado de Direito se constrói a partir de uma divisão de funções, baseadas em um sistema de freios e contrapesos, de forma que um poder controle o outro, evitando que um deles torne-se excessivamente poderoso, o que poderia impactar nas liberdades públicas e individuais.

O segundo limite é o fato de que os membros do Judiciário não são eleitos. No Poder Legislativo, detentor da função típica de legislar, a legitimidade da atuação de seus membros está no modo de aquisição do cargo, qual seja o voto popular, representando a vontade da maioria. No entanto, os ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos, do contrário, são nomeados pelo Presidente da República, e tem o papel de garantir a aplicação da lei, verificando se elas não violam preceitos constitucionais.

Por último, há a questão de saber se, de fato, a Suprema Corte é sempre a melhor intérprete da Constituição. No que tange a esse limite institucional, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule¹⁴ em *Interpretation and Institutions* partem da premissa de que para que se possa concluir pelo melhor método interpretativo da norma constitucional, é preciso analisar as

¹²SRGATTO, Cristiane. STF decide que aborto até o terceiro mês de gestação não é crime: o que isso significa. *Revista Época*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/cristiane-srgatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isto-significa.html>> Acesso em: 19 out. 2017.

¹³POHLMANN, Eduardo. O aborto chega ao STF: ativismo judicial e legitimidade democrática. *Estadão*. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blog/estado-da-arte-o-aborto-chega-ao-stf-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

¹⁴SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.



capacidades das instituições existentes e de seus agentes públicos e os efeitos sistêmicos das decisões a serem proferidas.

Assim, os autores¹³ chegaram à conclusão de que a capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

No julgamento em análise, tendo em vista que a criminalização do aborto, neste caso, viola o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher, é legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal a fim de resguardar estes direitos sem que com isto se ultrapasse o limite institucional do órgão.

Isso porque, como Corte Constitucional, é o guardião da Constituição, devendo zelar por sua observância, em nome dos direitos fundamentais e princípio democrático, de maneira que é possível uma atuação contramajoritária em defesa destes direitos.

3. A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA BRASILEIRA E O RISCO À DEMOCRACIA

A sociedade contemporânea se caracteriza pela pluralidade de pensamentos e ideais defendidos, de forma que a população começou a demandar do Judiciário a resposta para o conflito de opiniões que surgem, regulando as relações entre os indivíduos, surgindo assim o fenômeno da judicialização.

A judicialização, na definição de Luís Roberto Barroso¹⁴, é um fenômeno que tem como característica o fato de que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Nas palavras de Rodrigo Brandão¹⁵:

a judicialização da política impõe mudanças radicais no princípio da separação dos poderes e no equilíbrio entre independência e responsabilidade judicial. Quanto ao primeiro aspecto, compete ao Legislativo criar o direito e ao Judiciário aplicá-lo, o que no âmbito constitucional era garantido através da aplicação judicial apenas de normas precisas (regras). Todavia, com o reconhecimento de que os princípios são autoaplicáveis em juízo, o Judiciário avançou sobre o espaço indeterminado da

¹³Ibid, p. 245.

¹⁴BARROSO, op.cit. p. 74.

¹⁵BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 323.

Constituição. Tal circunstância, somada aos efeitos gerais das decisões da Suprema Corte, torna flagrante o aspecto criativo da atividade judicial.

No Brasil, segundo Larissa Barreto Maciel¹⁸, esta nova procura do Judiciário, mais notadamente percebida por meio dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, é um reflexo da transformação da sociedade que percebe com maior nitidez seus direitos e os quer aplicados e melhor delimitados. Além disso, reflete a constitucionalização ampla dos direitos sociais, políticos e da democratização do Estado.

Neste cenário, nota-se que a crescente judicialização da vida brasileira está diretamente ligada à uma mudança social, na qual há uma busca pela efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, principalmente os da minoria, que não são atendidos pelo Poder Legislativo, onde se exerce uma representação majoritária.

Neste momento, surgem questionamentos quanto aos riscos que a judicialização pode causar à democracia.

De um lado, autores defendem a existência da denominada dificuldade contramajoritária. O termo *counter-majoritarian difficulty* foi utilizado pela primeira vez por Alexander Bickel¹⁹, em sua obra *The Least Dangerous Branch*, e, em tese, trata da impossibilidade de tribunais ou órgãos não eleitos democraticamente invalidarem decisões de órgãos que exercem mandato popular. Em outras palavras, é contrário ao conceito tradicional de democracia – governo da maioria – que a atuação do Judiciário se dê de forma a sobrepor suas decisões àsquelas tomadas pelos agente políticos, verdadeiros representantes da maioria.

Todavia, doutrina majoritária se posiciona em sentido contrário. Isto porque, como defende Bobbio²⁰, ao se enfrentar o questionamento da legitimidade democrática da justiça constitucional, já não se deve ter por base o tipo ideal de democracia representativa do Estado moderno.

Ad contrário, deve-se levar em conta a complexidade do verdadeiro jogo democrático com que se depara a guarda jurisdiccional da ordem constitucional e que torna, mais do que legítima, altamente relevante no Estado Democrático de Direito. Isto porque, o conceito de democracia não se resume ao princípio majoritário, consistindo também na

¹⁸MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. *Revista AJURE*, v. 39, n. 126. Porto Alegre: AJURE, junho, 2012, p. 115.

¹⁹BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

²⁰BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 6 ed. 1986, p. 44. Explica o autor: "A expressão 'democracia representativa' significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade".



realização de valores substantivos, na concretização de direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas²¹.

No mesmo sentido, afirma Dworkin²² que é preciso compreender o Direito como um sistema de regras e princípios dotado de integridade, de maneira que a existência de uma comunidade verdadeiramente democrática pressupõe a salvaguarda de posições contramajoritárias, cuja força obrigatória advém de princípios exigidos pela moralidade política.

O autor²³ busca densificar o ambiente decisório através de princípios, que são imperativos morais reconhecidos como direitos fundamentais e por isso contam com a proteção da jurisdição constitucional, devendo prevalecer sempre, ainda que de forma contramajoritária. Por esta razão, a jurisdição constitucional além de ser compatível com o sistema democrático, contribui para o seu fortalecimento, uma vez que a proteção do direito das minorias é um dos pilares da democracia.

Desta forma, não há o que se falar em risco à democracia, seja porque esta deve ser vista a partir de uma conceituação mais moderna que abrange as minorias, ou pelo fato de que o constitucionalismo moderno, através do sistema de freios e contrapesos cria mecanismos de controle entre os poderes de forma a atender os anseios da sociedade e a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados.

Assim, a democracia necessita de um sistema que assegure as liberdades fundamentais e elimine a concentração do poder nas mãos dos representantes da maioria, preservando o sistema de freios e contrapesos em face do crescimento de um poder político. É nessa seara que o Poder Judiciário dá sua maior contribuição ao Estado Democrático de Direito, impedindo eventuais abusos por parte dos outros poderes.

O Supremo Tribunal Federal ao interpretar a Constituição limita o avanço e/ou omissão do poder legislativo sobre os direitos e garantias constitucionais assegurados na Carta Magna. Assim, a Corte, ao decidir questões políticas e sociais, não só age dentro de sua

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

²² DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court*. Alberta: Alberta Law Review, 28, 1990, p. 324/346.

²³ *Id.* *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*. 3 ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1999, p. 17. Nesta obra, o autor faz a seguinte observação acerca da concepção de democracia: "A concepção constitucional de democracia, em resumo, assume a seguinte atitude face o governo majoritário. Democracia significa governo submetido a condições – que nós podemos chamar de condições democráticas – de igual status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias dão e respeitam as condições democráticas, então os veredictos dessas instituições devem ser aceitos por todos por aquela razão. Mas quando elas não agem assim, ou quando sua provisão ou respeito são incompletos, não pode haver objeção, em nome da democracia, a outros procedimentos que os prezejem e respeitem de forma melhor".

competência, mas atua como um implementador da democracia, porquanto faz prevalecer a vontade da Constituição e, portanto, a vontade popular, confirmada no momento da decisão judicial²⁴.

CONCLUSÃO

Após realizar o presente estudo, constatou-se que, nas democracias contemporâneas, a jurisdição constitucional se apresenta como um instrumento de contenção do Poder Público, uma vez que, por meio da rigidez da Constituição e dos mecanismos de controle de constitucionalidade é possível garantir a proteção dos direitos fundamentais das minorias.

No entanto, muito se questiona sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais, principalmente quando atuam de forma contramajoritária, por serem essas as responsáveis por dar a última palavra sobre a Constituição.

De um lado, há os defensores da autocontenção judicial, que entendem que a atuação do Judiciário deve ser limitada, não intervindo em problemas políticos cuja solução compete aos Poderes Legislativo e Executivo.

De outro lado, estão os que defendem que a judicialização da política, decorrente da potencialização da força normativa da Constituição, demanda uma participação ativa do Poder Judiciário na efetivação de direitos constitucionalmente assegurados.

Após reflexões aprofundadas sobre o tema, desenvolvidas ao longo da presente pesquisa, conclui-se que, a participação ativa do Poder Judiciário na proteção de direitos fundamentais está em consonância com o ideal democrático.

A CRFB/88 foi elaborada pela Assembleia Constituinte composta por representantes do povo. O Supremo Tribunal Federal, como Guardião da Constituição tem a função de fazer com que se cumpram as normas nela contidas, de forma que uma eventual atuação ativista com a finalidade de efetivar os direitos ali positivados nada mais é do que fazer valer a democracia em sua forma mais ampla.

Além disso, em um sistema de freios e contrapesos, a não vinculação do Poder Legislativo às decisões proferidas pela Corte faz com que seja possível haver um diálogo entre as instituições, o que possibilita de se chegar a um resultado melhor, evitando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se engesse e que não haja como reverter efeitos

²⁴MACIEL, *op. cit.*, p. 128.



práticos não produzidos por tais decisões, como por exemplo, por meio de Emendas Constitucionais.

É importante observar ainda que, a população brasileira vive uma crise de representatividade, derivada de episódios de omissão do Congresso Nacional quanto ao seu dever institucional de legislar.

Assim, o cidadão que não se sente representado pelos integrantes do Poder Legislativo para a efetivação dos seus direitos, passou a buscar respostas no Poder Judiciário. Este, por sua vez, respondeu à demanda popular adotando uma postura ativista para a solução de problemas, como a violação a direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento referente a possibilidade do aborto antes do terceiro mês de gestação, ao afastar a punição das mulheres que realizam tal procedimento atuou de forma ativista, mas sem ultrapassar seus limites institucionais.

Isso porque, fica claro que essa postura assumida pela Corte não coloca em risco a democracia brasileira. Por essa razão, defende-se a tese de que os novos contornos institucionais apresentados pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, adotando, quando necessário, um viés ativista, tornou-se um importante e necessário instrumento de efetivação da democracia, em sua concepção moderna, qual seja, a proteção aos direitos fundamentais da minoria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm> Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124306*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%28NUMERO%2E+OU+124306%28ACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/bhufohq>>. Acesso em 09 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2854%28NUMERO%2E+OU+54%28ACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/j2plme7>>. Acesso em 12 set. 2017



BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista do Direito do Estado* n. 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial vs. Diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIMOULIS; LUNARDI apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superpovo da sociedade. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 51, n. 202, abr/jun 2014.

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court*. n. 28. Alberta: Alberta Law Review, 1990.

_____. *Freedoms Law, The Moral Reading of the American Constitution*. 3 ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. *Revista AJURIS*, v. 39, n. 126. Porto Alegre: AJURIS, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24 ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Edicouro, 1987.

NETSCH, Jozsa. STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-bSeqxl526ktrInfunkln8cb17>> Acesso em: 19 out. 2017

POHLMANN, Eduardo. O aborto chega ao STF: ativismo judicial e legitimidade democrática. *Estado*. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/o-aborto-chega-ao-stf-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

SEGATTO, Cristiane. STF decide que aborto até o terceiro mês de gestação não é crime: o que isso significa. *Revista Época*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/cristiane-segatto/noticia/2016/11/stf-decide-que-o-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-o-que-isto-significa.html>> Acesso em: 19 out. 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. n. 28. Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2002.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – A ESPERANÇA DA GARANTIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO

Flávia Fábregas Ferreira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica. Advogada. Pós graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O Brasil aderiu a tratados internacionais que garantem a apresentação do preso a uma autoridade judiciária. Entretanto, essa garantia ainda está em construção no nosso ordenamento, não tendo havido efetiva implantação. A essência do trabalho é demonstrar as vantagens da audiência de custódia no sistema processual penal e no sistema carcerário.

Palavras-chave – Direito Penal. Dignidade da pessoa humana. Humanização da persecução penal estatal.

Sumário – Introdução. 1. A origem da audiência de custódia e as iniciativas para a regulamentação do procedimento. 2. Os desafios para a implantação da audiência de custódia. 3. O atual quadro do sistema carcerário brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a necessidade da efetiva implantação da audiência de custódia no sistema carcerário brasileiro. Procura-se demonstrar que a falta de apresentação sem demora do acusado à autoridade judiciária pode ocasionar a violação de diversos direitos do preso.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a ressaltar toda a importância da aplicação desta medida e combater resistências ainda existentes.

O ordenamento jurídico brasileiro incorporou o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no ano de 1992, que prevêm a garantia da audiência de custódia. Desde então, o sistema carcerário brasileiro apresenta dificuldades orçamentárias e ausência de regulamentação de tal medida.

Assim, alguns setores da sociedade rejeitam o investimento na medida de condução dos acusados à autoridade, considerando que poucos dos objetivos almejados seriam alcançados.



Ocorre que, a falta da prática da audiência de custódia fragiliza o atendimento aos direitos fundamentais do preso. E, ainda, surge a seguinte reflexão: Será possível deixar de lado esse instrumento previsto nos pactos internacionais incorporados pelo Brasil?

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando-se o histórico e as iniciativas para implantação da audiência de custódia.

Pondera-se, no segundo capítulo, os sacrifícios que seriam feitos para a implantação da medida e, por outro lado, a necessidade da observância de direitos fundamentais do preso.

Segue-se analisando, no terceiro capítulo, o atual quadro do sistema carcerário brasileiro. Demonstra-se a situação crítica da superlotação carcerária e a falta de humanização nos presídios.

A pesquisa é desenvolvida pelo método revisional qualitativo de literatura, uma vez que a pesquisadora pretende eleger a doutrina brasileira pertinente à temática em foco, analisada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A ORIGEM DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E AS INICIATIVAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SEU PROCEDIMENTO

A audiência de custódia é um direito do acusado de ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária para que seja analisada a legalidade e a necessidade da prisão em flagrante¹. Alguns tratados internacionais que resguardam os direitos humanos preveem esse direito, tendo como função principal a prevenção de abusos e a observância de outros direitos fundamentais.

O pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, prevê tal direito no seu artigo 7.5²:

7. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prosiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³, que dispõe no artigo 9.3 que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá

¹ Oliveira, Giselle Souza de, et al. *Audiência de custódia: Dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 118

² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 05 abr. 2017.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkorp/asil02/2pidcp.html> Acesso em: 05 abr. 2017.



ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais.”

O Brasil aderiu aos referidos tratados no ano de 1992, e eles foram incorporados com hierarquia infraconstitucional superior a das leis ordinárias, conforme expôs o Ilustre Min. Carlos Brito no recurso extraordinário 349703⁴:

O caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna implícito a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

Verifica-se que mesmo após se tornar signatário dos pactos internacionais que garantem a apresentação do preso ao juiz sem demora, o Brasil ainda é omissivo em sua legislação processual acerca da regulamentação da matéria. O art. 310 do Código de Processo Penal prevê a audiência de custódia, mas tal dispositivo, como se vê na prática, se tornou inócuo.

Destarte, ocorreram alguns avanços nessa seara, como o Provimento Conjunto 3/2015, instituído pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que procurou regularizar o procedimento da audiência de custódia, prescrevendo normas para os membros do poder judiciário, ministério público, defensoria e, ainda, delegados⁵.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 de 2015, proposta pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil, que questionava a legalidade formal desse provimento, alegando que a audiência de custódia só poderia ser regulamentada por lei federal, foi julgada improcedente no dia 20 de agosto de 2015.

O Ministro Luiz Fux⁶ considerou que “o provimento questionado não regulou normas de Direito nem interferiu na competência de outros Poderes, na medida em que apenas promoveu atos de autogestão do tribunal, estipulando comandos de mera organização administrativa interna”.

Outra importante contribuição que se apresenta no tema ora em análise é a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na tentativa da implantação da audiência de custódia,

⁴ OLIVEIRA *op. cit.*, 2015, p. 107

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Direitos Humanos e Efetividade: Fortalecimento e Processos Participativos*. Disponível em: <https://www.compedi.org.br/pa_biblioteca/66fd345/04430h54c2k7R9CDdbN9DNG.pdf>. Acesso em 04 abr. 2017

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ctes/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=208112>>. Acesso em: 05 abr. 2017



em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao realizarem o Projeto de Lei nº 554.

Entretanto, parte da doutrina alega que o Conselho Nacional de Justiça extrapolou a sua competência ao tomar esta iniciativa, dado que o art. 96, inciso I, a da Constituição Federal lhe confere apenas a faculdade de editar normas para regulação interna corporis e disciplinar.

No entanto, tal argumento não merece respaldo, eis que o Conselho Nacional de Justiça está apenas cumprindo as normas já previstas nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário⁷.

O Projeto de Lei supramencionado visa a alterar o art. 306 parágrafo 1º do Código de Processo Penal⁸, que passaria a dispor da seguinte forma:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

O projeto de lei também visa a incluir mais quatro parágrafos, de forma a garantir os direitos do preso expressamente. Assim, o dispositivo passaria a impor ao Juiz a oitiva do Ministério Público, permitindo que este requeira a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão e, em seguida, a oitiva do preso. Após tais manifestações, o juiz proferiria decisão.

Os parágrafos 3º e 5º prosseguem dispondo acerca das oitivas supramencionadas. Afirma-se que as mesmas devem ser registradas em autos apartados, não poderão ser utilizadas como meio de prova contra o depoente e versarão, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Ademais, dispõe-se que oitiva do preso deve se dar na presença de seu advogado ou, em sua falta, na de Defensor Público, e na do Ministério Público.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Decisão do CNJ reforça a legalidade das audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81401-decisao-do-cnj-reforca-a-legalidade-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em 05 abril 2017

⁸ BRASIL. Decreto lei 3689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Dele3689.htm>. Acesso em 05 abril 2017.



Por fim, o parágrafo 4º determina que a apresentação do preso em juízo deve ser acompanhada de auto de prisão em flagrante e nota de culpa, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas.

Verifica-se que o projeto de lei nº 554 procura detalhar o procedimento da audiência de custódia diante da ausência de tal previsão no atual artigo 306 do Código de Processo Penal, que apenas estipula a necessidade de encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente no prazo de 24 horas.

Por derradeiro, o plenário do Senado aprovou esse projeto de lei em novembro de 2016, e agora a matéria segue para a análise da Câmara dos Deputados⁹. Consta-se, portanto, que esse é um grande passo do sistema brasileiro para a efetiva implantação da audiência de custódia.

Atualmente, poucos estados do Brasil apresentam avanço significativo na efetiva implantação da audiência de custódia. O local que mais se destaca foi o Estado de São Paulo, que através da resolução nº 740/2016 estabeleceu um cronograma de expansão das audiências de custódia em todo o Estado¹⁰.

O presidente do Conselho Nacional de Justiça apontou os resultados já obtidos em todo o país com o Projeto de Audiência de Custódia no Brasil: cerca de seis mil indivíduos conseguiram a sua liberdade em razão de terem sido levados a presença de uma autoridade judiciária¹¹. Ou seja, mesmo sem a efetiva implantação desse procedimento no sistema carcerário, as consequências já são muito favoráveis, o que nos leva a concluir pela urgência na plena efetivação.

2. OS DEFIÇOS PARA A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é um relevante instrumento de natureza pré-processual de garantia dos direitos fundamentais dos presos, especialmente no que diz respeito à sua integridade física e mental¹².

A imediata apresentação do suposto criminoso à autoridade judicial permite que seja verificado se a prisão foi realizada de forma legal, dando ensejo ao seu relaxamento caso não

⁹ BRASIL. Senado Federal. Senado Aprova Regulamentação de Audiência de Custódia. Disponível em: <www12.senado.gov.br>. Acesso em: 05 abr. 2017

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiências de Custódia. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/CanalisComunicacao/PlantaoJudiciario/AudienciasDeCustodia>>. Acesso em: 05 fev. 2018

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/cnsteoda/arquivos/2016/09/0a95a0ab0ek261b665lea57298dec09b.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2017

¹² OLIVEIRA op. cit., 2015, p. 113

tenha sido. Ademais, ela se apresenta como meio para garantir a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão caso esta não seja necessária.

Ainda assim, há diversas críticas acerca do funcionamento da audiência de apresentação. Entretanto, as mesmas devem ser combatidas, pelos motivos que se passa a expor.

Inicialmente, vale destacar a relutância dos Tribunais quanto à necessidade de aplicação da medida em comento, pois há decisões no sentido de que os decretos de prisões realizados sem a prévia realização da audiência de custódia não devem ser considerados nulos.

Afirma-se que se o decreto de prisão foi devidamente fundamentado pela autoridade judiciária, não haveria nenhum vício a ser sanado, eis que não restaria caracterizado nenhum prejuízo ao condenado. Uma vez atendidos os requisitos do art. 310 do Código de Processo Penal, não haveria relevância na ausência de audiência de custódia.

Nesse sentido, foi o entendimento do Tribunal de Piauí¹³ no julgamento do Habeas Corpus 00064947820158180000:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FEMINICÍDIO TENTADO. AUSÊNCIA DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IRRELEVÂNCIA DIANTE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PREVENTIVO. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE AUTORIZEM A SEGREGAÇÃO DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. O indeferimento do pleito de realização da citada audiência não importa em qualquer prejuízo ao paciente, mormente quando verificada a legalidade da custódia, quando do cumprimento do artigo 310 do CPP. 2. Decreto preventivo fundamentado na garantia da ordem pública, no modus operandi e na necessidade de resguardar a integridade física da vítima. 3. Ordem denegada.

Ocorre que, como já se explicitou em capítulo anterior do presente artigo, a audiência de custódia foi incorporada ao atual sistema judiciário penal após o Brasil se tornar signatário do pacto de São José de Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que prevêem tal direito.

Vale ressaltar que esses diplomas internacionais foram incorporados com hierarquia infraconstitucional superior a de leis ordinárias e, portanto, a não implantação da audiência de

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Habeas Corpus 00064947820158180000. Relator Des. Edvaldo Pereira de Mour. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295140497/habeas-corpus-hc-64947820158180000-pi-201500010064947>. Acesso em 05 fev. 2018



custódia em todo o poder judiciário no prazo de 90 dias, conforme determinado na Medida Cautelar na ADPF 347 MC/CF¹⁴, configura uma inconstitucionalidade progressiva¹⁵.

Segundo tal linha de raciocínio, destaca-se o seguinte voto do Desembargador Luiz Noronha Dantas¹⁶:

Em terceiro lugar e que também não pode ser cancelada está a mais que abundante linha argumentativa, desenvolvida pelo Juízo de piso, segundo a qual "o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa" (???!!). Ora, o descumprimento de um primado afeto à garantia dos direitos humanos, contido em acordo internacional e cujo teor foi ratificado pelo Brasil, repete-se, restata hierarquia equivalente àquela concernente aos princípios constitucionais, parecendo incabível ingenuidade crer-se que o seu descumprimento restará impune e sem consequências processuais imediatas.

Outrossim, o sindicato de delegados de Polícia Civil do Distrito Federal criticam a audiência de custódia, pois dizem que o aumento do relaxamento de prisão e das liberdades provisórias alimenta a sensação de impunidade¹⁷.

A tendência, inevitavelmente, é que com a adoção efetiva da audiência de custódia os índices de prisões diminuam. Entretanto, tal fato não deve servir de justificativa impeditiva para a garantia do direito do preso assegurado nos pactos de direitos humanos incorporados pelo Brasil.

Ora, ao invés de ser negada a observância de direito com hierarquia superior à das leis ordinárias, devem ser adotadas medidas que orientem os magistrados na correta adoção da audiência de apresentação. Além disso, também devem ser previstas punições a fim de evitar reiterações de decisões que sejam flagrantemente violadoras dos objetivos almejados pela apresentação do preso à autoridade judiciária.

Outro argumento que deve ser rebatido, sustentado por parcela da doutrina, diz respeito à impossibilidade de aplicação da audiência de custódia em razão da falta de regulamentação interna.

Nesse sentido, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁸ no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 63424/ MG:

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347 MC/CF. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portaf/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?n1=%20ADPF%2047%20RSCLA%20+B+347%20ENDIME%20%29+OU+%20ADPF%20RACMS%20+ADP2+347%20RACMS%20%29&base=baseAcordaca&url=http://tinyurl.com/tjesjwz>>. Acesso em: 25 set. 2017

¹⁵ OLIVEIRA, op. cit., 2015, p. 131.

¹⁶ DANTAS *supra* OLIVEIRA op cit, p. 142.

¹⁷ BRASIL. Senado Federal. *Se em uso no país, audiências de custódia podem virar lei*. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/05/ja-em-uso-no-pais-audiencias-de-custodia-podem- virar-lei>>. Acesso em: 01 mar. 2018

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO DE ENTORPECENTES COM ENVOLVIMENTO DE MENOR. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. EVENTUAL ILEGALIDADE SUPERADA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. IRRELEVÂNCIA. INIMPUTABILIDADE DA RECORRENTE. AUSÊNCIA DE LAUDO. MANUTENÇÃO EM CÁRCERE QUE NÃO SE MOSTRA ILEGAL. NEGATIVA DE AUTORIA.

A implementação da audiência de custódia no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem ocorrido de forma gradual e foi disciplinada pela Resolução 796/2015 de 24-6-2015, sendo que a prisão ocorreu em data anterior, não havendo qualquer ilegalidade.[...] Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada e o histórico criminal do agente, a revelar o risco efetivo de continuidade no cometimento de delitos.

Ora, em primeiro lugar, como já mencionado, caracteriza uma inconstitucionalidade progressiva a não garantia deste direito do preso. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça já tomou iniciativa para a viabilização da implantação da audiência de apresentação.

O Conselho Nacional de Justiça¹⁹, em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o Projeto de Audiência de Custódia, o qual é desenvolvido por meio de acordos firmados com tribunais e governos estaduais.

Os Estados poderão aderir ao projeto por meio de acordo de cooperação e, dentre as ações contempladas no projeto, o Conselho Nacional de Justiça²⁰ propõe a capacitação de juízes e servidores do Poder Judiciário. Tal medida é essencial, tendo em vista o atual desvirtuamento da audiência de custódia presenciado muitas vezes na prática.

Assim, verifica-se que ainda há forte resistência para a efetiva implantação da audiência de custódia no sistema judiciário penal brasileiro. Entretanto, os inúmeros benefícios que a mesma proporciona devem prevalecer sobre todos os argumentos contrários supramencionados a fim de garantir a sua plena aplicabilidade.

¹⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC 63424 MG. Relator Min. Juge Mena. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/529305557/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-63424-mg-2015-0214377-3>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

²⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Senado aprova regulamentação das audiências de custódia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80398-senado-aprova-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 25 set. 2017.

²¹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas >Audiência de Custódia> Perguntas Frequentes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 25 set. 2017.



3. O ATUAL QUADRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O sistema carcerário brasileiro apresenta, como é cediço, uma grave situação. Há flagrante violação de direitos fundamentais dos presos, não lhes sendo plenamente garantido o direito a dignidade da pessoa humana.

A inércia do poder executivo no investimento da infraestrutura do sistema prisional caracteriza flagrante violação dos direitos dos presos, o que deflagrou a propositura da ADPF 347 MC/DF²¹ a qual pleiteava o reconhecimento de estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos.

Nesse contexto, vale ressaltar o ensinamento do Prof. Carlos Alexandre de Azevedo Campos²² acerca do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

Por fim, o ilustre professor²³ sintetiza os pressupostos para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional:

Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional: A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

²¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 14.

²² 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: 25 set. 2017.

²³ *Ibid.*

O Supremo Tribunal Federal²⁴ reconheceu a existência do estado de coisas inconstitucional na ADPF nº 347 e, como tentativa de reverter o quadro, determinou a implantação da audiência de custódia no prazo de 90 dias em todos os Estados.

Ora, a audiência de custódia certamente é medida apta a ajudar o falido sistema penitenciário brasileiro. A superlotação carcerária seria reduzida diante da imediata apresentação do preso à autoridade judiciária, que mantém a prisão apenas nos casos realmente necessários.

O encarceramento é medida de exceção, dado que restringe a liberdade do indivíduo, o qual é direito fundamental. Devem ser determinadas as prisões provisórias apenas nos casos expressamente previstos, ou seja, nos casos de atendimento dos pressupostos exigidos.

Entretanto, o cotidiano do sistema prisional demonstra que há flagrante banalização da determinação de qualquer prisão provisória (preventiva e temporária).

A imposição da prisão provisória, muitas vezes, não observa sua finalidade cautelar, não havendo interpretação restritiva de modo a compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência e outros princípios.

É certo que a audiência de custódia é uma medida apta a reduzir a quantidade de presos, eis que muitos deles são mantidos reclusos sem haver necessidade, ou, ainda, em decorrência da lentidão do sistema ficam presos por mais tempo que o necessário.

Vale destacar que, com a superlotação, os presos acabam sendo misturados, não havendo separação dos presos provisórios e dos presos definitivos. Isso é altamente prejudicial, pois os presos provisórios acabam sendo influenciados pelos presos definitivos a participar de crimes organizados. Com a implantação da audiência de apresentação, haverá redução dos presos provisórios e, conseqüentemente, a separação entre eles e os presos definitivos, o que evitará tal problema.

A superlotação ocasiona, ainda, muitos conflitos entre os presos, o que gera muitas mortes nos presídios brasileiros. A violação de direitos humanos é flagrante e, por isso, a audiência de custódia prevista no pacto de São José de Costa Rica e no do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos deve ser urgentemente implementada.

Os resultados da implantação da audiência de custódia já são verificados em diversos locais, como expôs o secretário de justiça do Espírito Santo, Eugênio Coutinho²⁵:

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 14.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em prisões*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 25 set. 2017.



Segundo o secretário de Justiça do Espírito Santo, Eugênio Coutinho, já é possível notar uma melhora nas condições de segurança das unidades prisionais capixabas em consequência do número de presos que deixaram de ingressar nas prisões do estado desde o fim de maio, quando o TJ do Espírito Santo aderiu ao programa. Até o dia 5 de julho, 849 presos passaram por audiências de custódia que resultaram em 439 liberações. “Reduzir a superlotação do sistema contribui para maior segurança às unidades e melhora as condições para as atividades de ressocialização e também resulta em economia para o estado”, diz o secretário, que se mostra otimista quanto ao futuro.

Outrossim, vale destacar o grande avanço promovido na semana da audiência de custódia, que foi o lançamento do projeto “ressocializar para não prender”, projeto desenvolvido na Central de Inquiridos de Teresina. Esse projeto permite que dependentes químicos que tenham cometido crime sejam encaminhados para uma casa de recuperação e ressocialização caso atendam aos critérios exigidos pela equipe multidisciplinar e pelo juiz²⁶.

Assim, verifica-se que a audiência de custódia já está trazendo inúmeros benefícios ao sistema carcerário, e, por isso, merece maior respaldo a fim de ampliar as vantagens verificadas.

CONCLUSÃO

A audiência de custódia é um direito previsto em tratados internacionais e consiste na apresentação sem demora do preso a uma autoridade a fim de que lhe seja assegurado direitos fundamentais.

Tratados internacionais que prescrevem tal direito foram incorporados no Brasil em 1992 com hierarquia infraconstitucional superior a das leis ordinárias. Ocorre que, apesar da base normativa existente no ordenamento jurídico brasileiro para a realização da audiência de apresentação, não houve efetiva regulamentação.

Vale ressaltar que a inexistência de um procedimento para a realização da audiência de custódia não é um obstáculo à sua implantação, havendo, inclusive, projeto de lei do Conselho Nacional de Justiça que procura regulamentar a mesma.

Ademais, a não implantação da audiência de custódia configura uma inconstitucionalidade progressiva, conforme já aduzido em sede de ADPF. Entretanto, ainda

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de custódia: Projeto no PJ ressocializa dependentes químicos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85124-audiencia-de-custodia-projeto-no-pj-ressocializa-dependentes-quimicos>. Acesso em: 30 nov. 2017.

assim, há muitas críticas acerca da efetiva implantação dessa garantia, as quais não merecem respaldo.

Ora, inicialmente, cumpre notar as evidentes vantagens do procedimento ao encarcerado. A imediata apresentação do preso à autoridade é uma forma de proteção de direitos fundamentais do preso. A audiência de custódia evita que sejam mantidas prisões desnecessárias ou ilegais, em afronta violação à dignidade da pessoa humana.

Além disso, a audiência de custódia evita o desenrolar de um processo penal, muitas vezes desnecessário, que traz muito desgaste emocional ao réu, e, como consequência, fere a sua dignidade humana.

A imediata apresentação do preso à uma autoridade judicial também evita a prática de eventuais abusos que constantemente ocorrem nos presídios contra os presidiários, assegurando mais uma vez direitos fundamentais.

Por fim, a audiência de custódia também garante que seja observado o princípio da presunção de inocência. Muitas vezes a prisão é decretada sem necessidade e a apresentação do preso à autoridade judiciária evita que tais erros se perpetuem. Como é cediço, o sistema judiciário brasileiro apresenta uma lentidão em seu andamento e, nesses casos, poderia resultar danos irreparáveis à dignidade do preso.

Nesse sentido, ao invés de ser garantida a segurança estimada para a coletividade, se está apenas punindo desnecessariamente um cidadão, sujeito de direitos. Ora, o preso apresenta tantos direitos quanto a coletividade, não sendo menos merecedor de todas as garantias existentes. Assim, a prisão só deve ser imposta em último caso, quando realmente necessária e quando a conduta do réu se enquadrar em uma situação que exija a prisão do mesmo.

As autoridades não podem ir além do que está previsto expressamente em lei, sob pena de violarem o princípio da legalidade e da fragmentariedade²⁷. Assim, a prisão é medida última a ser aplicada.

Outrossim, vale destacar ainda que a superlotação dos presídios faz com que não se atenda a direitos fundamentais dos presos por submetê-los a péssimas condições. Inclusive, a condição degradante dos presídios em nosso país notória. O Supremo Tribunal Federal, diante disso, reconheceu o estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro, diante da nítida violação massiva de direitos fundamentais.

²⁷ O princípio da fragmentariedade, corolário do princípio da subsidiariedade, consiste na seleção de, apenas, bens jurídicos mais relevantes para a tutela pelo Direito Penal.



Outra consequência que a superlotação acarreta é a mistura de presos provisórios e definitivos nas celas, facilitando a influência dos presos provisórios na participação de crimes organizados. Quanto menor a quantidade de presos, mais fácil será a separação deles e o atendimento de seus direitos fundamentais.

Ademais, é claro que também atinge a dignidade do preso provisório que é submetido à esta situação, pois seu crime é de menor gravidade, não ficando, muitas vezes, confinável numa cela com presos que cometeram crimes muito mais graves.

E, apenas com a pequena efetivação da implantação de audiências de apresentação ocorrida até o momento já se reduziu significativamente a quantidade de presos provisórios, o que demonstra a tendência de reduzir mais ainda com o efetivo funcionamento do sistema no país.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que a demora na audiência de custódia está impedindo que direitos fundamentais sejam observados e que seja respeitado o princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós em Graduação em Direito. Disponível em: <www.compedi.org.br/publicações/66681345/04430h54/c8k7R9ODahN99DIG.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2017

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Decisão do CNJ reforça a legalidade das audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81401-decisao-do-cnj-reforca-a-legalidade-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 05 abr. 2017

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de custódia: Projeto no PI ressocializa dependentes químicos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85124-audiencia-de-custodia-projeto-no-pi-ressocializa-dependentes-quimicos>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/09/0a99a0ah0eb26b96fileaf529f0dec09a.pdf>>. Acesso em: 05 abril 2017

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Senado aprova regulamentação das audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80398-senado-aprova-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 25 set. 2017

____ Conselho Nacional de Justiça. *Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas > Audiência de Custódia > Perguntas Frequentes*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 25 set. 2017

____ Conselho Nacional de Justiça. *Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>>. Acesso em: 25 set 2017

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: 25 set 2017

DANTAS apud OLIVEIRA Gisele Souza de. Souza, et al. *Audiência de custódia: Dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Decreto lei 3689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 05 abril 2017.

OLIVEIRA, Gisele Souza de. Souza, et al. *Audiência de custódia: Dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Pacto de São José da Costa Rica. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Decreto 592 de 6 julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

____ Senado Federal. *Senado Aprova Regulamentação de Audiência de Custódia*. Disponível em: <www12.senado.leg.br>. Acesso em: 05 abr. 2017

____ Senado Federal. *Já em uso no país, audiências de custódia podem virar lei*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/05/ja-em-uso-no-pais-audiencias-de-custodia-podem-venir-lei>>. Acesso em: 01 mar. 2018

____ Superior Tribunal de Justiça. RHC 63424 MG. Relator Min. Jorge Muss. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329305557/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-63424-mg-2015-0214377-3>. Acesso em: 05 fev. 2018.

____ Supremo Tribunal Federal. *Plenário confirma validade da normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 05 abr. 2017



Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 MC/DF*. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADI2+347%2EACMS%2E%29&base=base:Acordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 25 set. 2017

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Direitas Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fa1345/04430h54/cfk7R9ODahN99DIG.pdf/publicacoes/66fa1345/04430h54/cfk7R9ODahN99DIG.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2017

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Audiências de Custódia*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/CamisComunicacao/PlantaoJudiciario/AudienciasDeCustodia>. Acesso em: 05 fev. 2018

Tribunal de Justiça do Paraná. *Habeas Corpus 00064947820158180000*, Relator. Relator Des. Edvaldo Pereira de Moura. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295140497/habeas-corpus-hc-64947820158180000-pi-201500010064947>>. Acesso em 05 fev. 2018

A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INÉRCIA DA CORTE SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Gabriel Marinho Alvarenga

Graduado em Direito pela
Faculdade Presbiteriana
Mackenzie Rio. Advogado.

Resumo: A Constituição da República prevê, como um de seus Direitos Fundamentais, o Princípio da Presunção de Inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em que pese tal dispositivo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal passou a entender que é possível a execução provisória da pena após a condenação do réu em segunda instância, independente do trânsito em julgado da decisão condenatória. Ocorre que, essa mudança de entendimento influencia outros institutos do Direito Penal, principalmente, a Prescrição Penal, mas a Corte Suprema não se manifestou sobre o assunto. Pretende-se neste trabalho apresentar o instituto da Prescrição e suas diversas modalidades, bem como preencher a lacuna deixada pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere à modalidade de prescrição a ser verificada no período entre a condenação em segundo grau e o trânsito em julgado da decisão, principalmente nos casos em que há recurso exclusivo da defesa e em que o réu está foragido.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Execução provisória da pena. Prescrição Penal. Prescrição da Pretensão Punitiva. Prescrição da Pretensão Executória.

Sumário: Introdução. 1. A execução provisória da Pena e a Inércia do Supremo Tribunal Federal quanto à Prescrição Penal. 2. As modalidades de Prescrição Penal e suas diferentes formas de contagem. 3. A influência da Execução Provisória da Pena no Instituto da Prescrição Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, que trata da execução provisória da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição. No referido julgamento, a corte deu nova interpretação ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, passando a entender que em vez de se aguardar até o trânsito em julgado para a execução da pena privativa de liberdade, seria suficiente a condenação em segundo grau de jurisdição.

A partir do momento em que há possibilidade de execução provisória da pena, há influência direta na análise da prescrição penal, que tem como um de seus principais marcos de diferenciação o trânsito em julgado da decisão condenatória.



Ocorre que, em que pese a notória influência no instituto da Prescrição Penal a Corte suprema ficou inerte quanto ao assunto, não definindo como deveria ser analisado a partir da decisão.

A presente pesquisa tem como objetivo preencher essa lacuna e analisar o instituto da prescrição penal, à luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à execução da pena, a fim de definir como será aplicada, a modalidade a ser utilizada, bem como os prazos de início e término de contagem de prescrição.

É importante observar que dentre as fontes do Direito Penal, vem ganhando uma relevância muito grande a jurisprudência, pois, muitas das vezes, tem efeito vinculante às demais decisões do poder judiciário, o que influencia, também, na análise doutrinária. Tal vinculação ocorre, por exemplo, nos casos de julgamento de Ações Declaratórias de Constitucionalidades.

Por conta disso, no presente trabalho realiza-se uma análise do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades nº 43 e nº 44, bem como as posições doutrinárias quanto ao estudo da prescrição, principalmente no que se refere à definição de trânsito em julgado da decisão condenatória, que é um marco muito importante para a análise da prescrição penal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da decisão proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43 e 44 no estudo da prescrição penal, a fim de determinar o porquê do Supremo Tribunal Federal ter modificado seu entendimento anterior.

No segundo capítulo, é realizada uma análise mais profunda do instituto da prescrição, com o objetivo de diferenciar as modalidades de prescrição existentes no ordenamento jurídico, principalmente quanto aos seus marcos iniciais e finais.

Por fim, no terceiro capítulo, é analisado como deve ser aplicado o instituto da prescrição penal tendo como base a possibilidade de execução provisória da pena nos casos em que há recurso exclusivo da defesa e o réu está fragido.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador irá realizar a análise de pesquisa de jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, bem como da bibliografia clássica pertinente à matéria, no que se refere ao instituto da prescrição bem como sobre a execução provisória da pena.

1. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INÉRCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À INFLUÊNCIA A PRESCRIÇÃO PENAL

A Constituição Da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 5º, LVII¹, o denominado princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Além da previsão constitucional, o referido princípio encontra-se presente na Declaração Universal de Direitos do Homem², bem como na legislação infraconstitucional, qual seja, o código de Processo Penal³.

Das diversas interpretações que são extraíveis dessa norma jurídica, uma das mais relevantes é aquela referente à aplicação de pena privativa de liberdade. Isso porque, segundo o artigo 5º, LVII, da Constituição, ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desse modo, nos termos da literalidade do dispositivo, só estaríamos diante de execução de prisão como pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, a doutrina⁴, bem como o próprio Código de Processo Penal, ao tratar a matéria das prisões, as divide em duas espécies, quais sejam, a prisão cautelar e a prisão-pena. Prisões cautelares seriam aquelas que buscam não a aplicação de uma pena, mas sim garantir o normal desenvolvimento do processo, a fim de que, ao final, este não seja inútil ao acusado. Já a prisão-pena é aquela que objetiva o início da aplicação da pena, ou seja, tem finalidade retributiva ao acusado, ante a prática delitosa.

Segundo boa parte da doutrina⁵, tendo como base principal o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, a prisão-pena só é possível de ser aplicada após trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, enquanto pendente qualquer recurso da defesa o réu é presumidamente inocente, podendo ser privado de sua liberdade apenas de forma cautelar ao processo.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituição/constituiçãocompilada.htm>.> Acesso em: 09 out. 2017.

² BRASIL. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/veaso/veaso078-92.pdf.> Acesso em: 09 out. 2017.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689/Compilada.htm.> Acesso em: 09 out. 2017.

⁴ LOPES JR., Aury. *Dirêito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.803.

⁵ *Ibidem*, p. 804.



Ocorre que, em que pese o referido entendimento, havia um grande problema na aplicação da norma pelo poder judiciário. Isto porque alguns tribunais passaram a entender que se poderia ser aplicada a prisão pena após o julgamento do Recurso de Apelação pelo Tribunal de Justiça, independente da interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, uma vez que, nos termos do artigo 637 CPP, os dois últimos não possuem efeito suspensivo.

A matéria chegou até a competência do Supremo Tribunal Federal, que, no ano de 2009, no julgamento do habeas corpus nº 84078⁶, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, definiu ser inconstitucional a execução antecipada da pena. Segundo o Ministro Relator, nos termos do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aduziu que possibilitar a execução da sentença após o julgamento da apelação, pendente outro recurso, ainda que sem efeito suspensivo, restringe o direito de defesa, o que caracteriza o desequilíbrio entre a aplicação da pena, que é a pretensão estatal e o acusado.

Após o julgamento desse habeas corpus não houve mais dúvidas quanto à matéria. Restou definido que não há possibilidade de execução provisória da Pena. Todavia, no ano de 2016 a matéria voltou a ser objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, dessa vez no habeas corpus nº 126292/SP⁷, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, tendo como questão controvertida a mesma veiculada no habeas corpus nº 84078, qual seja, a ausência de efeitos suspensivo dos Recursos Extraordinários.

Ocorre que, o Ministro Teori Zavascki, adotando posição absolutamente contrário ao definido no habeas corpus nº 84078, entendeu ser possível o início da execução da pena privativa de liberdade após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que interposto algum dos recursos extraordinários.

Segundo o Ministro, não há de se falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Isto porque, ainda que o acusado interponha recurso especial ou extraordinário, esses, nos termos do artigo 637 CPP, não detêm efeito suspensivo, logo, a decisão continua produzindo efeitos. Ou seja, o princípio da presunção de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208798>>. Acesso em: 09 out. 2017.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

inocência ou não culpabilidade só é aplicável até a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição por órgão colegiado.

Aduziu, por fim, que a jurisprudência adotada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, que negava a possibilidade de execução da pena até o trânsito em julgado, fazia com que os acusados interpussem diversos recursos com objetivos de atrasar a persecução penal e, com isso, fazer com que ocorresse a prescrição da pretensão estatal. Ou seja, havia um incentivo à interposição de recursos protelatórios.

Após mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, inconformada, a Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando o retorno do Corte ao entendimento adotado anteriormente, uma vez que a decisão proferida no julgamento do habeas corpus nº 126292/SP não foi unânime, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Este dispositivo é um desdobramento do artigo 5º LII da Constituição Federal, e prevê que ninguém será preso, salvo no caso de sentença condenatória transitada em julgado, ou cautelarmente no curso da investigação.

Todavia, em que pese o pleito apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão proferida anteriormente no habeas corpus de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Segundo decidiu o Plenário da Corte, liminarmente, "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e não viola o texto do art. 283 do CPP".⁹

Um argumento importante apresentado na referida Ação foi o do Ministro Roberto Barroso, segundo o qual o princípio da presunção de inocência não é uma regra, e por conta disso não pode ser entendido como absoluto. Segundo o Ministro, depois de confirmada a condenação em órgão colegiado de segunda instância, o princípio da presunção de inocência torna-se menos relevante, em detrimento do interesse da pretensão punitiva estatal de ver o culpado sendo punido.

Após a decisão proferida pelo Plenário, a nova análise da execução provisória da pena passa a ser pacífica. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, no julgamento, limitou-se a tratar dos desdobramentos processuais de sua decisão, deixando de lado alguns institutos muito importantes que são diretamente afetados, como, por exemplo, a prescrição.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 41. Relator: Marco Aurélio. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/vedProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.



Quanto ao tema, é importante observar que existem duas modalidades de prescrição, qual seja, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Ocorre que o marco principal que diferencia as duas modalidades de prescrição é o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse sentido, Cesar Roberto Bitencourt⁹, em seu Tratado de Direito Penal, assevera que a prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado. Quanto à prescrição da pretensão executória o autor assevera que esta só pode ocorrer depois de transitada em julgado a sentença condenatória.

Ante a mutação constitucional apresentada no artigo 583, do Código de Processo Penal no que se refere ao trânsito em julgado da sentença condenatória, a Corte deveria modular os efeitos da decisão no que diz respeito à sua influência na prescrição penal, o que não ocorreu. Por conta disso, é importante à análise da perda da pretensão punitiva estatal por meio da prescrição à luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. AS MODALIDADES DE PRESCRIÇÃO PENAL E SUAS DIFERENTES CARACTERÍSTICAS

Com a prática do fato criminoso, nasce para o Estado o direito de punir, também conhecido com *ius Puniendi*. Esse poder do Estado não pode ser considerado infinito, uma vez que caso assim fosse o autor do delito ficaria por toda sua vida com a possibilidade de ser punido, mesmo que passados muitos anos do ocorrido. Por conta disso, a prescrição passa a ser um fenômeno muito importante.

A Prescrição é uma causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 107, do Código Penal. Trata-se do instituto pelo qual o Estado perde o seu poder punitivo, pois não atua a fim de exercer tal direito em um determinado período de tempo previsto em lei. Nesse sentido, segundo Cesar Roberto Bitencourt, prescrição é a “perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”¹⁰

⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 333

¹⁰ *Ibidem*.

O Direito Penal Brasileiro prevê duas espécies de prescrição, quais sejam, a Prescrição da Pretensão Punitiva e a Prescrição da Pretensão Executória.

Conforme já analisado, com a prática do fato criminoso, nasce o direito punitivo Estatal. Nesse momento, passa-se a contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva. Tal modalidade prescricional ocorre antes do trânsito em julgado da demanda, por conta disso, ante a não existência de condenação definitiva, sua principal consequência é a inexistência dos efeitos do delito praticado.

Por sua vez, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, a pretensão punitiva é convertida em pretensão executória, momento em que se inicia a contagem da prescrição da pretensão executória.

Ou seja, a linha divisória entre as modalidades de prescrição é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse sentido, Kleber Masson¹¹ assevera que, quanto à prescrição da pretensão punitiva, não ocorre o trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, ao contrário do que se dá na prescrição da pretensão executória, na qual a sentença penal condenatória já transitou em julgado para o Ministério público ou querelado, bem como para a defesa.

Além dessas diferenças iniciais, é importante analisar os dois institutos separadamente.

A prescrição da pretensão punitiva obsta o exercício da ação penal, independentemente de estarmos diante de um processo judicial, ou mesmo em fase de inquérito. Findo o prazo previsto na lei, o Estado perde o interesse legitimador da sua intervenção.

A referida espécie prescricional se subdivide em três modalidades, quais sejam, a prescrição abstrata ou prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente.

A primeira modalidade, a prescrição abstrata ou da pretensão punitiva propriamente dita é aquela que tem como base o prazo abstratamente previsto como pena na legislação penal. Ou seja, o cálculo do prazo prescricional é feito sobre a pena máxima cominada em abstrato para cada infração penal, nos termos do artigo 109, caput, do Código Penal, que prevê que “a prescrição, antes de transitar em julgado a

¹¹ MASSON, Kleber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 9. ed. São Paulo:Gen,2016, p. 1042.

sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (...).⁴²

O uso do prazo abstratamente previsto no tipo tem como fundamento o fato de não haver trânsito em julgado para nenhuma das partes, por conta disso, eventualmente, a pena pode chegar ao máximo ou ao mínimo previsto no tipo.

A segunda modalidade, a prescrição da pretensão punitiva retroativa, tem como base o artigo 110 §2º do Código Penal, segundo o qual “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.”⁴³

De acordo com o referido dispositivo, pode-se verificar que a prescrição da pretensão punitiva retroativa, diferentemente do que se observa na modalidade anterior, não tem como base a pena abstratamente imposta pelo legislador, mas sim a pena em concreto determinada pelo magistrado sentenciante. Isso ocorre porque aquela prescinde de que a sentença condenatória transite em julgado para a acusação, o que faz com que não haja possibilidade que o tempo determinado pelo magistrado venha a ser posteriormente modificado, ante ao princípio do *non reformatio in pejus*.

A partir do momento em que há o trânsito em julgado para a acusação, analisa-se retroativamente o tempo decorrido entre o recebimento da denúncia e a sentença, tendo como base o prazo previsto nesta a título de condenação.

É importante mencionar ainda que, em que pese para esta modalidade de prescrição seja necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, esta possui natureza de prescrição da pretensão punitiva e não da pretensão executória.

Nesse sentido, Rogério Greco⁴⁴ assevera que:

O fato de ter a decisão transitado em julgado para o Ministério Público, não faz com que a prescrição ocorrida posteriormente à sentença penal condenatória seja considerada como da pretensão executória, pois, assim, como se percebe, o Estado não conseguiu formar seu título executivo judicial. Por mais que quisesse, o Estado não poderia executar a sua decisão, razão pela qual a natureza de tal prescrição deverá ser considerada como pretensão punitiva.

⁴² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilada.htm > Acesso em: 09 out. 2017.

⁴³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilada.htm > Acesso em: 09 out. 2017.

⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 735.

Desse modo, por ser uma modalidade prescrição da pretensão punitiva sua ocorrência não pode gerar qualquer prejuízo ao acusado, como por exemplo a reincidência.

Por fim, a terceira modalidade de prescrição da pretensão punitiva é a prescrição intercorrente ou superveniente. Segundo Rogério Greco¹³ a prescrição superveniente é aquela que tem como marco inicial a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, tomando-se por base o trânsito em julgado para acusação, ou o improvemento do recurso.

Aduz o autor que, em que pese o artigo 110, §1º mencione apenas sentença condenatória, deve-se interpretá-lo em sentido amplo, ou seja, como uma decisão judicial condenatória, podendo ser uma decisão monocrática, sentença, ou por um órgão colegiado, acórdão.

Nessa modalidade, assim como na prescrição retroativa, o prazo prescricional é calculado tendo como base o prazo cominado concretamente pelo magistrado sentenciante, ou pelo órgão de segundo grau, da mesma forma, a prescrição superveniente atinge a pretensão punitiva do Estado, já que não há trânsito julgado para ambas as partes. Ou seja, não se forma um título judicial.

Observa-se, apesar das semelhanças, a prescrição intercorrente não se confunde com a prescrição retroativa. Nesse sentido, Cesar Roberto Bitencourt¹⁴, assevera que, “A prescrição retroativa e intercorrente assemelham-se, com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível.”

A partir do momento em que há o trânsito em julgado para ambas as partes não há de se falar mais em prescrição da pretensão punitiva, mas sim em prescrição da pretensão executória, nos termos do artigo 110 do Código Penal. Isso porque nesse momento estamos não mais no direito de punir do Estado, mas sim no direito executar a punição imposta. Desse modo, findo o prazo prescricional o Estado perde o direito de executar a sanção determinada pelo magistrado. Por conta disso, ante a existência de um título executivo judicial, ou seja, sentença penal condenatória, o acusado passa a ser

¹³ *Ibidem*, p. 734.

¹⁴ BITENCOURT, *op.cit.*, p. 909.



considerado réu e sofre todos os demais efeitos da pena, como, por exemplo, ser considerado reincidente.

No que se refere ao termo inicial de contagem do prazo prescricional, o artigo 112, do CP, prevê que a prescrição da pretensão executória começa a correr no dia do trânsito em julgado a sentença condenatória a acusação; do trânsito em julgado da sentença que revoga a suspensão condicional da pena ou livramento condicional; da interrupção da execução, executado quando o tempo da interrupção deve computar-se a pena.

Dentre as hipóteses de termo inicial para a prescrição da pretensão executória, tem maior relevância para este trabalho a primeira, qual seja, o trânsito em julgado para da sentença condenatória para a acusação, e será abordado em momento oportuno.

3. A INFLUÊNCIA DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Com a possibilidade de execução provisória da pena após o trânsito e julgado, surge a seguinte dúvida: se apresentado Recurso Especial e Extraordinário pela Defesa, tendo a decisão transitado em julgado para a acusação, qual modalidade de prescrição que corre entre o acórdão e o julgamento definitivo do recurso?

Antes de responder à pergunta, é importante observar que, conforme mencionado no capítulo anterior, para que haja prescrição, independente de sua modalidade, há necessidade de que o Estado deixe de atuar quando deveria, ou seja, esteja inerte. Desse modo, no que se refere ao tema em comento, o prazo prescricional só correrá se o Estado, por algum motivo, não tiver iniciado a execução provisória da pena, seja porque o réu não é encontrado, seja porque fugiu. Isso porque não há inércia Estatal quando a pena está sendo executada.

Aparentemente, ante a inexistência de trânsito em julgado para ambas as partes aplicar-se-ia a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente. Todavia, o artigo 112, I, do CP, que trata da prescrição da pretensão executória, afirma que se inicia a contagem do prazo da prescrição no momento do trânsito em julgado para a acusação. Ou seja, de acordo com o Código Penal o marco inicial é o mesmo para as duas modalidades de prescrição, em que pese suas claras diferenças.



Por conta desse tratamento igualitário dado à prescrição da pretensão punitiva superveniente e a prescrição da pretensão executória, surge grande controvérsia quanto à aplicação do artigo 112, I CP.

Kleber Masson¹⁷, por exemplo, entende que a aplicação do referido dispositivo é plenamente válida, uma vez que se trata de norma benéfica ao acusado. Aduz que a Prescrição da Pretensão executória depende do trânsito em julgado para ambas as partes, todavia, com a ocorrência desse fato o termo inicial retroage ao trânsito em julgado para a acusação. Ou seja, quando a decisão definitivamente transitar em julgado já haverá prazo prescricional correndo, mas que é interrompido quando iniciado ou continuado o cumprimento da pena, nos termos do artigo 117, V do Código Penal. No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁸

Por outro lado, Eugênio Pacelli¹⁹ entende que o processo de execução necessita do respectivo título executivo, desse modo, se faz necessário o trânsito em julgado para ambas as partes para ser possível a contagem da Prescrição da Pretensão executória. Nesse mesmo sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando ainda sustentava não ser possível a execução provisória da condenação antes do trânsito em julgado para ambas as partes²⁰.

Observa-se que tal matéria é amplamente controversa. Por conta disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu sua Repercussão Geral, estando pendente de julgamento²¹.

Se há controvérsia tanto doutrinária quanto jurisprudencial em relação ao início da contagem do prazo prescricional da prescrição da pretensão executória, diferente não poderia ser quanto à modalidade de prescrição a ser adotada entre o julgamento em segundo grau e o trânsito em julgado em definitivo.

Observa-se que, mesmo sendo controverso o fato abordado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal²², apesar de alterar seu entendimento quanto à execução

¹⁷ MASSON, op.cit., p.1.070.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 254.080/SC. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24546461/habeas-corpus-hc-254080-sc-2012-0192734-7-stj/inteiro-texto-24546462>>. Acesso em: 09 out. 2017.

¹⁹ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Gen, 2017, p.603.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Plenária. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portaf/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84078. Relator: Ministro Dias Toffi. Plenária. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portaf/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 09 out. 2017.



provisória da pena, nos termos explicados no primeiro capítulo, deixou de se manifestar sobre a influência da decisão quanto ao instituto da prescrição. Tal interpretação caberá, portanto, aos demais tribunais, bem como à doutrina.

Sobre o tema, Rogério Sanchez²³, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, entende que não há de se falar em prescrição da pretensão executória, uma vez que esta pressupõe o trânsito em julgado para ambas as partes. Segundo o autor:

De fato, se, como vimos, o prazo prescricional não corre enquanto o agente está cumprindo a pena – ainda que em execução provisória –, não há lugar para impor limitação temporal ao julgamento de recursos pelos tribunais superiores, a não ser que ao recurso especial ou extraordinário tenha sido conferido efeito suspensivo, situação em que a própria execução imediata da pena será obstada. E nos casos em que se dera a interrupção, mas o agente tenha fugido ou sido beneficiado por *habeas corpus*, a prescrição se inicia novamente na modalidade superveniente – e não executória, que pressupõe trânsito em julgado. Se a execução da pena não for retomada a tempo, a extinção da punibilidade atingirá os efeitos penais principais e secundários da condenação (se a prescrição fosse da pretensão executória, apenas os efeitos principais seriam impedidos).

Em sentido diverso é o posicionamento de Fernando Capez²⁴. Para o autor, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 pelo Supremo Tribunal Federal a corte decidiu que não há ofensa à presunção de inocência o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Assim, o prazo da prescrição da pretensão executória começará a ser contada da condenação ou da confirmação da sentença em segunda instância.

Em que pese o primeiro posicionamento tenha como amparo o indicado precedente da Corte Suprema, não parece ser o melhor entendimento.

Ocorre que o artigo 112, I, do Código Penal é claro ao dizer que o marco inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de norma mais favorável ao réu, principalmente porque o período entre o acórdão condenatório e o trânsito em julgado em definitivo, geralmente, é bem longo. Desse modo, não pode a doutrina ou até mesmo a jurisprudência interpretar o referido dispositivo de forma contrária à literalidade e, principalmente, em prejuízo do réu.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43. Relator: Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procesos/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017, p.362.

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 635.

Neste sentido entende Guilherme de Souza Nucci²³, que assevera o seguinte:

O termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. No entanto, é inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houver desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deverá estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória. Entretanto, a lei é clara: começa a ser computada a prescrição da pretensão executória a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.

É importante salientar ainda que nada impede que entre o referido período corra a prescrição da pretensão punitiva na modalidade superveniente, uma vez que estaríamos diante de decisão transitada em julgado para a acusação, e não para a defesa. Ademais, esta modalidade prescricional é benéfica ao acusado uma vez que tem como efeito a extinção da punibilidade, não servindo, por exemplo, como reincidência nem mesmo mans antecedentes.

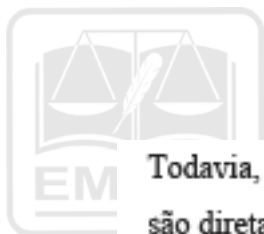
O melhor entendimento, portanto, com devida vênia aos renomados doutrinadores citados acima, é no sentido de que com a possibilidade de execução provisória da pena após a decisão condenatória proferida por um Tribunal de Justiça, tendo sido apresentado pela defesa algum dos recursos extraordinários e estando o réu flagrado, verifica-se a contagem de prazo para a prescrição da pretensão punitiva, bem como da prescrição da pretensão executória, concomitantemente, uma vez que, quanto à esta, quando do trânsito em julgado para ambas as partes, o marco inicial retroage ao trânsito em julgado para a acusação. Nesse sentido é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini.²⁴

CONCLUSÃO

No presente trabalho verificou-se que o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento quanto à execução provisória da pena, passando a entender que esta é possível após a sentença penal condenatória, independente do trânsito em julgado.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Cursos de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Gen, 2017, p.984.

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 32. ed., São Paulo: Gen, 2017, p.415.



Todavia, a corte não tratou integralmente da matéria, deixando de abordar temas que são diretamente influenciados por essa decisão, como por exemplo a prescrição penal.

Verificou-se também que o fato de ser possível a execução provisória da pena influencia diretamente no instituto da Prescrição penal, uma vez que o trânsito em julgado da sentença condenatória é um fato muito importante para saber se estamos diante de Prescrição da Pretensão Punitiva ou Prescrição da Pretensão Executória, pois enquanto aquela é verificada antes do trânsito em julgado, está, em regra, ocorre apenas após o trânsito em julgado para ambas as partes, nesse último caso, desde que o réu esteja foragido.

O ponto de maior controvérsia da matéria está relacionado aos casos em que após a condenação em segundo grau há apresentação de recurso sem efeito suspensivo pela defesa, tendo a sentença transitado em julgado para a acusação e estando o réu foragido. Isso porque o artigo 112, I do Código Penal prevê que a prescrição da pretensão executória inicia a sua contagem com o trânsito em julgado apenas para a acusação, e não para a defesa.

Quanto ao tema, verificou-se que a doutrina não chegou a um consenso sobre a matéria, existindo várias correntes sobre o assunto.

A controvérsia existente, no entanto, tem como objeto norma de Direito Penal. Por conseguinte, como se trata de norma limitativa da liberdade do indivíduo, deve ser interpretada restritivamente e em benefício do réu. Desse modo, o melhor entendimento é no sentido de que, como o artigo 112, I do Código Penal traz uma norma benéfica ao réu, pois, segundo ela, no período entre o trânsito em julgado para a acusação e o trânsito em julgado em definitivo já estaremos diante de contagem da Prescrição da Pretensão executória.

Ademais, nesse período, além da contagem da prescrição da pretensão executória, há a contagem da prescrição da pretensão punitiva superveniente. Ou seja, dúvida não há que tal interpretação é melhor para o acusado, razão pela qual deve ser aplicada aos casos concretos.

Por fim, conforme demonstrado no primeiro capítulo, o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes mudou seu entendimento quanto ao tema de execução provisória da pena. Assim, nada impede que venha a modificar mais uma vez o seu entendimento.

Espera-se, contudo, que em eventual mudança de entendimento ou até mesmo no caso de confirmação do entendimento atual, a Corte Suprema venha a definir com

clareza todo o desdobramento que pode gerar sua decisão, a fim de que seja resguardada a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Marco Aurélio. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. *Lei nº 9868/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 635.

CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017, p. 362.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2014.



LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MASSON, Kleber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Gen, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 32. ed., São Paulo: Gen, 2017, p.415.

NUCCI, *Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Gen, 2017, p.984.



ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Guilherme Curci Tavares Rizzo

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a teoria das incapacidades sofreu grande reformulação, trazendo consigo aspectos intrigantes. Com a introdução do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico, e com as mudanças relativas ao tratamento dessas pessoas, a teoria se transforma para se adaptar às novas condições. A nova versão se distancia da concepção tradicional, de forma que hoje não se pode retirar a plena capacidade uma pessoa pelo fato de possuir alguma deficiência. A essência do trabalho é abordar as incongruências ocasionadas por esta nova concepção, verificar qual a relevância de cada uma e apontar qual a solução que melhor orienta a proteção dessas pessoas. O foco se dá na tese de que é preciso adotar uma interpretação que se coadune com o verdadeiro espírito da alteração legislativa, sendo este o caminho a ser trilhado para a adequada tutela dessas pessoas.

Palavras-chave – Direito Civil. Incapacidade civil. Pessoa com deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sumário – Introdução. 1. Tendências contemporâneas na reconstrução do modelo de capacidade civil sob a ótica da Teoria das Incapacidades. 2. A nova perspectiva da tutela aplicada às pessoas com deficiência. 3. Principais falhas da Lei 13.146/2015 na proteção das pessoas com deficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as mudanças ocorridas no âmbito da teoria das incapacidades após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que materializou internamente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008 e incorporada com estatuto equivalente às emendas constitucionais.

Procura-se demonstrar que a ocorrência da revisão desta teoria gera consequências cruciais para a efetiva proteção da pessoa com deficiência, mas é necessário apreciar se estas consequências atendem à finalidade proposta pela Lei nº 13.146/2015.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a discutir se, de fato, a capacidade civil plena da pessoa com deficiência traz maiores benefícios no que diz respeito à tutela do deficiente.

Apresenta-se uma nova versão da teoria das incapacidades, havendo a implicação de



profundas alterações na tutela, além de reflexos em institutos jurídicos fundamentais, como a prescrição e a decadência.

O novo enquadramento jurídico da pessoa com deficiência produz consequências que devem ser melhor analisadas pelos operadores do direito. Apesar de suas relevantes intenções, o Estatuto traz consigo alguns problemas que podem afetar diretamente seu objetivo principal, gerando efeito inverso ao inicialmente pretendido pelo legislador.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da introdução do Estatuto da Pessoa com Deficiência no tratamento do modelo de capacidade civil, tendo em vista que os deficientes passaram a ser considerados absolutamente capazes. Esse capítulo tem por objetivo explicitar as mudanças ocorridas na teoria das incapacidades, levando em consideração que a alteração no modelo de capacidade civil levou a uma verdadeira revisão dessa teoria.

O segundo capítulo destina-se a examinar a nova perspectiva da tutela aplicada às pessoas com deficiência, uma vez que esta passa a ser medida extraordinária e passível de ser aplicada a pessoa capaz. O intuito é analisar como a alteração desse instituto influencia no tocante à proteção da pessoa com deficiência e sua possível exposição a riscos.

O terceiro capítulo busca compreender o descompasso entre a realidade e a Lei nº 13.146/2015 no que toca à tentativa de proteção do deficiente, especialmente nos casos da prescrição e decadência, e da invalidade dos atos. A finalidade é demonstrar que a nova situação jurídica do deficiente pode causar prejuízos à sua própria tutela, ao contrário do pretendido pela lei. Com isso, defende-se a interpretação e aplicação de normas no sentido de realmente efetivar a tutela do deficiente, pois essa é a essência do Estatuto, e não torná-lo mais vulnerável.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger diversas obras e textos, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fim de desenvolver as discussões em torno da problemática trazida.

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. TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS NA RECONSTRUÇÃO DO MODELO DE CAPACIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

A incorporação, no âmbito normativo interno, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que possui status de emenda constitucional, por se tratar de convenção sobre direitos humanos, naturalmente impôs ao legislador brasileiro a obrigação de adequação e adaptação das normas infraconstitucionais vigentes.

A introdução do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico nacional através da Lei nº 13.146/2015 trouxe grande impacto para o instituto da capacidade civil. O artigo 114 do referido diploma legal revogou todos os incisos do artigo 3º e alterou os incisos II e III do artigo 4º do Código Civil, modificando a teoria das incapacidades até então vigente.

Essas inovações ocasionaram uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades¹, fazendo com que o conceito de capacidade civil fosse reconstruído e ampliado². No panorama atual, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, de modo que não há mais a figura do maior de idade absolutamente incapaz.

A pessoa com deficiência – aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial³ – passou a ser detentora de plena capacidade civil, ao contrário do histórico tratamento dedicado pela lei, que a enquadrava no conceito de absolutamente incapaz.

Com efeito, todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no art. 3º anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil. Nessa esteira, positivou o art. 84 do Estatuto que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Nessa linha, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves⁴ fazem a seguinte ponderação:

por conseguinte, a Lei nº 13.146/15 mitigou, mas não anulou, a teoria das incapacidades do Código Civil, apenas adequando-a às normas (regras e princípios) da Constituição da República e da Convenção de Nova Iorque. Com uma visão prática, ficou abolida (para sempre!) a perspectiva médica e assistencialista, pela qual se rotulava como incapaz aquele que, simplesmente, ostentava uma

¹ TARTUCE, Flávia. *Manual de direito civil*. v. único. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016, p. 84.

² STOLZB, Pablo. *Deficiência não é causa de incapacidade relativa*. Disponível em: <<http://www.tresiljurdico.com.br/noticias/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

³ BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: família*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 909.



insuficiência física ou intelectual. Como não poderia ser diferente, agora se trata de pessoas humanas plenamente capazes.

Dessa forma, apenas eventualmente esse indivíduo será considerado relativamente incapaz, especialmente no caso em que não possa exprimir sua vontade por causa transitória ou definitiva, presente no inciso III do art. 4º do Código Civil. Tal hipótese ocorrerá em caráter excepcional, pois a regra é a capacidade.

Não mais se admite que uma pessoa seja reputada incapaz tão somente pelo fato de possuir algum tipo de deficiência. Não se pode estabelecer uma correlação implicacional entre incapacidade jurídica e deficiência, como outrossim se pretendeu, pois uma pessoa com deficiência não é, por este simples fato, incapaz juridicamente de manifestar suas vontades⁵.

Isso significa que a pessoa com deficiência desfruta, plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais, diferentemente do incapaz, que tem reduzida a sua capacidade de fato, que é a capacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil, e, por isso, merece um tratamento diferenciado⁶.

O objetivo dessa mudança de paradigma é a plena inclusão da pessoa com deficiência, tutelando a sua dignidade humana, a fim de deixar de lado a proteção de tais pessoas como vulneráveis, havendo a substituição da dignidade-vulnerabilidade pela dignidade-liberdade.⁷

Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Charves⁸:

o seu nobre propósito, a toda evidência, é de cunho humanista e inclusivo: promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência (física ou mental) e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Nessa esteira, Flávio Tartuce⁹ sustenta que “o sistema de incapacidade anterior não protegia a pessoa em si, mas os negócios e atos praticados, em uma visão excessivamente patrimonialista, que sempre mereceu críticas.” Assim, privilegia-se a noção de que toda pessoa humana é especial pela sua simples humanidade, independentemente de ter alguma deficiência¹⁰.

⁵ *Ibid.*, p. 902.

⁶ *Ibid.*, p. 908.

⁷ TARTUCE, *op. cit.*, p. 84.

⁸ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 905.

⁹ TARTUCE, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 910.



Como se não bastasse, consagra-se ainda o direito à diferença, sem deixar de lado a inclusão social e a cidadania. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹¹ esclarecem:

Assim, ao contrário do que afirmava a redação original do Código Civil (que, em visão simplista, permitia a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma deficiência mental diferenciada), o direito constitucional à dignidade, à igualdade e à não discriminação traz a rebuque o direito à singularidade, que não é outra coisa senão o direito de ser diferente. [...].

Percebe-se, então, que a premissa do Estatuto se encontra em perfeita consonância com a ótica civil-constitucional, uma vez que à luz da dignidade humana e da igualdade substancial, as pessoas com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade¹².

Portanto, fazia-se necessária a revisão da teoria das incapacidades, materializando, no âmbito normativo interno, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, chamada de Convenção de Nova Iorque, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/08.

Essa constatação é ratificada por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹³:

Nessa conjuntura, a chegada da Lei nº 13.146/2015 não pode colar de surpresa nenhum jurista. Mais do que esperada, era desejável, era necessária para compatibilizar o sistema infraconstitucional com o novo espírito inclusivo constitucional dedicado à pessoa com deficiência.

Assim, não obstante a imprescindibilidade de modificação do modelo da capacidade civil, suas consequências e efeitos se irradiam por todo o ordenamento jurídico. Tal fato repercute de forma intensa em diversos institutos, relacionados principalmente com a proteção da pessoa com deficiência, e que merecem uma atenção especial.

¹¹ *Ibid.*, p. 911.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 906.



2. A NOVA PERSPECTIVA DA CURATELA APLICADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A revisão da teoria das incapacidades repercutiu diretamente nos institutos de direito assistencial relacionados à proteção das pessoas com deficiência, em especial a curatela¹⁴. A respeito disso, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves¹⁵ observam:

nota-se, assim, que as pessoas com deficiência psíquica ficam, oportunamente, removidas do rol das absoluta e relativamente incapazes, estando liberais do regime da curatela, pela via de uma ação interdição (atenção-se para o nome: interdição de direitos). Não mais se cogita da incapacidade jurídica, relativa ou absoluta, decorrente de uma deficiência física ou mental, por si só.

Neste contexto, passou a constar no rol das pessoas relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”¹⁶, e é exatamente nessa categoria que, excepcionalmente, a pessoa com deficiência pode se enquadrar quando houver impossibilidade de manifestação de sua vontade.

Dessa forma, o legislador restringiu o alcance da incapacidade ao conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura de entender, de querer e de poder se manifestar claramente¹⁷, e a pessoa passa a ser assistida, ou seja, participa do ato juntamente com seu representante legal.

A introdução do Estatuto trouxe a controvérsia acerca da manutenção do instituto da interdição no ordenamento jurídico pátrio. Paulo Lôbo¹⁸ sustenta que não há que mais se falar de interdição, que sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência, de todos os atos da vida civil, permanecendo no ordenamento jurídico apenas a curatela específica, para determinados atos.

Em sentido contrário, Pablo Stolze¹⁹ defende que o procedimento de interdição continua existindo, mas em uma nova perspectiva, limitada aos atos de conteúdo econômico ou patrimonial, tendo experimentado, na verdade, uma flexibilização. Nessa linha, José

¹⁴ TARTUCI, op. cit., p. 1441.

¹⁵ FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 909.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁷ FARIAS, ROSENVALD, op. cit., p. 917.

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Casos análogos legais: pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-analogos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 23 set. 2017.

¹⁹ STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<http://flavioartore.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gugliano>>. Acesso em: 23 set. 2017.



Fernando Simão²⁰ entende que o Estatuto trouxe a inovação de permitir a interdição de pessoa capaz, no caso de deficiência, submetendo-a à curatela e dando origem a uma nova categoria de pessoas capazes: os capazes sob curatela.

Embora o Código de Processo Civil denomine ação de interdição, a superveniência da Lei nº 13.146/2015 alterou sua nomenclatura para ação de curatela. Tal interpretação promove a compatibilização com o sistema jurídico e com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana requer a potencialização da autonomia²¹.

Assim, em decorrência dessa incapacidade relativa, exige-se uma intervenção judicial por meio da curatela, que se apresenta como o encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade²², e o curador designado terá a função de assistir essa pessoa, como objetivo de preservar os seus interesses.

Entretanto, verifica-se o surgimento de um grave problema: há uma omissão na proteção normativa em relação às pessoas com total incapacidade para exercer seus direitos, desconhecendo sua vulnerabilidade individual²³. Ainda que a curatela possa ser estabelecida de forma proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso, e ter sua duração pelo menor tempo possível, além de haver a possibilidade de ser compartilhada a mais de uma pessoa²⁴, tais previsões não trazem uma resposta satisfatória à questão.

Isso porque a percepção da existência de uma graduação dos níveis qualitativos de capacidade e de autonomia, a ensejar e a exigir a especificidade de proteção jurídica foi ignorada pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência²⁵. Ora, aqueles com total impossibilidade de exprimir vontade não conseguiriam realizar atos jurídicos, pois não poderiam expressar sua vontade para o curador, que não pode representá-los, pois estes não são mais considerados absolutamente incapazes, mas apenas poderia assisti-los, para que, em conjunto, realizassem o ato.

²⁰ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudanca>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²¹ FARIAS; ROSENVALD, *op.cit.*, p. 932.

²² *Ibid.*, p. 906.

²³ SILVA, Nilson Tadeus Reis Campos. *O limbo jurídico do tutela da incapacidade civil no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/f0ti4llldfvgx7y7g7fuydN745vQXnFuraB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁴ BRASIL, *op.cit.*, nota 3.

²⁵ SILVA, *op.cit.*



José Fernando Simão²⁶ afirma que esse descompasso entre a realidade e a lei terá catastrófico, tendo em vista que tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, já que são capazes por ficção legal.

A solução proposta por Simão²⁷ para que tais pessoas consigam praticar os atos da vida civil, levando em consideração que não conseguem fazê-los pessoalmente, é a declaração de incapacidade absoluta pelo juiz, para que possa permitir a representação, privilegiando a construção histórica e lógica. Em suas palavras:

[...] a solução da assistência é inútil e não atende ao interesse do incapaz que estará impedido de praticar qualquer ato da vida civil. A solução é ignorar a mudança legislativa, sob pena de se concluir pelo desamparo total de parte da população e inviabilizar sua própria subsistência. [...]

Por outro lado, Atalá Correia²⁸ defende que apenas uma relativização das normas, com utilização conjunta de institutos, se constituiria medida apta a solucionar este imbróglio sem trazer prejuízos à pessoa com deficiência:

[...] caso o quadro legislativo não se altere, será razoável tolerar uma hibridização de institutos, para que se admita a existência de incapacidade relativa na qual o curador representa o incapaz, e não o assiste. Entendida a questão de maneira liberal, a intenção de pessoas teria pouco significado prático.

Além disso, o Estatuto trouxe um novo instituto dedicado à assistência da pessoa com deficiência, mas que preserva a plenitude de sua capacidade civil: a tomada de decisão apoiada. Nesta, a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade²⁹.

Percebe-se que, quando a pessoa com deficiência possui limitações no exercício do autogoverno, mas preserva, ainda que precariamente, a aptidão de expressar vontades e de se fazer compreender, não pode ser decretada sua incapacidade relativa, com a consequente

²⁶ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência casos perplexidade* (Parte D). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-casos-perplexidade>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁷ SIMÃO, op. cit., nota 20.

²⁸ CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atala-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁹ BRASIL, op.cit., nota 3.



curatela. Este novo modelo jurídico surge, então, de forma intermediária entre os extremos das pessoas sem deficiência e aquelas com deficiência e que foram qualificadas pela impossibilidade de expressão de sua vontade³⁰.

Assim, resta claro que as novidades trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ocasionaram uma grande transformação no regime da curatela, que ganhou uma nova roupagem. Por decorrência natural, outros institutos jurídicos extremamente relevantes também sofreram profundos impactos.

3. PRINCIPAIS FALHAS DA LEI 13.146/2015 NA PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A mudança de perspectiva na aplicação do regime da curatela acarretou modificações em diversos institutos do ordenamento jurídico brasileiro. Um dos pontos mais relevantes no tocante à proteção das pessoas com deficiência é a prescrição e a decadência.

Ambos possuem fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica, e estão fundadas na boa-fé do próprio legislador ou do sistema jurídico. Ressalta-se que a ideia central é a mesma: o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo, e seu titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo³¹.

Enquanto a prescrição constitui uma sanção ao titular do direito violado, extinguindo tanto a pretensão positiva quanto a negativa, advinda de direitos subjetivos, e se caracteriza como um fato jurídico *stricto sensu* pela ausência de vontade humana³², a decadência se mostra como a perda de um direito, em decorrência da ausência do seu exercício, relacionada com os direitos potestativos³³.

Ocorre que, após a entrada em vigor do Estatuto, como a pessoa com deficiência foi retirada do rol dos absolutamente incapazes, passando a ser plenamente capaz, os prazos prescricionais e decadenciais passaram a correr contra ela. É de importante valia a observação de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁴:

³⁰ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 921.

³¹ TARTUCE, *op. cit.*, p. 309.

³² *Ibid.*, p. 312.

³³ *Ibid.*, p. 333.

³⁴ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 927.



[...] ora, promovida uma desconexão entre a deficiência e a tutela, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência passam a correr os prazos extintivos de prescrição e de decadência contra toda e qualquer pessoa com deficiência. Até porque os aludidos prazos somente não fluem contra o absolutamente incapaz – e, relembre-se, nenhuma pessoa com deficiência se enquadra no conceito de incapacidade absoluta. Evidentemente, há um potencial risco para as pessoas com deficiência consideradas relativamente incapazes (porque não podem exprimir vontade) e, talvez, até mesmo para as pessoas com deficiência que podem manifestar vontade, mas estão apuradas em suas decisões.

Desta forma, verificou-se um grande descompasso entre a deficiência e a tutela, prejudicando essas pessoas. De forma irredutível, José Fernando Simão sustenta que, neste aspecto, o Estatuto não trouxe nenhuma vantagem aos deficientes³⁵, e em sua opinião, sequer a aplicação analógica de regras que cuidam da invalidade resolveria o problema³⁶:

contudo, não vejo como aplicar as regras pelas quais a prescrição e a decadência não correm contra o absolutamente incapaz para o deficiente capaz sob tutela. Aqui não se trata de ato ou negócio jurídico que exija a participação de curador. É proteção do incapaz e apenas dele, e não de pessoas capazes sob tutela. Correr prescrição ou decadência independe de vontade do deficiente sob tutela.

Por outro lado, apresentando uma visão distinta, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁷ propõem uma solução para o problema a partir do critério da teoria *contra non valentem*, tendo como parâmetro a boa-fé objetiva. Explicam os autores:

[...] louvando-nos, declaradamente, da teoria aludida, pensamos que em casos especiais, com fundamento em algum fato ou fato, não imaginado pelo legislador, mas que retirou, por completo, do titular da pretensão a possibilidade de agir, exercendo-a, poder-se-ia admitir a suspensão ou interrupção do prazo prescricional contra o relativamente incapaz. Tratar-se-ia de situação nitidamente casualística e episódica. E a boa-fé objetiva (comportamento ético do titular) deve ser o referencial a ser utilizado para a admissão de outras hipóteses suspensivas ou interruptivas não contempladas em lei. Se o seu comportamento revela, de fato, uma absoluta impossibilidade de exercício da pretensão, deve-se admitir uma ampliação do ml previsto em lei. Seria exatamente a hipótese do relativamente incapaz que não pode exprimir vontade, consoante as novas regras de incapacidade emanadas do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Além disso, outra questão delicada se faz presente no fato de que os atos praticados pelo relativamente incapaz que possua alguma deficiência e que não possa expressar vontade de maneira livre e consciente, como alguém sem qualquer discernimento mental, será reputado anulável, e não mais nulo. Assim, se ele praticar o ato sem a assistência do curador, o ato será válido, pois ele é pessoa capaz.

³⁵ SIMÃO, *op. cit.*, nota 26.

³⁶ *Ibidem*, nota 20.

³⁷ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 927.

Contudo, de acordo com José Fernando Simão³⁸, esta hipótese tornaria inútil a curatela do deficiente e não o protegeria como deveria, pois a curatela existe justamente em razão de uma necessidade. O autor propõe como solução a aplicação das regras de nulidade do negócio jurídico ao ato praticado pelo absolutamente incapaz:

aplicação analógica de regras que cuidam da invalidade é solução técnica e restrita ao Direito. Se a regra é a validade dos negócios jurídicos, as invalidades são excepcionais não se admitindo analogia. Entretanto, não vejo outra solução em razão do problema jurídico criado pelo próprio Estatuto. Se não fosse esta a solução, a consequência seria a seguinte: o deficiente capaz sob curatela pode praticar validamente todo e qualquer ato da vida civil e a curatela, portanto, seria completamente inútil.

Nesta esteira, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁹ buscam uma solução através de uma interpretação construtiva e sistêmica, com a aplicação da tutela jurídica da confiança, caracterizada pela prática de negócio jurídico com boa-fé objetiva. Assim expõem os autores:

[...] com essa inspiração, parece-nos que, mesmo submetido ao sistema de invalidade relativa (anulabilidade), o ato ou negócio prejudicial praticado pelo relativamente incapaz (em especial quando se tratar de pessoa com deficiência) pode ser privado de efeito pelo juiz, quando tomar conhecimento, na proteção da boa-fé e da confiança – pedra angular dos negócios.

Frisa que a diferença é altamente relevante: os atos jurídicos praticados pelos relativamente incapazes são passíveis de anulação, produzindo efeitos até que lhes sobrevenha decisão judicial, ao tempo que os atos praticados pelos absolutamente incapazes são nulos de pleno direito.

Desta forma, o juiz deve reconhecer as invalidades para proteger tais pessoas com deficiência que não podem exprimir vontade de forma válida. Portanto, embora sejam enquadradas como relativamente incapazes, elas merecem uma proteção diferenciada, com vistas a resguardar a boa-fé objetiva e a eticidade nas relações⁴⁰.

Sendo assim, não obstante não possa ser estabelecida uma correlação implicacional entre incapacidade e deficiência, percebe-se, com clareza solar, que determinadas situações reclamam pela releitura das normas trazidas pelo Estatuto, tendo em vista que, caso contrário, não se estaria beneficiando as pessoas com deficiência, mas sim trazendo um ônus ainda maior para elas.

³⁸ SIMÃO, *op. cit.*, nota 20.

³⁹ FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 928.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 929.



CONCLUSÃO



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de graves consequências jurídicas e sociais advindas da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Seus efeitos causaram uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades, e se propagaram a outros institutos jurídicos fundamentais.

De um lado, há aqueles que entendem que a Lei nº 13.146/2015 estabeleceu um significativo avanço no tocante ao tratamento das pessoas com deficiência, através de uma reconstrução valorativa, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia material; de outro, aqueles que entendem que o Estatuto trouxe um retrocesso na proteção dessas pessoas.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a novidade legislativa era necessária, tendo representado uma grande conquista social, que se traduz no surgimento de um sistema normativo inclusivo.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que foi conferida à pessoa com deficiência a igualdade de direitos e deveres. Abandonou-se a ótica tradicional, estereotipada e não inclusiva, que considerava um ser humano como incapaz somente por possuir uma deficiência, para valorizar a inclusão social e a cidadania.

Cumpre observar que foi devidamente realizada pelo legislador brasileiro a adaptação do sistema infraconstitucional, a fim de compatibilizá-lo com os mandamentos da Convenção de Nova Iorque, que constitucionalizou um perfil mais personalista e humanista sobre a pessoa com deficiência.

A diferença é percebida de plano na nomenclatura utilizada: a expressão “portador de deficiência” foi substituída por uma mais adequada, qual seja, “pessoa com deficiência”. À primeira vista, por mais que possa parecer uma mudança sutil, ela é extremamente representativa, uma vez que a anterior possuía um tom discriminatório ao se referir à deficiência como uma patologia.

O tratamento conferido a essas pessoas, ao não mais considerá-las como absolutamente incapazes, lhes permite maior autonomia e, conseqüentemente, maiores possibilidades de integração social. Isso porque a concepção arbitrária de que toda pessoa com deficiência não possui qualquer capacidade de agir, impondo a sua representação por

terceiro, que praticará os atos da vida civil em seu nome, torna simplesmente irrelevante juridicamente a sua manifestação de vontade.

De fato, a generalização da vedação do exercício das situações jurídicas pessoalmente pelo deficiente se mostra irrazoável e descabida, ante a premente necessidade de averiguação específica da real capacidade de cada um, em uma análise estritamente individual.

É preciso pontuar que, apesar das boas intenções, o Estatuto produziu impactos decorrentes de imperfeições técnicas que colocaram em perigo a própria proteção dessas pessoas. Contudo, deve-se privilegiar o real objetivo pretendido pelo legislador e pela Convenção de Nova York, sob pena de se desvirtuar a própria essência do Estatuto.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que eventuais incongruências não podem colocar em xeque o intuito das alterações, sendo necessário um esforço hermenêutico por parte dos exegetas para conferir uma interpretação sistemática no sentido de se aplicar as normas mais favoráveis à proteção da pessoa com deficiência.

Ficou evidente que a proposta do autor consiste na tese de que apesar de se considerar a pessoa com deficiência como plenamente capaz, em situações de vulnerabilidade reclama-se uma proteção jurídica diferenciada e especial, e não uma supressão de garantias. No caso concreto, o juiz deverá exercer amplos poderes para tutelar essas pessoas nas situações em que estejam expostas a riscos e prejuízos, tendo como base o critério da boa-fé objetiva, principalmente nas questões que envolvem prescrição e decadência, além da invalidade dos atos praticados.

Assim, torna-se fundamental compreender que o Estatuto deve constituir um mecanismo para a promoção da efetiva tutela dessas pessoas, o que implica em superar eventuais antinomias e afastar seus efeitos colaterais. É certo que, somente de tal forma, será possível alcançar as finalidades pretendidas por esse diploma legal, assegurando a plena capacidade jurídica àqueles que possuem algum tipo de deficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atal-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 23 set. 2017.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LÔBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 23 set. 2017.

SILVA, Nilson Tadeus Reis Campos. *O limbo jurídico da tutela da incapacidade civil no Brasil*. Disponível em: <<http://www.compedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/wy6N745vQXnFwixB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 1)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 23 set. 2017.

STOLZE, Pablo. *Deficiência não é causa de incapacidade relativa*. Disponível em: <<http://www.brasiljuridico.com.br/noticias/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<http://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 23 set. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E PLURIPARENTALIDADE: A AMPLIAÇÃO DA NOÇÃO DE FILIAÇÃO EM FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Gustavo Melo Gabriel

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

Resumo: A ampliação da noção de filiação é uma das muitas evoluções pelas quais passou o Direito das Famílias ao longo do tempo. A legislação brasileira prevê apenas a filiação biológica, a qual não é suficiente para atender aos princípios da dignidade humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável e da boa-fé objetiva. Ademais, a proteção somente da filiação biológica, em alguns casos, também não é capaz de assegurar a proteção dos modelos de família diversos do tradicional e o direito à busca da felicidade. Consolidou-se, então, o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a paternidade atualmente deve ser considerada gênero, do qual são espécies as paternidades biológica e socioafetiva. Deve-se ter em mente que cabe ao Direito das Famílias conferir a máxima tutela jurídica possível às relações de afeto. Desta forma, após a construção de uma efetiva relação de afeto, o menor deve ter sua filiação socioafetiva reconhecida, para não ficar com seus direitos pessoais e patrimoniais desprotegidos. Diante do reconhecimento da filiação socioafetiva, o presente trabalho questiona a possibilidade da pluriparentalidade no Direito brasileiro, com os direitos e deveres dela decorrentes. Por fim, dedica-se um capítulo à análise das possíveis implicações jurídicas da pluriparentalidade.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito das Famílias. Filiação socioafetiva. Pluriparentalidade. Princípios constitucionais.

Sumário: Introdução. 1. A inovação no reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva. 2. Possibilidade do reconhecimento da pluriparentalidade no Direito brasileiro. 3. Possíveis implicações jurídicas da pluriparentalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a questão da pluriparentalidade no Direito brasileiro, decorrente de eventual reconhecimento jurídico simultâneo de filiação socioafetiva e de filiação biológica, com os direitos e deveres daí decorrentes.

Tradicionalmente, era possível apenas o reconhecimento jurídico de um pai e de uma mãe. Isso porque a noção de filiação aceita revelava-se restrita, calcada apenas no



vínculo biológico.

No entanto, as relações familiares levaram ao acolhimento jurídico da filiação construída pela relação afetiva, denominada filiação socioafetiva. Dessa forma, havendo a consolidação da relação afetiva entre duas pessoas, que agem e sentem como se pai e filho fossem, reconhece-se a filiação socioafetiva, não obstante a inexistência de qualquer vínculo biológico.

Observa-se, portanto, que tal reconhecimento já representa uma ampliação da noção tradicional de filiação, a partir da aceitação de que a afetividade construída ao longo do tempo é suficiente para a caracterização da relação de filiação.

Destaque-se que a denominada “adoção à brasileira” se afigura uma forma bastante comum de surgimento da filiação socioafetiva, embora não seja a única, uma vez que ela independe de registro.

No entanto, a legislação não prevê a possibilidade de uma pessoa possuir dupla paternidade. Nesse contexto, pretende-se perquirir se a filiação socioafetiva, registrada ou não, impede o reconhecimento da filiação biológica.

O presente artigo busca analisar o ordenamento jurídico brasileiro (incluindo-se as regras e os princípios, constitucionais e legais), para aferir se existe a possibilidade de coexistência das filiações socioafetiva e biológica e, conseqüentemente, a possibilidade de pluriparentalidade.

Nesse contexto, o primeiro capítulo aborda a plena possibilidade, no atual estágio do Direito Civil-Constitucional, do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva. Isso porque a filiação não pode contar com proteção jurídica apenas quando advinda do vínculo biológico, mas também quando decorrer do vínculo afetivo.

O segundo capítulo busca defender que a filiação socioafetiva, registrada ou não, não impede o reconhecimento da filiação biológica. Diante disso, deve-se admitir a pluriparentalidade no Direito brasileiro, como decorrência dos princípios constitucionais da dignidade humana e da paternidade responsável, bem como da necessidade de proteção dos modelos de família diversos do tradicional.

O terceiro capítulo avalia que o reconhecimento da pluriparentalidade faz surgir naturalmente diversas implicações jurídicas, não apenas entre as partes envolvidas, mas também perante terceiros. Sendo assim, os direitos e os deveres decorrentes dos múltiplos

vínculos de filiação devem ser respeitados e interpretados à luz das regras e dos princípios já aplicáveis à filiação única, apenas efetuando as devidas adaptações.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, além da análise jurisprudencial.

1. A INOVAÇÃO NO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

“O que vale a vida são os nossos afetos.” Com esta afirmação, Luís Roberto Barroso, então Procurador do Estado do Rio de Janeiro, iniciou sua sustentação oral, no julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e da ADF nº 132¹, que culminou no reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da união estável homoafetiva como entidade familiar. E prosseguiu o jurista, dizendo que “o amor e a busca pela felicidade estão no centro dos principais sistemas filosóficos e no centro das principais religiões.”²

Tais afirmações, por certo, estão em plena sintonia com o fenômeno jurídico. Cabe ao Direito, como instrumento de pacificação e de proteção social, conferir a máxima tutela jurídica possível às relações de afeto. Nesse contexto, o ramo do Direito das Famílias revela-se o mais adequado para alcançar esse objetivo³.

Observe-se que a própria Constituição da República de 1988 representou certo avanço na matéria, ao prever expressamente três modalidades de entidades familiares. Com efeito, pela análise do artigo 226, extraem-se como tais: o casamento; a “união estável entre o homem e a mulher”; e a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Tais espécies, contudo, não são capazes de abarcar todas as relações de afeto aptas a constituição de uma família. Por isso, a doutrina e a jurisprudência defendem a chamada “proteção aos modelos de família diferentes do tradicional”. Assim, reconhece-se que há relações de afeto que não se encaixam nas modalidades constitucionalmente

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Sustentação oral no julgamento conjunto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DDq95Hh3KQ>>. Acesso em: 23 out. 2017.

² *Ibid.*

³ Fala-se em “Direito das Famílias”, e não mais em “Direito de Família”, pois assim prefere denominá-lo atualmente a doutrina, revestindo-se a mudança de grande simbolismo. E que atualmente se reconhece diversos modelos de família, e não mais apenas a família constituída pelas formalidades do casamento, como ocorria há não muito tempo.



previstas de família, mas que lhes podem ser equiparadas, para se conferir a máxima tutela jurídica possível à afetividade, que se afigura o verdadeiro cerne das relações familiares⁴.

Justamente daí se extrai que, no atual estágio de conceituação da família, não há como se manter o vínculo de filiação restrito ao aspecto natural/biológico, tal como se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, que ainda não prevê a filiação socioafetiva. Nesse passo, veja-se como Carlos Roberto Gonçalves⁵ conceitua a filiação:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.

(-)

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando viscosificada pelo lado do filho. Enunciada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade.

Ocorre que tal visão tradicional de filiação, apenas biológica, não se condiz com o referido aspecto central das relações familiares, a afetividade. Diante disso, operou-se, doutrinária e jurisprudencialmente, uma evolução do conceito de filiação, de modo a evitar situações profundamente injustas. Ocorreu, então, o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva, concedendo-a a adequada tutela jurídica.

Destaque-se, desde logo, que a filiação socioafetiva, também conhecida como posse do estado de filiação, independe do registro. Ou seja, é possível o seu reconhecimento, independentemente de constar no Registro Público de Pessoas Naturais e, conseqüentemente, na certidão de nascimento da pessoa.

É bastante comum, porém, que conste. A chamada “adoção à brasileira”, que consiste em uma perfilhação simulada⁶, é responsável por diversas demandas judiciais envolvendo filiação socioafetiva. Pense-se, por exemplo, na hipótese do casal, cuja

⁴ Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves ensina que “(-) há, na doutrina, uma tendência de ampliar o conceito de família, para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35).

⁵ *Ibid.*, p. 319.

⁶ Nessa prática, o homem e/ou a mulher declara, para fins de registro civil, que determinada pessoa é seu filho biológico, sem que isso seja verdadeiro. Tecnicamente, não se pode afirmar que se trata de adoção, uma vez que não segue o necessário procedimento legal. À guisa de curiosidade, a prática é assim denominada de modo pejorativo, de modo a resultar que se trata de uma adoção segundo o “jeitinho brasileiro”. Resulta, inevitavelmente, na falsidade do registro civil, sendo a conduta inclusive tipificada no artigo 242 do Código Penal (BRASIL. Código Penal. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lei/Deft2/48compilado.htm >. Acesso em: 23 out. 2017).

mulher se encontra grávida de um relacionamento anterior, sem que o pai biológico tenha assumido o nascituro. Diante disso, o novo parceiro disponibiliza-se para assumi-lo, de modo que declara o recém-nascido como seu filho perante o Registro Civil de Pessoas Naturais. A partir daí, passa a criá-lo e cuidá-lo como seu filho, surgindo uma verdadeira relação de afeto entre os dois. No entanto, posteriormente, após o término do relacionamento, decide ajuizar ação negatória de paternidade, com a pretensão de anular a o registro.

Observe-se que, caso a análise da filiação circunscreva-se ao vínculo biológico, o pai registral (não biológico), no caso acima, certamente teria êxito, o que provocaria uma situação injusta. Isso porque tal conduta viola a boa-fé objetiva, na vertente que veda o *venire contra factum proprium*.

Além disso, violar-se-ia, em caso de procedência, o princípio do melhor interesse do menor, previsto no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso porque, após a construção de uma efetiva relação de afeto, o menor teria sua filiação desconstituída, ficando com seus direitos pessoais e patrimoniais desprotegidos. Portanto, ficaria em situação de vulnerabilidade, sem que tenha tido qualquer responsabilidade pela falsa declaração do pai registral.

Por causa disso, sedimentou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a paternidade atualmente deve ser considerada gênero, do qual são espécies a paternidade biológica e a socioafetiva⁷. Na hipótese acima, apesar de inexistir a paternidade biológica, encontra-se presente a paternidade socioafetiva. Veja-se a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar,

⁷ A doutrina afirma que a filiação socioafetiva se revela modalidade de parentesco civil, conforme a parte final do artigo 1.593 do Código Civil. Nesse sentido, vale conferir o Enunciado 256 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil" (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>. Acesso em: 23 out. 2017).

quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filiação, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.⁶

Caso a paternidade socioafetiva não fosse registral, o entendimento acima não seria diverso, pois o registro não se afigura imprescindível. Ou seja, caracterizada a filiação socioafetiva, a sua proteção jurídica será garantida. Destaque-se, porém, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a construção de uma relação de afeto nem sempre será suficiente para a configuração da filiação socioafetiva.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de o registro ter sido feito, em desacordo com a verdade biológica, na fluência de união estável estabelecida com a mãe da criança, por uma pessoa que acreditava verdadeiramente ser o seu pai biológico. Nesse caso, ainda que exista, por determinado tempo, uma relação de afeto entre os dois, não se caracterizará automaticamente a filiação socioafetiva. Será preciso, para tanto, que o pai registral opte em manter a relação de afeto, após ter obtido a ciência da verdade dos fatos.

Veja-se a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE (...). 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO *PAITER IS EST*, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDADA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. GENITORA QUE SE RECUSA A REALIZAR O EXAME DE DNA NA FILHA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E DAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.⁷

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.659.214/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801118322&dt_publicacao=12/03/2012>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.508.671/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303907905&dt_publicacao=09/11/2016>. Acesso em: 23 out. 2017.

Em suma, a filiação socioafetiva é amplamente reconhecida doutrinária e jurisprudencialmente, razão pela qual a mera falsidade do registro, efetuado voluntariamente, não acarreta a procedência de ação negatória de paternidade. De acordo com a atual jurisprudência, ainda que sob a crítica de alguns autores, para que haja a procedência da referida ação, é necessário que o pai registral tenha sido induzido em erro, bem como não tenha sido construída uma relação de paternidade socioafetiva após o descobrimento da verdade dos fatos.

2. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PLURIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Quando se trabalha apenas com a filiação biológica, é natural a noção de que alguém só pode ter um pai e uma mãe. A situação muda, porém, quando se está diante de uma paternidade socioafetiva. A pergunta que surge, portanto, é se se afigura possível o reconhecimento jurídico simultâneo de filiação socioafetiva e de filiação biológica.

Em outras palavras, é possível a pluriparentalidade no Direito brasileiro? Como se disse, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê sequer a filiação socioafetiva. Dessa forma, igualmente não há previsão expressa com relação à pluriparentalidade. Nesse cenário, a questão deve ser solucionada à luz das regras e dos princípios, legais e constitucionais, incidentes.

Ganha relevo, aqui, a já mencionada necessidade de proteção dos modelos de família diversos do tradicional. Significa dizer que não existem apenas os modelos de família impostos pelo Estado. Ao contrário, o indivíduo é livre para escolher, dentre as inúmeras possibilidades da vida, o modelo de família que mais se compatibilize com os seus desejos e com a sua realidade pessoal.

Tal liberdade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República. Pode-se afirmar que esse princípio (ou “sobrep princípio”, como preferem denominá-lo alguns, já que existe outros princípios) é a principal diretriz da ordem jurídica.

A dignidade humana trata o ser humano como um ser intelectual, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade. Com essa premissa, na seara do Direito das Famílias, a dignidade humana possibilita ao indivíduo escolher o modelo de família que

desejar, mesmo que sem previsão expressa em lei.

Nesse diapasão, afigura-se importante mencionar, ainda, o direito à busca da felicidade. Embora sem previsão na ordem jurídica, tal direito deriva do princípio da dignidade humana – daí porque este se revela, de fato, um “sobreprincípio”¹⁰. Pode-se afirmar, aliás, que o direito à busca da felicidade é o cerne da dignidade humana.

O direito à busca da felicidade permite que o indivíduo seja o centro do ordenamento jurídico, e não mero instrumento de concretização da vontade dos governantes. No campo do Direito das Famílias, tal direito funciona como um escudo do ser humano contra as tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. Afinal, é o Direito, como instrumento, que deve servir às vontades das pessoas, e não o contrário.

Dessa forma, tanto a dignidade humana, como o direito à busca da felicidade, asseguram que as próprias pessoas sejam senhores dos seus destinos. Ou seja, não cabe ao Estado impor modelos obrigatórios de família.

Mas não é só. O artigo 226, §7º, da Constituição da República¹¹ impõe expressamente a necessidade de se observar o princípio da paternidade responsável. Significa dizer que da paternidade (ou da maternidade) decorre automaticamente a necessidade de assumir os encargos decorrentes do poder familiar (art. 1.634, do Código Civil, destacando-se o inciso I, o qual estabelece que compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos). Na hipótese de descumprimento de tais deveres jurídicos, a paternidade não será exercida de forma responsável.

Realizada essa análise principiológica, imagine-se, por exemplo, a situação de alguém que possui um pai socioafetivo (podendo se tratar de caso de adoção à brasileira

¹⁰ Vale destacar que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal já fundamentaram seus votos invocando o direito à busca da felicidade. Como exemplo, vale conferir o Acórdão Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agilg no RE nº 477.554/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 23 out. 2017).

¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017)

ou não). Desde o nascimento, a pessoa foi tratada com todo amor e carinho, sendo certo que, no âmbito do convívio social, é conhecida, de fato, como filha desse pai socioafetivo. Ocorre que, ao ficar mais velha, descobre que, na verdade, não há filiação biológica entre eles.

Descobre, ainda, que seu pai biológico, que havia se negado a assumi-la durante a gravidez, possui condição financeira bastante favorável. Por outro lado, seu pai socioafetivo se encontra desempregado, motivo pelo qual não consegue custear as necessidades básicas de sustento e de educação de um adolescente.

Nesse contexto, é possível supor que esta pessoa hipotética ajuíze uma ação de investigação de paternidade cumulado com alimentos em face do seu pai biológico. No entanto, em razão dos laços afetivos, não deseje desconstituir o vínculo de filiação socioafetiva. Portanto, deseja-se que seja reconhecida a paternidade do pai biológico, sem que seja desconstituída a paternidade do pai socioafetivo. Em suma, haveria dois pais na certidão de nascimento.

Observe-se que a ausência de previsão normativa para a pluriparentalidade poderia fundamentar uma tese de defesa do pai biológico. Em paralelo, a prévia existência da filiação socioafetiva, aliada à circunstância do desejo de mantê-la, poderia, numa análise superficial, inviabilizar a pretensão dessa pessoa hipotética. Ou seja, se já há um vínculo de filiação, e isso ainda é incontestável entre eles, não haveria espaço para outro reconhecimento de paternidade.

Tal solução, contudo, não se revela a melhor. Como se disse, a mera ausência de previsão da pluriparentalidade na ordem jurídica não importa na sua inviabilidade. Nesse passo, lembre-se do caso da união estável homoafetiva, que foi reconhecida como entidade familiar, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal¹², não obstante igualmente não tenha previsão legal¹³.

Assim como no caso acima, a omissão deve ser solucionada à luz das regras e dos

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descobrimento de Fato Fundamental nº 132*. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>

e <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹³ Na verdade, o artigo 1.723, do Código Civil menciona apenas que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, (...)", o que afastaria, a princípio, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. (BRASIL. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017)



princípios, legais e constitucionais, incidentes. Diante disso, a possibilidade do reconhecimento da pluriparentalidade se afigura plenamente compatível com a necessidade de proteção dos modelos de família diversos do tradicional e com o direito à busca da felicidade e, em última análise, com o princípio da dignidade humana.

Isso porque, no caso narrado, a dupla filiação propiciará o modelo de família que mais se compatibiliza com a realidade pessoal daquela pessoa. Em outras palavras, caso se negasse o seu direito de ter reconhecido ambos os pais, pela simples ausência de previsão legal (ou ainda que houvesse norma proibitiva), o Estado estaria impondo um modelo de família pré-concebido. Conseqüentemente, haveria uma limitação indevida à autodeterminação (dignidade humana) e ao direito à busca da felicidade.

Não bastasse isso, violar-se-ia o princípio da paternidade responsável. Isso porque o pai biológico ficaria desobrigado dos encargos decorrentes do poder familiar, pelo simples fato de já existir um pai socioafetivo. Ou seja, a filiação socioafetiva, ao invés de funcionar como um mecanismo de proteção do filho, serviria como um escudo para o pai biológico, importando numa distorção do seu escopo.

Dessa forma, devem ser reconhecidos ambos os vínculos de filiação, e todos os pais devem assumir os encargos do poder familiar. Nesse sentido, veja-se a doutrina de Maria Berenice Dias¹⁴:

Não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (—)

Vale anotar, ainda, que a pluriparentalidade é reconhecida no Direito comparado. Nos Estados Unidos, após a Suprema Corte do Estado de Louisiana consolidar a jurisprudência quanto ao reconhecimento da dupla paternidade, o Código Civil desse Estado¹⁵ foi alterado, em 2005, para reconhecer expressamente a possibilidade da pluriparentalidade. Com isso, Louisiana se tornou o primeiro Estado norte-americano a permitir legalmente a dupla paternidade.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 370.

¹⁵ Observe-se que, nos Estados Unidos, os Estados possuem competência para legislar sobre Direito das Famílias.

No âmbito jurisprudencial, a pluriparentalidade no Direito brasileiro também já foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em recente julgamento proferido pela Suprema Corte, fixou-se a seguinte tese, em sede de repercussão geral: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios"¹⁶.

Portanto, pode-se afirmar que a pluriparentalidade é reconhecida, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, não obstante a ausência de previsão legal.

3. POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA PLURIPARENTALIDADE

Admitida a possibilidade da pluriparentalidade, daí surgem diversas consequências, no que tange aos direitos e deveres entre o filho e os pais. O presente capítulo busca abordar algumas dessas consequências, com o escopo de trazer a solução mais adequada à luz do ordenamento jurídico vigente.

Em primeiro lugar, observe-se que, reconhecida a pluriparentalidade, não haverá qualquer preferência de um dos pais perante o outro. Existirão vínculos de filiação entre o filho e cada um dos pais, dos quais resultarão os mesmos direitos e deveres inerentes a essa condição. O filho, portanto, poderá desfrutar de direitos com relação a todos os pais, que com ele terão deveres, não só no âmbito do Direito das Famílias, mas também em sede sucessória.

Pense-se, por exemplo, na obrigação de fornecer alimentos. Ambos os pais terão, em tese, o mesmo dever de prestá-los, que deriva da idêntica condição de paternidade. Por isso, não deve um deles prestar em primeiro lugar, e o outro apenas subsidiariamente.

Relembre-se a situação hipotética mencionada no capítulo 2, na qual o pai socioafetivo se encontra desempregado – realizando apenas alguns bicos –, ao passo que o pai biológico possui condição financeira bastante favorável. Evidencia-se, nesse caso, o desequilíbrio financeiro entre os pais, ao menos numa determinada fase da vida.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 891.062/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?dirTP=TP&doctID=13431919>>. Acesso em: 23 out. 2017.



Nesse contexto, embora ambos possuam o mesmo dever de prestar os alimentos, o valor da obrigação de cada um será inevitavelmente variável. Dessa forma, sendo o caso de ambos os pais pagarem alimentos, cada um deverá pagar na proporção dos seus recursos, tendo em vista também as necessidades do filho. Trata-se do binômio necessidade-possibilidade, previsto no §1º do artigo 1.694, do Código Civil¹⁷, que será também aplicável num contexto de pluriparentalidade.

Além da norma acima, pode-se aplicar analogicamente a norma prevista no artigo 1.703 do mesmo diploma, segundo a qual “para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”. Embora não haja cônjuges separados, no caso de pluriparentalidade, têm-se igualmente duas pessoas que ostentam a paternidade do mesmo filho, sendo possível e adequada a analogia, ante a ausência de previsão legal específica.

Dessa forma, revela-se possível que o pai socioafetivo seja condenado, por exemplo, a pagar trezentos reais, e o pai biológico seja condenado a pagar três mil reais. Isso porque deve ser respeitada a condição financeira de cada um. Somente assim, o juiz estará resolvendo a questão de forma justa e exequível.

Com isso, resolve-se um possível litígio decorrente da pluriparentalidade, através do uso da analogia de normas já incidentes aos casos de um pai e uma mãe, bem como da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade.

Ainda na temática dos direitos e deveres no contexto da pluriparentalidade, pode-se cogitar, ainda, da questão sucessória. A pergunta que surge, inevitavelmente, é se o filho participará da sucessão de ambos os pais.

Destaque-se que filho, seja biológico, seja socioafetivo, enquadra-se como “descendente”, ainda que numa interpretação ampliativa deste vocábulo, a qual se faz necessária, diante da ausência de previsão legal da filiação socioafetiva.

Ademais, mesmo que assim não fosse, o filho socioafetivo tem os mesmos direitos do filho biológico, que é o descendente, conforme a dicção legal. Neste passo,

¹⁷ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos deverão ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. (Op. cit. nota 13.)

ganha relevo a norma prevista no artigo 1.596, do Código Civil, segundo a qual “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”¹⁸. Sendo assim, afigura-se vedada a discriminação entre filhos biológicos e socioafetivos.

Nesse cenário, o artigo 1.845, do Código Civil, dispõe que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”¹⁹. Em seguida, o artigo 1.846 determina que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

Dessa forma, conclui-se que, num contexto de pluriparentalidade, o filho possui o direito de participar da sucessão de ambos os pais. Ou seja, assim como os demais filhos, tem o direito de participar ao menos da legítima (metade dos bens da herança).

Tal conclusão, a bem da verdade, guarda sintonia com o direito do filho de receber alimentos de ambos os pais. Ocorre que, no caso dos alimentos, a proporcionalidade é alcançada por meio do valor fixado para cada pai, ao passo que, no âmbito sucessório, a proporcionalidade decorre do valor do patrimônio líquido, por ocasião do falecimento, de cada pai. Diante disso, o filho poderá receber, a título sucessório, um valor bem maior de um pai do que de outro.

Dessa forma, a dupla filiação, ao possibilitar que o filho desfrute de direitos com relação a todos os pais, sem preferência entre eles, gera uma maior proteção para o filho. Isso porque a pluralidade de vínculos de filiação gera uma ampliação subjetiva dos titulares de deveres perante o filho.

As possíveis consequências da pluriparentalidade, envolvendo os direitos e deveres entre o filho e os pais, não ficam apenas no campo patrimonial. O Código Civil, após o advento da Lei nº 13.058/2014, passou a priorizar a guarda compartilhada entre os genitores separados. Com efeito, o §2º, do artigo 1.584²⁰, do referido diploma, assim dispõe:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

Vale destacar que o dispositivo acima vem sendo objeto de críticas doutrinárias e jurisprudenciais. Isso porque tornou regra a guarda compartilhada, sendo que, na verdade, tal medida depende do consenso entre os pais, para funcionar adequadamente. Com efeito, a guarda compartilhada faz com que o convívio e as responsabilidades sejam compartilhados entre os pais, razão pela qual as decisões a respeito das principais questões da vida do filho são tomadas conjuntamente.

Nesse contexto, inexistindo convivência harmoniosa entre os pais, a guarda compartilhada torna-se de difícil implementação prática. A despeito desta crítica, pode-se afirmar que a guarda compartilhada, sendo possível, possui preferência no ordenamento jurídico atual.

A questão a ser problematizada, então, é acerca da possibilidade ou não de guarda compartilhada envolvendo os pais biológicos e o pai socioafetivo, o pai biológico e o pai socioafetivo, ou até mesmo os três. Em discussões dessa natureza, o princípio basilar deve ser o do melhor interesse da criança e do adolescente.

Significa dizer que, se a guarda compartilhada já possui difícil implementação prática entre genitores biológicos separados, pela falta de convivência harmoniosa, parece ainda mais difícil aplicá-la nas hipóteses acima. Ou seja, a provável falta de afinidade entre o pai biológico e o pai socioafetivo, bem como o fato de uma terceira pessoa ter a guarda do menor (no caso de guarda compartilhada entre o pai biológico, a mãe biológica e o pai socioafetivo, por exemplo), torna a medida ainda mais difícil.

No entanto, não se pode descartar a possibilidade, sobretudo em virtude das vicissitudes da vida. Pense-se, por exemplo, no caso do menor que vive apenas com seu pai socioafetivo, em razão do falecimento de sua mãe biológica, que era casada com o referido pai. Ademais, o pai socioafetivo precisa viajar a trabalho periodicamente. Durante as viagens, a convivência e o exercício das responsabilidades com relação ao filho ficam inevitavelmente abaladas, embora não gravemente.

Nessa hipótese, imagine-se que se descubra a identidade do pai biológico do menor, que não sabia da existência de seu filho. A partir disso, inicia-se um vínculo de afetividade entre o filho e o pai biológico. Além disso, o pai socioafetivo e o pai biológico passam a ter uma convivência harmoniosa, ambos almejando o melhor possível para o filho, sendo certo, ainda, que o segundo se encontra sempre na mesma cidade do

menor, durante as viagens do primeiro.

Na situação hipotética acima, parece que a guarda compartilhada entre ambos se encontra em sintonia com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, podendo ser aplicada pelo magistrado. Não obstante o legislador tenha estabelecido a prioridade da guarda compartilhada para pais biológicos separados, o seu propósito foi fortalecer a convivência familiar do menor, atendendo ao comando do artigo 227 da Constituição Federal.

Além disso, o compartilhamento de responsabilidades, quando adequadamente implementado, pode gerar um resultado mais satisfatório sob a educação do menor, em comparação ao exercício unilateral das responsabilidades. Por tais razões, o magistrado, no exemplo acima, se estiver convencido de que a guarda compartilhada atende ao melhor interesse do menor, deverá aplicá-la.

Portanto, como se pôde ver, a dupla filiação pode gerar diversas consequências, envolvendo os direitos e deveres entre o filho e os pais. Tais consequências precisam ser solucionadas à luz do ordenamento jurídico vigente, o qual ainda não prevê a filiação socioafetiva e a dupla filiação.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, ao longo do trabalho, que cabe ao Direito das Famílias conferir a máxima tutela jurídica possível às relações de afeto. Com isso, não obstante a ausência de previsão legal, a filiação socioafetiva vem sendo reconhecida, quando presentes os seus pressupostos, sob pena de violação aos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da boa fé objetiva. Observa-se, assim, o “sobreprincípio” constitucional da dignidade humana.

Ademais, quando se está diante da paternidade socioafetiva, pode ocorrer a situação de pluriparentalidade. Nesse caso, a dupla filiação propiciará o modelo de família que mais se compatibiliza com a realidade pessoal de determinado indivíduo. Por isso, deve ser reconhecida, para que não haja uma limitação indevida à sua autodeterminação (dignidade humana) e ao seu direito à busca da felicidade.

Além disso, caso não se reconhecesse a dupla filiação, o pai biológico ficaria



desobrigado dos encargos decorrentes do poder familiar, pelo simples fato de já existir um pai socioafetivo, o que violaria o princípio da paternidade responsável. Dessa forma, a filiação socioafetiva, ao invés de funcionar como um mecanismo de proteção do filho, serviria como um escudo indevido para o pai biológico.

Com base nisso, a doutrina e a jurisprudência evoluíram, para reconhecer a pluriparentalidade, não obstante a inexistência de previsão legal. Tal evolução decorre da aplicação de normas constitucionais, sobretudo de caráter principiológico.

Diversas consequências surgem da admissão da pluriparentalidade, envolvendo os direitos e deveres entre o filho e os pais. Nesse contexto, direitos e institutos jurídicos, como a prestação de alimentos, a sucessão, e a guarda compartilhada, devem ser respeitados e interpretados, numa situação de dupla filiação, à luz das regras e dos princípios já aplicáveis à filiação única, com as devidas adaptações.

Evidencia-se, portanto, que a legislação, muitas das vezes, não consegue acompanhar as necessidades que decorrem da dignidade humana. A lacuna legislativa, contudo, nem sempre importa na inexistência do direito, quando ele decorre da aplicação de normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. *Conselho da Justiça Federal*. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciada/501>>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. *Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/13058.htm>. Acesso em:

23 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.059.214/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801118322&dt_publicacao=12/03/2012. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.508.671/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303907905&dt_publicacao=09/11/2016. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> e <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 23 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Sustentação oral no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DDpm9H3h3lQ>. Acesso em: 23 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



DROGAS E LIBERDADE: REFLEXO DA LEI DE DROGAS NO SISTEMA CARCERÁRIO

Gustavo Wilkerson Carneira

Graduado pelo Instituto Vianna Júnior. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a política criminal de drogas sofreu alterações ao longo dos anos, vindo a apresentar reflexos intrigantes em todo sistema penal, em especial o sistema carcerário. Com a criação da atual lei, atrelada a dogmatismos e ideias ainda vinculadas a antiga lei de drogas, constatou-se um aumento significativo no número de presos por crimes relacionados a lei de drogas. Diante desse aumento, cada vez mais se percebe a necessidade de mudança de paradigma, de alteração do modelo atual por um modelo menos punitivista. A essência do trabalho é abordar os reflexos da atual lei de drogas no plano carcerário e buscar apontar a melhor solução diante da superlotação dos presídios. Focalizando na tese da descriminalização das drogas como caminho a ser trilhado para desafogar o sistema.

Palavras-chave – Direito de Penal. Política Criminal de Drogas. Sistema Carcerário. Lei n. 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. Descriminalização.

Sumário – Introdução. 1. A política criminal de drogas no Brasil: prevalência da Punitividade do Estado sobre os Princípios da Proporcionalidade e da Dignidade da Pessoa humana 2. Aplicação da Lei n. 11.343/06 e seu reflexo na elevação da população carcerária. 3. A descriminalização das drogas como alternativa ao sistema punitivista, em face da superlotação prisional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das drogas e liberdade e os reflexos da lei de drogas no sistema carcerário, ou seja, analisa os reflexos gerados por uma lei obsoleta e busca dar uma solução para o grave problema da superlotação nos presídios, sendo este fator negativo, fruto de uma inobservância da proporcionalidade e razoabilidade na lei de drogas.

A lei de drogas é o marco e referencial para reprimenda nos casos de uso, venda e outras ações relacionadas às drogas. Como boa parte do Direito Penal, a lei de drogas, apresenta resquícios e aspectos inerentes ao tempo de sua criação. O legislador, ao elaborar a lei de drogas, trouxe consigo elementos da lei anterior, bem como institutos e vedações aplicadas em outras políticas de drogas internacionais.

Dessa forma, a política criminal de drogas brasileira é marcada pela repressão presente em outros países, sendo esta repressão fruto de uma política arcaica que buscava apenas combater o avanço das drogas sem analisar as particularidades de cada indivíduo e caso.

Transcorridos onze anos da sua elaboração, a política criminal de drogas pouco foi alterada, passando a sofrer mudanças apenas quanto a sua interpretação por parte da jurisprudência.

Dessa maneira, ante à obsoleta política criminal de drogas, que gera reflexos no sistema prisional, passa-se a questionar a necessidade de mudança de paradigma, com enfoque em uma política alternativa, buscando-se, muitas vezes, descriminalizar e desmarginalizar o indivíduo, garantindo assim a Dignidade da Pessoa Humana.

Em face dessa situação, objetiva-se a discussão da insuficiência e ineficácia da lei de drogas atual, discorrendo sobre os valores e princípios que se contrapõem a sua existência. Bem como os reflexos gerados pela sua redação e função meramente punitiva, que ocasiona em um encarceramento em massa. Constata-se, ainda, a necessidade de mudança na atual política criminal de drogas. Espera-se, com esse trabalho, a criação de uma visão alternativa de política criminal e drogas, focando-se na descriminalização do uso e até mesmo na legalização.

No primeiro capítulo, questiona-se a aplicação e o respeito aos princípios constitucionais em face da busca da efetiva punição pelo Estado, demonstrando que aplicação da atual política criminal de drogas, respeitando e interpretando a literalidade da lei, acaba valorando mais a busca da efetiva punição e, por consequência, violando o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, indaga-se sobre a aplicação da lei como solução para o problema das drogas, ou se sua aplicação apenas eleva o número de encarcerados, sem solucionar o problema das drogas. Apresenta-se, assim, que a literal aplicação norma, como base da política criminal de drogas, se mostra ineficaz, servindo apenas para aprisionamento de massa e elevando o número de encarcerados.

Por fim, no terceiro e último capítulo, pretende-se abordar qual seria a melhor decisão a ser tomada diante de um conflito entre a lei de drogas e o crescente número de encarcerados. Sendo examinada a necessidade de adoção de uma nova forma de política criminal de drogas, focando na aplicação do modelo de descriminalização de uso e legalização.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em



foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, legislação, doutrina e jurisprudência, para sustentar a sua tese.

1. A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: PREVALÊNCIA DA PUNITIVIDADE DO ESTADO SOBRE OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A legislação de drogas no Brasil¹ passou a ser a principal fonte da política criminal de drogas, delimitando a forma de tratamento e a diferenciação entre os crimes de tráfico de entorpecentes e a identificação do usuário de drogas.

Historicamente, a atual lei de drogas, surgiu como uma forma de alterar a legislação anterior que guardava consigo marcas do período da ditadura militar, tendo assim resquícios de alta carga punitiva. Segundo Saulo de Carvalho² a lei de drogas atual trouxe em seu bojo significativas alterações como a já mencionada diferenciação entre comércio de entorpecentes e uso de drogas, mantendo, contudo, inalterada a raiz proibicionista, da legislação anterior.

O Estado passa a buscar uma maior repressão e combate ao agente que comercializa entorpecentes, criando na lei inúmeras condutas para identificar e assim garantir a aplicação das sanções, ainda, segundo Saulo de Carvalho³ apesar de se criar inúmeros verbos nucleares com objetivo de identificar as condutas do crime tráfico de drogas do artigo 33 da Lei n° 11.343/06, o legislador manteve contudo a mesma sanção, com pena base que variam de cinco anos até quinze anos, acrescida de multa, ainda que as lesões jurídicas geradas fossem diferentes para cada um dos verbos.

Deste modo, se mostra nítida a ausência de proporcionalidade pelo legislador ao tratar das várias condutas possíveis no crime de tráfico de entorpecentes, nivelando verbos como, transportar e trazer consigo, com os verbos, vender e exportar à venda. Não há assim uma graduação legislativa no tratamento, vindo essa graduação a ser aplicada pela interpretação dos operadores do direito, que na grande maioria das vezes aplicam penas de patamar elevado ainda que a conduta não carregue uma carga lesiva excessiva.

¹BRASIL. Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: 02 mar. 2017.

² CARVALHO, Saulo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estado criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Sorciwa, 2013. p. 140.

³ *Ibid.*, p. 320.

Observa-se, contudo, que o legislador, buscou apenas diferenciar o tratamento dado ao agente que adquire para consumo pessoal e aquele que se volta ao tráfico de entorpecentes, atribuindo ao usuário um elemento subjetivo intrínseco a sua conduta, sendo necessário a existência de um determinado fim de agir, que o diferencia dos demais casos, mantendo, contudo, a semelhança entre os verbos nucleares do tipo penal incriminador do artigo 28 da Lei n. 11.343/06⁴ e do artigo 33 da mesma lei.

Nesse sentido, Salo de Carvalho⁵ defende que a única forma de diferenciação das condutas punitivas seria a comprovação do elemento diferenciador do artigo 28 da lei, não sendo o caso de consumo pessoal, passaria a incidir em crime de tráfico de drogas. Essa ausência de diferenciação e nivelamento de condutas reforça ainda mais o mítido caráter punitivo do estado, que buscou apenas separar o usuário do traficante por meio da atribuição de um elemento subjetivo, deixando assim a cargo do intérprete o reconhecimento e a consequente punição.

É sabido, que no cotidiano forense, os inúmeros casos de decisões em que se ignora ou afasta o elemento subjetivo caracterizador da conduta de usuário, como forma de aplicar a reprimenda do delito de tráfico e assim fortalecer a força punitiva do Estado. Nesse sentido, Guilherme Nucci⁶, ressalta que no cotidiano se verifica nas sentenças penais a ocorrência de prisões de pessoas que transportam substâncias ilícitas, afastando o elemento subjetivo, e fundamentando assim a prisão preventiva, atribuindo ao que transporta o crime de tráfico.

Desta forma, o excesso e desvios na imputação e aplicação das penas, bem como a identificação do indivíduo como traficante ou usuário possuem e sua essência uma alta carga punitiva, que na grande maioria dos casos transcende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Verifica-se em razão em decorrência da alta carga punitiva, um aumento significativo nos casos de presos com bons antecedentes, e que em sua maioria transportavam consigo pequenas quantidades de substâncias ilícitas. Essa busca em garantir a repressão e com isso dar uma resposta aos anseios da sociedade, passa a refletir no sistema prisional. Conforme analisa Barroso⁷ “Um dos grandes problemas que as drogas têm gerado no Brasil é a prisão de milhares de jovens, com frequência primários e de bons antecedentes, que são jogados no sistema penitenciário [...]”.

⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁵ CARVALHO, *op. cit.*, p. 324

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *A droga da Lei de Drogas*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/droga-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> Acesso em: 29 mar. 2017



É, preciso, analisar que o número de presos ligado ao narcotráfico, tem em sua grande maioria presos provisórios, ou seja, presos que estão aguardando julgamento, vindo a passar meses e anos no cárcere, em celas lotas e com condições insalubres. Por vezes, esta imposição de prisão preventiva, poderia ser evitada, bastando na maioria dos casos, que os operadores do direito, ao proferirem decisões, buscasse a harmonia entre o a proporcionalidade e a razoabilidade e com isso chegasse a decisão mais justa e com isso garantindo a dignidade do indivíduo.

Contudo, na prática, verificasse exatamente o contrário, na maioria das decisões proferidas, o magistrado ao aplicar a legislação de drogas, não faz um juízo de razoabilidade da decisão, tão pouco da proporcionalidade na decretação da prisão preventiva, vindo assim a impor ao agente um cárcere que na grande maioria dos casos reduzem a dignidade humana face as mazelas e superlotações do sistema prisional.

Nesta esteira, Guilherme Nucci⁸ afirma que, Um acusado por tráfico de drogas, cuja quantidade seja pequena ou média, não pode jamais ficar sujeito a prisão preventiva de meses, por vezes atingindo mais de ano. Fere a razoabilidade, mormente sendo primário, com bons antecedentes. [...]”.

As decisões judiciais, relativa aos crimes da lei de drogas, ao longo dos anos tem se mostrado desproporcionais na grande maioria dos casos, focando sempre em dar uma resposta punitiva elevada, respeitando um modelo proibicionista e totalitário, que remete aos tempos da antiga legislação. Pouco se importando com o respeito aos valores constitucionais que devem pautar as decisões judiciais. Fechando-se assim os olhos para o binômio proporcionalidade e razoabilidade em detrimento do poder de punir do Estado.

Assim, a necessidade muitas vezes de dar uma resposta à sociedade coloca em risco valores constitucionais que, se aplicados aos casos concretos, refletiriam não só na própria vida do indivíduo que está sendo julgado, como em toda sociedade, uma vez que possibilitaria uma redução do número de presos, que em geral lotam o sistema prisional brasileiro.

⁸ NUCCI, op. cit. nota 6.

2. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06 E SEU REFLEXO NA ELEVÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Nos mais de dez anos da Legislação de drogas no Brasil, verificou-se um crescimento vertiginoso no número de presos por tráfico de drogas, tendo a legislação atual um papel apenas de atualização dos diplomas legis antigos. Segundo Guilherme Nucci⁹, não se tem motivos concretos para se comemorar os mais de 10 anos da publicação e entrada em vigor da lei, que somente veio a substituir legislações ultrapassadas e mais antigas. Ainda segundo o autor, as alterações provocadas pela lei ocasionam um aumento de processos em varas criminais relacionados a tráfico e uma elevação no número de presos provisórios, o que elevou ainda mais a população carcerária brasileira.

Assim, com a alteração legislativa em 2006, verificou-se uma maior repressão ao tráfico de entorpecentes e um abrandamento na forma de punir o usuário de entorpecentes. Em decorrência desse abrandamento, a lei passou a dar aos membros do judiciário e agentes de segurança pública o poder de determinar se o detido era usuário ou traficante, vindo na maioria das vezes a atribuir ao usuário o enquadramento de posse e com isso a imposição da pena de tráfico de drogas do artigo 33 da lei.

Segundo levantamento realizado pelo CNU¹⁰, a atual população carcerária no Brasil, ultrapassa 654 mil presos sendo esse número composto por presos provisórios e com decisões transitada em julgado. Grande parte da população carcerária hoje no Brasil é composta por presos pelo crime de tráfico, hoje representando um percentual de 32,6% do total, o que em números equivale a 182.779 mil presos, conforme reportagem do portal G1 de notícias¹¹.

Observa-se, assim um reflexo significativo no número de presos no Brasil em decorrência da atual legislação, que em regra impõe sanções com penas mais elevadas que a sua antecessora, passando a ser adequar ao modelo punitivista em curso na América Latina e países da Europa.

Cronologicamente, com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06¹², a população carcerária no país que era em sua grande maioria composta por indivíduos que praticaram

⁹ *Ibid.*

¹⁰ AGENCIA CNU de Notícias, *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹¹ G1 Notícias, *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/un-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> Acesso em: 15 jun. 2017.

¹² BRASIL, *op. cit.* nota 1.



crimes patrimoniais, passou a ter um quadro diferente, vindo a se verificar a cada ano uma elevação no número de detentos respondendo pelo delito de tráfico de entorpecentes. Conforme levantamento apresentado pelo portal G1 de notícias¹³, com a entrada em vigor da lei em 2006, o Brasil contava com 31.520 mil presos por tráfico, hoje este número representa 182.779 mil.

Desta forma, verificasse uma elevação periódica do número de encarcerados pelos delitos da lei de drogas. Em decorrência disso, constata-se um colapso do sistema penitenciário, em que a maioria dos presídios há um excedente que rompe com o binômio números de vagas e número de presos, levando a momentos de caos e insalubridade.

Além disso, atrelado ao excesso de presos, está a ausência de infraestrutura, o que torna o sistema carcerário um “barril de pólvora” prestes a explodir. Como observa Sergio Rodas¹⁴, não é incomum a ocorrência de rebeliões de grandes proporções, que são um reflexo da política punitivista de guerra aos entorpecentes, onde de forma descontrolada gera cada vez mais aprisionamentos e superlotações.

É notório, que o sistema de punição e de acusação no que tange os delitos ligados a lei de drogas, são na maioria das vezes desproporcionais e irrazoáveis, passando a punir na maioria das vezes o indivíduo com um perfil que se torna padrão aos olhos do acusador, sendo ele pobre, preto e de baixo grau de escolaridade, somado a isto, e como verificado em grande parte dos processos, o agente é primário e portava consigo pequena substância de entorpecentes.

Assim, atrelado a uma lei mais rigorosa, tomada a uma alta carga de subjetividade na diferenciação entre o usuário e o traficante, criou-se uma fábrica de presos, pautada no dever de punir estatal.

Nesse sentido, Luciana Bonteux¹⁵, afirma:

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei.

Assim, o panorama do sistema acusatório e do sistema carcerário brasileiro se mostra em descompasso com os valores constitucionais dentre eles os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Razabilidade e Proporcionalidade. O punitivismo excessivo que intensifica

¹³ G1, op. cit. nota 11.

¹⁴ RODAS, Sergio. *Enfrentando gelo. Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres*. Disponível em: <<http://www.rainier.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoes-alimenta-massacres>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

¹⁵ BONTEUX, Luciana apud VIVIANE ALVES, Carolina. *A superlotação carcerária e o tráfico de drogas: A relação entre o encarceramento em massa e a Lei 11.343/2006*. Disponível em: <<http://carolinavivi.jbrasil.com.br/artigos/492223744/a-superlotação-carcerária-e-o-tráfico-de-drogas>>. Acesso em: 20 jul. 2017.



o número de presos e condenados por tráfico, geram sequelas e violações a dignidade da pessoa humana, se mostrando muitas vezes como medida desproporcional, frente a insignificância e baixa lesividade da conduta.

Observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem se voltado a analisar a situação dos presos por tráfico de drogas no país e o alto número de réus primários encarcerados. Segundo observa Maximiano¹⁶:

o Supremo Tribunal Federal já entendeu que, no caso do tráfico em pequenas quantidades, quando a pessoa é "primária" (sem antecedentes), sem envolvimento com facção, é possível a redução e substituição por penas alternativas. Mas, infelizmente, o Judiciário brasileiro não está seguindo essa decisão. Essa é a principal causa do aumento de prisões, colocando esses jovens como uma presa fácil das organizações criminosas" [...]

Sendo assim, é notório e inegável o aumento da população carcerária ao longo dos últimos onze anos, sendo esse um reflexo da política de combate as drogas, baseada em um modelo com penas mais duras e na maioria das vezes desproporcionais, que levam a cada dia à beira da falência do sistema prisional e o questionamento da eficiência e eficácia da Lei nº 11.343/06¹⁷.

3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA PUNITIVISTA, EM FACE DA SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL

Atualmente, diante do processo de falência do sistema carcerário brasileiro, surgem indagações de como solucionar o problema, como remediar ou retardar o cenário atual. Intelectuais e juristas, sustentam que o modelo atual pensado na punição como solução ao tráfico se mostra cada dia mais falho, sugerindo a adoção de meios paralelos e alternativos, como a descriminalização das drogas.

A busca por meios alternativos de combate a superpopulação carcerária, surge como reflexo da análise histórica da política criminal de drogas implementada no país e no mundo. Verificasse que o cárcere como forma de controle das drogas não se mostra eficaz, frente ao

¹⁶MAXIMIANO apud G1 notícias. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.



crescimento no número de presos ligados direta ou indiretamente aos entorpecentes, como ocorre nos casos de crimes de roubos e furtos.

Segundo defende Douglas Martins¹⁸, diante do alto índice de encarcerados ligados ao cometimento de crimes de furto e roubo, constata-se que na maioria dos casos, os delitos são praticados por usuários, o que denota como solução direta para a efetiva redução da superlotação do sistema, a implementação da descriminalização das drogas.

Assim, além de se diminuir o número de presos ligados de forma indireta as drogas, se tornaria possível reduzir de igual forma o número de presos por crimes ligados ao tráfico de drogas, tendo como base, que uma grande parcela dos presos, se encontram no cárcere por imputação do crime de tráfico, quando na realidade eram meros usuários.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes¹⁹, em entrevista ao canal BBC, afirma que “Se a gente for olhar, uma boa desse recrudescimento das prisões está associada ao tráfico de drogas. E aí vem aquela situação do usuário que também trafica para suprir o vício. E a Justiça não consegue distingui-lo.”

Assim, é notória a importância de se debater a implementação de uma política de desencarceramento fundada na descriminalização das drogas, seja na sua amplitude da palavra, ou atingindo apenas alguns tipos de entorpecentes, como é o caso da maconha, que é a droga ilícita mais consumida e que gera maior número de apreensões.

Analisando o tema sobre uma ótica internacional, se mostra possível verificar que países que adotaram uma política de descriminalização do uso de determinadas substâncias entorpecentes, obtiveram maior redução no número de crimes ligados as drogas, o que por consequência, proporciona menor índice de presos.

Nesse sentido o modelo adotado pela legislação portuguesa, que passou a tratar o usuário como consumidor, criando meios de diferenciação e o afastando da vala comum que poderia ensejar na imputação de tráfico, se mostrou o mais adequado. Segundo Maurides de Melo Ribeiro²⁰, o modelo português apresentou resultados satisfatórios, ao descriminalizar o uso de drogas, não se verificou uma elevação no número de usuários, como sustentavam os críticos do modelo.

¹⁸ MARTINS, Douglas. *Legalizar droga pode reduzir população carcerária no Brasil, defende juiz do CNJ*. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-06-19/legalizar-droga-pode-reduzir-populacao-carceraria-no-brasil-defende-juiz-do-cnj.html>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁹ MENDES, Gilmar. *Descriminalizar drogas acaba questão prisional*. Disponível em: <http://www.cnjbr.com.br/2017-jun-06/descriminalizar-drogas-acaba-questao-prisional-gilmar-mendes>. Acesso em: 15 jun. 2017.

²⁰ REIS, Hilbert. *O controle penal sobre as drogas e as novas perspectivas de descriminalização e legalização*. Disponível em: <http://fjuz.com.br/artigos/21983>. Acesso em: 17 mar. 2017.



Além disso, ao se implementar a descriminalização como política de segurança pública, se torna possível reduzir os gastos com prisões e processos judiciais ligados aos casos envolvendo drogas ilícitas. Por outro lado, cria-se a possibilidade do estado investir em políticas de proteção com objetivos de afastar os casos de reincidências, como sustenta Douglas Martins²¹.

Diante do intenso debate sobre a descriminalização como meio de solução ao caso carcerário, Guilherme Nucci²² destaca a votação pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante a descriminalização do consumo da maconha, tendo como placar até o momento três votos favoráveis.

Ainda que seja uma tendência por parte da doutrina e até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da necessidade de descriminalização do uso, sendo na maioria das vezes atrelado a percepção de solução ao sistema carcerário, há que sustentar que a descriminalização não seria eficaz para a redução da população carcerária. Nesse sentido, a juíza criminal Renata Gil²³, questiona o modelo defendido de descriminalização, segundo a juíza, não se deve ater apenas ao campo jurídico, devendo se voltar a uma análise de saúde pública, devendo se voltar a conscientização da população, devendo ainda pensar nas consequências da liberação das drogas.

Reforçando a visão de crítica a descriminalização o procurador de Justiça Mário Sérgio Sobrinho²⁴, sustenta que a descriminalização das drogas não se mostra eficaz para reduzir a população carcerária, tendo como fundamento que o usuário de drogas por força da Lei nº 11.343/06²⁵, não sofre pena de prisão. Ainda segundo o procurador os dados apresentados pelo Infopen²⁶ apontam que não há no sistema brasileiro qualquer registro de preso condenado por porte de drogas.

²¹ MARTINS, Douglas. *Legalizar droga pode reduzir população carcerária no Brasil, defende juiz do STJ*. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-06-19/legalizar-droga-pode-reduzir-populacao-carceraria-no-brasil-defende-juiz-do-stj.html>. Acesso em: 15 jun. 2017.

²² Nucci, Guilherme de Souza. *A droga da Lei de Drogas*. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/droga-da-lei-de-drogas>. Acesso em: 02 mar. 2017.

²³ GIL, Renata apud G1 notícia. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 29 mar. 2017.

²⁴ SOBRINHO, Mário Sérgio. *Descriminalizar porte de drogas reduzirá a população penitenciária*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-05/renato-martins-descriminalizar-porte-drogas-reduzira-populacao-penitenciaria-sim>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ INFOPEN, *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-wcsao-ubr-pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.



Observa-se que o tema é polêmico e controvertido, contudo, ainda que o sistema nacional, não apresente registro de presos por porte de drogas, a jurisprudência e a doutrina, apresentam casos em que se verifica indivíduos que são presos como traficantes, quando na real circunstância eram usuários ou portavam uma quantidade ínfima de drogas.

Neste sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso²⁷, concedeu a ordem em no *Habeas Corpus* 143.798²⁸, reconhecendo que o agente havia sido preso por longo período em detrimento de portar sementes de maconha. Sendo assim, é forçoso reconhecer que o sistema de imputação é falho e acarreta em prisões indevidas que sufocam e lotam os presídios.

Observa-se que casos como do jovem preso como traficante, mas que na real análise era consumidor, se espalha pelo país, gerando prisões indevidas e que por consequência elevam a estatística do número de detentos no país por crime de tráfico.

Diante desse cenário, a descriminalização das drogas se mostra uma das medidas a desafogar o sistema, gerando efeitos que vão além da despenalização do tipo penal da Lei n. 11.343/06, possibilitando ainda que erros provenientes da vontade de punir do Estado e dos seus agentes públicos comprometam a dignidade da pessoa e acarretem o estado de insegurança constante frente a superlotação dos presídios.

É forçoso reconhecer que a descriminalização é medida de urgência e de aplicação imediata, com solução a curto prazo, apta a diminuir o número de presos e evitar que novos presos entrem no sistema. Ainda que se busque medidas a longo prazo como novos presídios, esses terão efeito momentâneo e com riscos de cair na mesma vala que os atuais presídios, por sua vez a descriminalização se propaga no tempo, tendo maior chance de salvar o sistema.

Assim sendo, a construção de novos presídios como forma de aliviar o sistema se mostra como medida de alto custo financeiro, para Douglas Martins²⁹ (...) **seriam necessários pelo menos R\$ 20 bilhões para se criar as 358 mil vagas necessárias para se acabar com a superlotação das unidades prisionais. Isso é insustentável. Esse número de presos, ele praticamente sangraria a própria economia do país (...)**

Contata-se assim, que a adoção de meios convencionais como construção de presídio, se mostra como alternativa a superlotação, porém essa se mostra de alto valor de investimento,

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Somentes de maconha, ao conceder HC, Barroso cita tendência de STF de descriminalizar uso de drogas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/hc-barroso-cita-tendencia-stf-descriminalizar-uso-drogas>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 143798* Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2017.

²⁹ MARTINS, Douglas. *Legalizar droga pode reduzir população carcerária no Brasil, defende juiz do CNJ*. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-06-19/legalizar-droga-pode-reduzir-populacao-carceraria-no-brasil-defende-juiz-do-cnj.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

o que em momentos de crise econômica se mostra inviável. Logo a descriminalização ganha maior força ante a economia que proporciona.

Destaca-se ainda que segundo levantamentos realizados os presos custam ao estado em quatro mil reais mensais, nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet³⁰ destaca que:

um detento num estabelecimento prisional seja de aproximadamente R\$ 4 mil (a quantia pode variar de local para local), quando tal valor corresponde a quatro salários mínimos legais e ao salário mínimo desejável projetado. Aliás, tal quantia permitiria a qualquer cidadão locar um apartamento ou quarto com banheiro, modesto, mas adequado, inclusive para mais de uma pessoa, alimentar e vestir-se adequadamente, e mesmo manter um plano de saúde.

Conclui-se, portanto, que o custo para manter os presos é elevado e não condiz com o tratamento esperado, o que reforça que a medida de descriminalização como caminho mais adequado e com respeito aos princípios constitucionais como saúde, integridade física e dignidade humana.

CONCLUSÃO

Ante tudo o exposto, faz-se necessário perceber a existência de um grave problema relacionado ao sistema carcerário brasileiro. Em que diante da elaboração de uma lei mais rígida voltada ao punitivismo e firmando sempre a punição aos crimes relacionados as drogas como forma de resposta aos anseios da sociedade, operou-se uma crescente elevação da população carcerária.

Neste cenário, torna-se possível verificar que o Estado buscando assegurar uma resposta aos clamores midiáticos, ignora por completo os problemas do sistema prisional brasileiro.

Na prática, as cadeias brasileiras estão em sua grande maioria lotadas para além da capacidade esperada, sendo esta lotação composta em sua maioria por detentos que cometeram crimes ligados ao tráfico de drogas, com crimes de roubo e furto.

Certo é que boa parte do percentual de presos por crime de tráfico, estão presos por imputação de delito diverso do cometido, onde por uma falha do legislativo em não criar

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dirreitos Fundamentais, dignidade humana, ressocialização e a superlotação carcerária no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria>>. Acesso em: 15 jun. 2017.



critérios objetivos de imputação, permite que as autoridades pensais, possam imputar ao usuário o delito de tráfico, cuja a pena possibilita a detenção.

Assim, sendo ausente a situação do legislador em elaborar normas que foquem em valores e meios de imputação pautados em critérios mínimos de objetividade, atrelada ainda em conceitos e valores da antiga política criminal de drogas, verificasse cada vez mais a falência do sistema prisional.

Fato é que as cadeias brasileiras estão atingindo o limite da capacidade, e diante disso, questionasse qual o caminho a ser tomado? É nessa indagação que surge a necessidade de se voltar a uma análise mais profunda da descriminalização das drogas como forma de desafogar o sistema.

Conclui-se, portanto, que frente às consequências da atual política criminal de drogas, em que os poderes, judiciário, legislativo e executivo, devem se voltar à alteração do modelo punitivista atual, de modo a adotar critérios que possam efetivamente distinguir o usuário e o traficante. Desta forma afasta-se o elemento subjetivo caracterizador do consumo próprio, de modo a aplicar valores mínimos quantitativos que diferenciam com exatidão os usuários dos traficantes.

Por todas as razões, conclui-se que o modelo atual, se mostra falho e limitado, devendo se adotar um novo modelo, um novo paradigma capaz de aliviar e evitar a superlotação dos presídios, devendo-se voltar os olhos para a descriminalização das drogas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNI de Notícias. *Levantamento das Presas Provisórias do País e Plano de Ação dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Sensatas de macumba, ao conceder HC, Barroso cita tendência do STF de descriminalizar uso de drogas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/hc-barroso-cita-tendencia-stf-descriminalizar-uso-drogas>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Acesso em: 02 mar. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143798*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-macanha1.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BOITEUX, Luciana apud VIVIANE ALVES, Carolina. *A superlotação carcerária e o tráfico de drogas: a relação entre o encarceramento em massa e a Lei 11.343/2006*. Disponível em: <<https://carolinavivi.jusbrasil.com.br/artigos/492223744/a-superlotacao-carceraria-e-o-trafico-de-drogas>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

G1 Notícias. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.html>> Acesso em: 15 jun. 2017.

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulga-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MARTINS, Douglas. *Legalizar droga pode reduzir população carcerária no Brasil, defende juiz do CNJ*. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-06-19/legalizar-droga-pode-reduzir-populacao-carceraria-no-brasil-defende-juiz-do-cnj.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

MENDES, Gilmar. *Descriminalizar drogas auxilia questão prisional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/descriminalizar-drogas-auxilia-questao-prisional-gilmar-mendes>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Nucci, Guilherme de Souza. *A droga da Lei de Drogas*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/droga-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

REIS, Hilbert. *O controle penal sobre as drogas e os novos paradigmas de descriminalização e legalização*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21983>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

RODAS, Sergio. *Extinguindo gelo. Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacras*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoes-alimenta-massacres>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais, dignidade humana, ressocialização e a superlotação carcerária no Brasil*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SOBRINHO, Mário Sérgio. *Descriminalizar porte de drogas reduzirá a população penitenciária*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-mar-05/renato-martins-descriminalizar-porte-drogas-reduzira-populacao-penitenciaria-sim>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ATIVISMO CONGRESSUAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CHAMADA REAÇÃO LEGISLATIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Harmony Loureiro Custódio

Graduada pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Residente na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGERJ. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj.

Resumo - O presente artigo busca discutir o chamado Ativismo Congressual, fenômeno em que o Congresso Nacional, por meio de propostas de leis e de Emendas Constitucionais, muda o entendimento sobre algum assunto decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Controle de Constitucionalidade Concentrado. Analisar-se-á os modelos de ativismo hoje vigente, apresentando os problemas enfrentados em cada uma das espécies, bem como os casos em que o legislativo atuou de forma ativista, as questões debatidas e suas conclusões para, por fim, discutir se o instituto ora em apreço é capaz de fortalecer o princípio da separação dos poderes. Finalmente, se buscará solucionar as questões debatidas e os problemas eventualmente existentes nessa forma de atuar do Legislativo, que é objeto do presente trabalho.

Palavras-chave - Direito Constitucional; Ativismo Congressual; Reação Legislativa; Superação Legislativa; Ativismo; Controle de Constitucionalidade; Poder Legislativo; Princípio da Separação dos Poderes; Pacto Federativo; Diálogos Institucionais.

Sumário - Introdução. 1. Formas de Ativismo no Brasil: uma análise crítica acerca dos problemas dos modelos atuais. 2. Estudo de casos sobre Superação Legislativa no direito brasileiro: problemas e divergências abordadas. 3. Análise acerca do Ativismo Congressual: remédio ou doença ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes? Teorias e críticas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do Ativismo Congressual em uma análise acerca da sua contribuição para o não engessamento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O tema tem sido frequentemente debatido no Direito Brasileiro, tendo em vista que o Congresso passou a atuar de forma ativista, fenômeno também chamado de reação legislativa, elaborando novos diplomas legais sobre assuntos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade concentrado.

No entanto, torna-se imperioso entender se esse poder do Congresso Nacional não afetaria o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes, já que, de um lado, no caso de lei ordinária, o legislativo estaria praticando verdadeira mutação constitucional, usurpando função típica do Poder Judiciário. E, de outro lado, no caso de emenda à constituição, estaria contrariando entendimento expresso do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, o trabalho analisa se tal forma de atuação do Poder Legislativo compromete, em última análise, o Sistema Democrático de Direito, observando as seguintes questões norteadoras: é constitucionalmente saudável que o legislador divirja do judiciário? Esse Ativismo Congressional é inerência do sistema de freios e contrapesos ou constitui distorção do sistema? Esse atuar ativista é qualitativamente positivo?

Para esta abordagem, o presente artigo iniciará o primeiro capítulo buscando definir o que é ativismo, primeiro conceituando o ativismo judicial, a forma tradicional de ativismo tratada pelo direito brasileiro, e, posteriormente, conceituando o objeto do presente estudo: o ativismo congressional.

Após essas necessárias definições, o segundo capítulo tratará dos casos em que o Congresso Nacional atuou de forma ativista, mostrando os problemas enfrentados, bem como os debates ali traçados, bem como se houve êxito ou não em seu intento.

O terceiro capítulo busca entender se a reação legislativa viola o princípio da separação dos poderes ou se constitui instrumento hábil ao não “engessamento” das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Busca, ainda, valorá-la como boa ou péssima, na medida em que pode acirrar ou amenizar a tensão dialética entre Poder Judiciário e Poder Legislativo.

O método que se pretende utilizar é o dedutivo, por meio do qual serão abordados os precedentes e debates que levaram à percepção, na prática dos Tribunais Superiores, do fenômeno do ativismo Congressional. Por fim, a pesquisa será realizada por meio de levantamento bibliográfico e pesquisa de compilação doutrinária e jurisprudencial.

1. FORMAS DE ATIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DOS PROBLEMAS DOS MODELOS ATUAIS.

O ativismo pode parecer, para muitos, uma solução para o problema institucional que se vive no Brasil a respeito da não efetividade dos deveres constitucionais. Até mesmo como uma espécie de lógica reverta ao melhor estilo “chega de ação, queremos

promessas¹, a postura ativista demonstra, no mínimo, a inquietação peculiar de um cenário de profunda crise institucional como a que se vive hoje.

Experimenta-se, à contragosto, uma constituição notadamente insincera². O sentimento constitucional³ a respeito da “bondade intrínseca da constituição”⁴ e a fé constitucional⁵ já não são mais as mesmas. O ceticismo jurídico⁶ na Constituição impera, sua efetividade se enfraquece e, em determinadas situações, se anula⁷.

As instituições paulatinamente se ruem e a estabilidade do sistema jurídico se compromete. O que antes era tido como uno e indivisível, se vê perigosamente multifacetado e fragmentado. É bem verdade que algo precisa ser feito, mas a que preço? Os fins justificam, mesmo, os meios?

Duas seriam as leituras possíveis. Em uma primeira visão, o ativismo é sinônimo de problema: vale a pena fulminar as bases técnicas e filosóficas que sustentam a harmonia que se espera dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em troca de uma máxima efetividade da Constituição? Outra percepção, o abalo das estruturas dos Poderes é meramente aparente: a postura ativista seria cura, ao invés de doença.

É justamente neste contexto que se insere o presente ensaio e, para tal, mostra-se necessário conceituar o instituto já mencionado, para, então adentrarmos no objeto da pesquisa.

Sendo assim, entende-se por ativismo judicial a postura ativa do judiciário em produzir normas ou determinar a execução pela administração pública, extrapolando, na

¹“Chega de ação. Queremos promessas”. BARESO, Luís Roberto. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In *Themis: Revista de ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

²BARESO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 59-65.

³ Cf. acerca do desenvolvimento da teoria do(s) sentimento(s) constitucional(is), bem como a definição de seus contornos teóricos como modo de integração política, VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid; Reus, 1985, p.53.

⁴ É a que se depreende do texto de V. VERDÚ, Pablo Lucas. *A lei pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.91.

⁵ A fim de aprofundar a apreciação da esperança constitucional cuja crença esmaia do Texto, cf SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, constituição e realidade. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 741-823.

⁶ FRANCO, Paulo Fernando de Mello; MATTA, João Lopes de Farias da; MÜSSER, Tiago Mourer dos Santos. Da Mera Promessa ao Efetivo Cumprimento Do Direito Fundamental à Saúde: A Crise de Identidade da Constituição Insincera. In: A Barriguda. (Org.). *Direito e Saúde: Tratamento Jurídico da Realidade da Saúde no Brasil e Outros Diálogos*. 1ed. João Pessoa - Paraíba: A Barriguda, 2015, v. 1, p. 237-250.

⁷ HACHLAR, Jefferson Antonio Fernandes. *A lei de combate à poluição sonora de Belém: estudo de efetividade e federalismo sob uma perspectiva histórico-jurídica*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade da Amazônia – UNAMA, Belém, 2009.

maior parte das vezes, sua função típica judicante, invadindo, para muitos, a competência de outros poderes.

Os defensores do ativismo jurídico entendem que essa postura proativa visa implementar direitos e garantias fundamentais, não sendo, pois, um problema institucional, mas solução, para momentos em que quaisquer dos outros poderes restam inertes quando deveriam atuar.

A teoria encabeçada pelos defensores de uma postura ativista, menciona que as normas constitucionais consubstanciadas em direitos e garantias fundamentais, por possuírem eficácia imediata, necessitam de efetivação por quem quer que se seja, cabendo, então, ao Judiciário a tarefa de implementá-los nas situações em que os demais poderes, em suas funções típicas, falharem. Para eles, a questão da separação dos poderes não deve ser uma questão quando se está diante de violação a direito fundamental, sendo desimportante a discussão sobre a autoria de sua implementação.

Assim, o ativismo se atrelaria ao fortalecimento do princípio da separação dos poderes, já que efetiva direitos e garantias fundamentais e, por último, fortalece a democracia na medida em que um poder supre as carências de outro.

De outro lado, esta situação sofre críticas no que tange à uma possível invasão do Poder Judiciário nos poderes Legislativo e Executivo, representando grave violação ao princípio constitucional da separação dos poderes e ao próprio Estado Democrático de Direito, em razão de deflagrar verdadeira crise dos poderes constitucionais.

Com isso, as decisões ativistas do Poder Judiciário não podem ser regra, mas exceção⁶. Sendo assim, imprescindível seria uma firma de não extrapolação das suas funções, conservando a harmonia do sistema democrático que, com o avanço da atuação jurisdicional sobre assuntos de políticas públicas, vem se enfraquecendo, dando ensejo a verdadeira crise institucional.

Ultrapassada esta necessária fase, é preciso compreender o instituto objeto da presente pesquisa, quer seja, o intitulado ativismo congressual, no qual, agora, é o Poder Legislativo quem atua de forma ativista, elaborando diplomas legais sobre temas já discutidos e julgados do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

⁶ PONSECA, Cláudia de Oliveira. *O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto das diálogos institucionais* 2013. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/43801/4589>. Acesso em 15 jun. 2017.



Sabe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado possuem efeitos *erga omnes* e, sendo assim, sujeitam o Poder Judiciário e toda a administração pública, sem, entretanto, sujeitar o Poder Legislativo.

Por não se vincular às decisões, nada impede que o Legislativo se debruce sobre matéria já julgada, quando entender que as situações fáticas que motivaram a decisão outrora julgada já se modificaram.

Por um lado, conforme delimitou o próprio STF⁹, para não ser novamente declarada inválida, no caso da lei ordinária, o Congresso terá que demonstrar que as premissas pelas quais o STF se fundou ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei não mais subsistem. A invalidação de emendas Constitucionais, por outro lado, terá blindagem maior, tendo em vista que só poderão ser rechaçadas se violarem cláusula pétrea, conforme se depreende do art.60, §4º da CRFB.

Entende-se que, no caso de lei ordinária, o legislativo estaria praticando verdadeira mutação constitucional¹⁰, usurpando função típica do Poder Judiciário. Já em relação às emendas à constituição, o legislativo estaria contrariando entendimento exposto do Supremo Tribunal Federal.

Por tanto, torna-se imperioso entender se este poder do Congresso Nacional não afetaria o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art.2º da Constituição da República ou se, por outro lado, fortaleceria tal princípio, pela mesma razão defendida por aqueles que se filiam ao ativismo judicial.

2. ESTUDO DE CASOS SOBRE SUPERÇÃO LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO: PROBLEMAS E DIVERGENCIAS ABORDADAS.

Há, no Direito Brasileiro, alguns casos em que o Poder Legislativo elaborou diplomas legais, tanto com status de lei ordinária, quanto de Emenda Constitucional, superando decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁹BRASIL. STF. *Informativo 801*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo801.htm>. Acesso em 17 jun. 2017.

¹⁰ Cujos conceitos coincide com “[...] o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, entendidos até então não ressaltados à letra da Lex Legis, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais” Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

Este fenômeno também conhecido por superação legislativa é possível em razão, como já dito, de o Poder Legislativo não se submeter à eficácia das decisões proferidas pelo Supremo, em controle de constitucionalidade concentrado.

Isso posto, para um estudo pormenorizado acerca dessa possibilidade, cabe trazer à baila alguns casos emblemáticos em que o Congresso Nacional, em sua atividade típica legisladora, atuou de forma ativista, superando entendimento do STF.

O primeiro caso discutido no presente trabalho é o da Lei Complementar nº 135/2010¹¹, intitulada “Lei da ficha limpa”, representa caso emblemático no que diz respeito ao tema Ativismo Congressual, que ressaltou sua possibilidade no ordenamento jurídico pátrio.

O entendimento dos Tribunais Superiores em relação à inelegibilidade de candidatos a cargos políticos era consolidado no sentido de que somente se poderia indeferir uma candidatura quando houvesse sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Nessa seara sempre se defendeu que somente uma decisão definitiva de mérito daria segurança para o indeferimento de um candidato a algum cargo eletivo, no Brasil, preconizando-se o princípio Constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII da CRFB.

Em que pese este entendimento, o Congresso Nacional editou a lei nº 135/2010¹² que, após o devido processo legislativo, passou a vigorar com o entendimento de que, para que um candidato se tornasse inelegível, não era mais necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas somente que a decisão condenatória fosse proferida por órgão colegiado de qualquer tribunal.

Diante da edição dessa lei, foram propostas a ADI nº 4578/DF¹³ em conjunto com a ADC nº 29/DF e com a ADC nº 30 /DF, ocasião na qual o STF, em julgamento conjunto, entendeu pela constitucionalidade da LC nº 135/2010, já que a referida lei encontra plausibilidade no arcabouço fático em que se encontra, não representando ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

O STF entendeu que decisões condenatórias proferidas por turmas colegiadas já possuíam segurança jurídica para a interpelação de uma candidatura, não sendo o caso de ir de encontro a qualquer princípio constitucional.

¹¹BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010 de 04 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lep/Lep135.htm. Acesso em 19 de jun. 2017.

¹² *Ibid.*

¹³BRASIL. STF. ADI4758. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 20 ago. 2017.



A decisão pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa demonstrou um diálogo entre os poderes judiciário e legislativo, no qual uma proposta de lei superou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, que não mantiveram a mesma posição ao assunto, curvando-se a nova realidade e ao novo entendimento proposto pelo Congresso Nacional.

Outro caso emblemático no Brasil foi o da chamada “Lei da Vaquejada”. É de sabença que a Vaquejada é prática antiga na região Nordeste do Brasil, tratando-se de uma competição, com regras próprias, entre o vaqueiro e o Bui. Sendo assim, o Estado do Ceará editou a Lei nº 15.299/2013¹⁴, a fim de regulamentar a prática da Vaquejada no respectivo ente federativo, determinando condições e regras para a realização deste tipo de evento.

Após tomar conhecimento da referida lei, o Ministério Público Federal, na pessoa de seu Procurador Geral da República, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4983/CE em face da Lei Estadual nº 15.299/2013¹⁵, provando que a Vaquejada, naquele Estado, trazia prejuízo irreparável à fauna, em razão de os animais se verem submetidos a maus tratos, bem como a condições degradantes, ferindo o disposto no art.225, §1º, VII da CRFB.

A decisão do Supremo foi pela procedência da ADI nº 4983/CE¹⁶, julgando inconstitucional da Lei nº 15.299/2013¹⁷, com efeito *erga omnes*, naquele Estado, acolhendo a tese de que a prática da Vaquejada no Estado do Ceará submete os animais à crueldade. Entendem-se que, naquele caso em específico, devia-se prestigiar a proteção da fauna, em detrimento do pleno exercício das manifestações culturais, insculpido no mesmo art. 225 da CRFB, em seu §1º. Houve, no caso, nítida prática hermenêutica de ponderação de interesses, quando há um conflito aparente entre normas constitucionais.

Posteriormente, entidades de proteção aos animais questionaram uma Vaquejada que aconteceria em Teresina, no Estado do Piauí, que foi mantida naquele juízo. Em razão disso, os autores propuseram a Reclamação Constitucional (RCL nº 25869) no Supremo Tribunal Federal, alegando descumprimento de decisão daquele órgão, com base na ADI nº 4983/CE. Desta feita, não lhe restaram melhor sorte, tendo em vista que o STF a julgou

¹⁴BRASIL. Lei nº 15.299/2013, de 15 de janeiro de 2013.

Disponível em: http://legislacao.estadual.pge.ce.gov.br/arquivos/legislacao_estadual/lei_complementar/2006/31032006/58/lei_complementar_58.pdf. Acesso em 18 de jul.2017.

¹⁵ *Ibid*.

¹⁶BRASIL. STF. ADI 4983/CE. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/casavermoticial/Details.asp?idConteudo=326838>. Acesso em 19 ago. 2017.

¹⁷ BRASIL. Op.Cit. nota 14.

improcedente, entendendo que a decisão dada na referida ADI possui efeito *erga omnes* somente naquele Estado e para aquele caso concreto, já que a apuração da presença de maus tratos aos animais se deu somente em relação à vaquejada praticada naquele Estado.

Nesse mesmo contexto e pouco tempo após a decisão dada na ADI 4983/CE, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.364/2016¹⁸ que prevê a vaquejada como patrimônio cultural imaterial e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 96/2017 que incluiu o §7º do art.225 da CRFB que aduz:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

A EC nº 96/2017¹⁹ foi de encontro ao que o Supremo já havia decidido sobre a prática da Vaquejada, ao menos no Estado do Ceará, acrescentando um parágrafo ao art. 215 da CRFB para explicar que não são consideradas cruéis as atividades desportivas com animais que sejam como patrimônio cultural imaterial para evitar futura proibição, em qualquer Estado da Federação, é um exemplo de superação legislativa, já que, por meio dela, o Congresso Nacional acrescentou ao art.225 da CRFB a ideia de patrimônio cultural imaterial.

Não há impedimento, ainda, para que esta Emenda Constitucional venha a ser futuro objeto de controle de constitucionalidade, - tendo em vista sua natureza de norma emanada pelo Poder Constituinte Decorrente Derivado - caso o Supremo entenda que a mesma ofende alguma das cláusulas pétreas, disposta no art. 60, §4º da CRFB.

O que se não pode negar, no entanto, é que as discussões travadas no caso da vaquejada englobam normas constitucionais de origens diversas, amparadas por proteção, e que, diante do conflito de interesses, o legislativo superou entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal em ação Direta de Inconstitucionalidade em face de lei do Estado do Ceará, por meio da elaboração de Emenda Constitucional, operando o fenômeno ora estudado da superação legislativa.

¹⁸BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legis/fed/lei/2016/lei-13364-29-novembro-2016-783953-publicacaooriginal-151457-pl.html>. Acesso em 18 ago.2017.

¹⁹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 96/2017, de 06 de julho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em 18 jul. 2017.



Por fim, há que se analisar a chamada “Lei das eleições”, como ficou popularmente conhecida.

A lei nº 9504/97 que regulamenta a formação dos partidos políticos no Brasil, bem como a forma pela qual se dá a eleição, foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quer sejam, a ADI 4430²⁰ e ADI 4795²¹, entendendo por inconstitucionais certos dispositivos daquela lei.

Após transitar em julgado a decisão dada pelo Supremo nas referidas Ações Diretas de Controle de Constitucionalidade Concentrado, o Poder Legislativo Editou uma nova lei – a Lei nº 12.875/2013²² com o escopo de alterar a mesma Lei nº 9504/97 no que tangia aos mesmos assuntos já decididos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade mencionadas, como forma de reação legislativa, em matéria de Fundo Partidário, conforme se depreende do teor das decisões.

Sendo assim, foi novamente proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade, dessa vez pelo Partido da Solidariedade, questionando a constitucionalidade da Lei nº 12.875/2013, que melhor sorte não obteve quando de seu julgamento, sendo fulminada pelo vício de origem da inconstitucionalidade.

Apresentadas tais controvérsias, nota-se que, no caso da lei das eleições, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei editada pelo Poder Legislativo que tratou de matéria já declarada inconstitucional pelo Supremo, por entender que, naquele caso, a situação fática não se modificou a ponto do próprio Supremo se curvar às mudanças sociais trazidas pelo poder que representa o povo e suas constantes mutações.

Apresentadas as principais controvérsias enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal contidas em cada um desses casos de ativismo do Poder Legislativo, há subsídios teóricos suficientes à discussão qualitativa acerca do Ativismo Congressional, que será discutido no próximo capítulo do presente artigo.

3. ANÁLISE ACERCA DO ATIVISMO CONGRESSUAL: REMÉDIO OU DOENÇA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES? TEORIAS E CRÍTICAS

²⁰BRASIL. STF. ADI 4430. Relator Min. Dias Toffi. Acesso em 18/08/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543786>. Acesso em 16 ago. 2017.

²¹BRASIL. STF. ADI 4795. Relator Min. Dias Toffi. Acesso em 15/08/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209650>. Acesso em 16 ago. 2017.

²²BRASIL. Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm. Acesso em 17 ago. 2017.

O presente estudo chega ao seu centro nervoso de discussão. Com a exposição dos casos concretos em que se pode observar a atuação do Congresso Nacional de modo a operar verdadeira superação legislativa de questões já abordadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Controle de Constitucionalidade Concentrado, já se pode adentrar na questão central – no objetivo – do presente trabalho.

O ativismo Congressual pode parecer, em um primeiro momento, como instrumento à quebra do pacto federativo, com a violação do Princípio da Separação dos Poderes, com um aparente desrespeito do Poder Legislativo às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso pode ocorrer, a princípio, porque o papel do STF é o de dar a última palavra sobre questões constitucionais.

No entanto, como já dito no decorrer do presente estudo, o poder legislativo e o próprio STF são os únicos que não se encontram submetidos às decisões proferidas em controle concentrado, com efeito *erga omnes*, justamente para que não haja a petrificação dessas decisões pelo próprio supremo, que pode reavaliar suas decisões, caso entenda necessário em razão das mudanças fáticas da sociedade e pelo Legislador, há ainda maior razão, já que é o Poder Legislativo quem representa o povo, na sua forma bicameral, com representantes de cada Estado Federado, bem como com representantes do povo.

Importante salientar que as questões decididas em sede de Ação direta de Inconstitucionalidade são questões pontuais trazidas ao Poder Judiciário, na sua forma de guarda da Constituição da República²³, que, posteriormente, podem ser modificadas sempre que as circunstâncias fáticas, políticas, sociais ou econômicas não mais se coadunarem com aquelas que embasaram decisões pretéritas e que não se mostrem mais compatíveis com a nova realidade constitucional.

É o que acontece, por exemplo, com o Plenário do Supremo Tribunal Federal. Ao passo que os Ministros e as Turmas do STF se encontram vinculados ao que anteriormente se decidiu em sede de ADI, sendo defeta, por estes órgãos, a modificação das decisões de (in)constitucionalidade de leis e atos normativos; o Plenário pode, em decisão posterior, a partir da revisão dos fatos e fundamentos jurídicos que consubstanciaram o controle de constitucionalidade outrora realizado, decidir de modo diverso e reverter sua própria jurisprudência. É curioso notar que essa superação jurisprudencial endógena pode

²³ É o que infere o texto de HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre El guardian de La Constitución. In *Revista de Estudios Políticos*, n. 86, 1984.

se dar até mesmo em âmbito de uma Reclamação, constante pontuado pelo Plenário do STF quando do julgamento, em 2013, da Rcl 4374/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. É preciso que se faça, nos dizeres do Ministro Relator, um “balançar de olhos” entre ontem e hoje, a fim de que se possa manter ou descartar decisões anteriores que não mais se adequem à vontade da Constituição²⁴.

O mesmo se diga em relação a possibilidade de superação da jurisprudência promovida pelo Poder Legislativo, que aqui mais nos interessa. Essa possibilidade se justifica porque a atuação corretiva do Legislativo pode também evitar o “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”²⁵, tendo em vista que esse engessamento poderia fulminar a efetividade e a eficácia do Texto Constitucional:

*A consequência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos standards jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente²⁶.*

Por outro lado, pode-se interpretar a prática objeto do presente estudo como instrumento hábil a evitar ou, pelo menos, retardar o congelamento das decisões proferidas pelo STF. Aqui cabe mencionar a teoria dos mortos sobre os vivos em analogia à superação legislativa, já que a vontade do legislador na época dos fatos, segundo esta teoria, pode não mais subsistir e, com isso, pode-se estar subjugando os vivos à vontade dos mortos.

Interessante, ainda, trazer à baila outra teoria relevante para o presente tema intitulada Diálogo Institucional²⁷.

²⁴ “[...] essa vontade de Constituição se origina de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa impelbaxável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituida é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, no contínuo do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”. Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 12.

²⁵ Trecho da Reclamação nº 2617 Agr/MG Relator: Min. Cesar Peluso, conforme noticiado pelo Informativo nº 386 do STF.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Como se constata na obra de VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p.266;

Esta teoria entende que as instituições precisam “conversar” entre si para que haja uma maior segurança jurídica nas decisões proferidas, bem como uma maior unicidade e coerência.

Pelo que até aqui se expôs, o ativismo congressional tem, ao que parece, a vocação de, tanto quanto possível, potencializar as capacidades do Judiciário e da própria Constituição. O processo de (re)interpretações das decisões judiciais emanadas da jurisdição constitucional pelos representantes dos verdadeiros titulares do Poder Constituinte pode criar um círculo virtuoso de, parafraseando Adrian Vermeule, diálogos institucionais que, do mesmo modo, otimizariam os resultados da nobre tarefa de guardar, conformar e, quando necessário, atualizar a Constituição.

No caso em apreço, a superação legislativa, quando exitosa e não questionada novamente pelo Supremo Tribunal Federal (como foi o caso da Lei da Ficha Limpa e da Lei da Vaquejada, expostos no segundo capítulo), demonstra nada mais que a aderência à teoria do Diálogo Institucional, no momento em que o Supremo entende que os fatos que ensejam a decisão de inconstitucionalidade por ele proferida não mais subsistem, concordando, de certo modo, com o Poder Legislativo, que elaborou novo diploma legal acerca daquele tema outrora debatido.

Nesse sentido, entende-se que a superação legislativa, em verdade, apresenta mais vantagens do que problemas, sendo remédio e não doença ao Princípio da Separação dos Poderes, na medida em que se adequa à teoria do diálogo institucional, quando exitosa, comprovando por meio do freio de outro poder que a interpretação do outro não mais pode subsistir, porque não representa mais a vontade do povo, bem como sua realidade.

O ativismo Congressional é, pois, mais remédio que doença por impedir, justamente, a petrificação das decisões proferidas por aquele que, dá a última palavra em matéria constitucional. Isso porque é dever de todas as instituições e poderes, integralmente, cada um nas suas atividades típicas e atípicas, dentro da dinâmica dos freios e contrapesos, cooperarem para o bem-estar coletivo, para a segurança jurídica e para decisões mais justas, escopo da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, entende-se como prática sã e não engastamento ou fossilização da Constituição que o Poder Legislativo divirja do Poder Judiciário e que ambos estejam constantes trocas. Isso não significa que os Poderes precisam se digladiar, num jogo de negação de um sobre a autoridade do outro. Não é isso que o presente trabalho pretende defender, mas sim o diálogo sadio, o diálogo que esteja cada vez mais próximo à justiça e à realidade das pessoas – povo – que nada mais são do que o Poder Constituinte



Originário, cuja satisfação deve ser o escopo de todos os poderes da República e de suas instituições.

Portanto, chega-se nesse terceiro capítulo à conclusão de que o Ativismo Congressional não deturpa o objetivo da República, mas fomenta a não petrificação das decisões, bem como a adequação dos julgados ao tempo ao qual ele pertence. Há que se fomentar, ainda, o diálogo entre as instituições com o desiderato do bem comum, interpretando-se o princípio da separação dos poderes de acordo com o caso concreto, como aqui foi feito.

CONCLUSÃO

O presente estudo chega, portanto, a sua parte final, em que se pretende, aqui, fechar alguns raciocínios discutidos durante todos os capítulos trabalhados.

Por todo o exposto, nota-se que o objeto desta pesquisa, em que pese, em um primeiro momento, assemelhar-se com a quebra da ordem constitucional vigente – quebra do pacto federativo e conseqüente violação do Princípio da Separação dos Poderes – é, em verdade, instrumento hábil ao seu fortalecimento, se usado de forma correta e ponderada pelo poder constituinte derivado decorrente.

O presente trabalho percorreu um longo caminho para compreender a relevância do ativismo congressional na ordem jurídica brasileira e também para ter embasamento para realizar uma análise qualitativa do instituto, chegando à conclusão de que possui conseqüências positivas, já que possibilita ao Poder Legislativo revistar situações já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, evitando, assim, o chamado engastamento das normas constitucionais.

Isso ocorre porque o Legislativo, para além de não se submeter às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado pelo STF, representa o povo, este sim Poder Constituinte Originário e, por isso, deve trabalhar para que a vontade desse último seja satisfeita, sendo esse o ponto sensível de toque com o Ativismo Congressional. Sendo assim, o Poder Legislativo pode, por meio da elaboração de diplomas legais, modificar entendimento proferido por aquele órgão guardião da Constituição, promovendo o estreitamento da realidade fática social com as normas legais vigentes.

Nesse aspecto, cabe mencionar a teoria dos mortos sobre os vivos em analogia à superação legislativa, já que a vontade do legislador na época dos fatos, segundo essa teoria, pode não mais subsistir e, sendo esse ativismo bem utilizado, pode sim fortalecer o princípio da separação dos poderes.

A grande conclusão do presente estudo é não só entender o ativismo congressual como instrumento sadio à Democracia Brasileira, mas entender que ele somente terá papel fortalecedor se utilizado de modo correto, representando não só a realidade social vigente, mas interagindo de modo saudável com os demais poderes presentes no ordenamento. Além disso, a postura ativista por parte do Congresso serve de verdadeiro freio e contrapeso, com o perigo do uso emprestado do termo, ao ativismo judicial, já que seu excesso, como aqui falado, representa distorção do próprio sistema e da do princípio aqui estudado.

Sendo assim, cabe trazer a teoria intitulada Diálogo Institucional, como forma prática de estabelecer esta interação. Isto, porém, não significa que os Poderes precisem se digladiar, num jogo de negação de um sobre a autoridade do outro. Não é isto que o presente trabalho pretende defender, mas sim o diálogo sadio, o diálogo que esteja cada vez mais próximo à justiça e à realidade das pessoas – o povo – do Poder Constituinte Originário, cuja satisfação deve ser o escopo de todos os poderes da República e de suas instituições e, dessa forma, garantir que não haja qualquer supressão de poderes ou mesmo de instituições.

REFERENCIAS

ACKERMAN, Bruce. *New separation of powers*. Cambridge: Harvard Law Review, v. 133, 2000.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoinstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. In *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, 2011.

_____. RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review. *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997

BRASIL. *Lei Complementar n° 135/2010* de 04 de junho de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em 19 jul. 2017.

BRASIL. *Lei n° 15.299/2013*, de 15 de janeiro de 2013. Disponível em http://legislacaoestadual.pge.ce.gov.br/arquivos/legislacao_estadual/lei_complementar/2006/31032006/58/lei_complementar_58.pdf. Acesso em 18 jul. 2017.

BRASIL. *Lei n° 13.364/2016*, de 29 de novembro de 2016. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13364-29-novembro-2016-783953-publicacaooriginal-151457-pl.html>. Acesso em 18 ago. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional n° 96/2017*, de 06 de julho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em 18 jul. 2017.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. *O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais*. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4801/4599>. Acesso em 15 jul. 2017.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello; MATTA, João Lopes de Farias da; MUSSER, Tiago Musser dos Santos. Da Mera Promessa ao Efetivo Cumprimento Do Direito Fundamental à Saúde: A Crise de Identidade da Constituição Insincera. In: *A Barriguda (Org.). Direito e Saúde: Tratamento Jurídico da Realidade da Saúde no Brasil e Outros Diálogos*. 1ed João Pessoa - Paraíba: A Barriguda, 2015, v. 1.

HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitución. In *Revista de Estudios Políticos* n.86. Madrid: Nueva Época, 1984.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, constituição e realidade. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton University Press, 2009.



_____ ; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Illinois: Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de: Julia Sichieri Moura. In: RIGONHA, Antônio Carlos Alpino, MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.



VIOÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: PERSPECTIVAS DA VIOÊNCIA PSICOLÓGICA

Isabela Pinheiro Guimarães

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito.
Advogada.

Resumo – A Lei Maria da Penha trouxe diversas medidas para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar de ser reconhecida como um dos diplomas legais mais protetores sobre o tema, ainda não consegue alcançar efetivamente todos os tipos de violência ali elencados. A essência do presente trabalho é a verificação da efetividade da aplicação da Lei nº. 11.340/06 no contexto atual da sociedade, especialmente em casos de violência psicológica contra a mulher. Busca-se, ainda, fazer a correlação entre este tipo específico de violência e a violência física contra a mulher e, por fim, analisar puramente a violência psicológica no contexto doméstico e familiar. Aborda-se, ainda, a necessidade de instituição de políticas públicas esclarecedoras, no intuito de trazer mudanças culturais e combater a violência doméstica e familiar contra a mulher em todos os seus aspectos.

Palavras-chave – Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06). Violência Psicológica.

Sumário – Introdução. 1. Lei nº. 11.340/06: origens e efetividade de sua aplicação no contexto atual da sociedade brasileira. 2. Diferenciação entre violência física e violência psicológica e suas conexões. 3. Ausência de efetividade da Lei nº. 11.340/06 diante da violência psicológica nos relacionamentos abusivos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico trata da eficácia da aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência psicológica contra a mulher. A violência doméstica é hoje assunto amplamente debatido, no entanto, essa modalidade específica de violência merece maior atenção por ser negligenciada e desvalorizada pela sociedade e, por isso, há dificuldade na atuação do Judiciário na proteção dessas agressões.

A Lei Maria da Penha entrou em vigor em 2006 com o objetivo de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, após o caso de Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu violência doméstica durante vinte e três anos de união conjugal e duas tentativas de homicídio durante esse período.

Com o advento da referida Lei, o tema passou a ser ventilado mais frequentemente no âmbito jurídico e em diversos outros setores da sociedade.

Essa nova apreciação da violência contra a mulher fez com que o assunto se tornasse pauta de vastas discussões, o que acarretou uma maior conscientização da população e ampliou

a atuação do Judiciário, comprovadamente pela distribuição de 685.905 procedimentos e a realização de 26.416 prisões em flagrante entre 2006 e 2011, de acordo com informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Mesmo com tais efeitos positivos na contenção da violência gerados pela edição da Lei nº. 11.340/06, ainda há muito o que ser feito para proteger as mulheres que são vítimas dessas agressões.

Desta maneira, um ponto que precisa ser considerado com maior atenção é justamente a ofensa psicológica contra a mulher, recorrente nos relacionamentos abusivos, prevista na Lei nº. 11.340/06 como forma de violência doméstica a ser rechaçada.

Neste contexto, objetiva-se discutir a ausência de efetividade na atuação do Judiciário diante de casos de violência psicológica contra a mulher decorrente da própria aceitação social dessas hipóteses. Busca-se constatar que a ineficácia da aplicação da Lei nº. 11.340/06 na proteção dessa forma de violência gera graves consequências nas vítimas, que podem culminar em implicações físicas ou em resultados exclusivamente psicológicos.

O primeiro capítulo tem como objetivo expor o conteúdo histórico e os objetivos próprios da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e, ainda, verificar se a referida norma possui ou não efetividade no contexto atual da sociedade brasileira. Neste sentido, serão, ainda, analisadas as mudanças sociais e jurídicas trazidas pela referida norma.

Por sua vez, o segundo capítulo examina a relação entre a violência psicológica e as demais espécies de violências contra a mulher, e busca conferir se tal conexão é continuamente presente, como um primeiro passo na concretização da agressão corporal.

Por fim, o terceiro capítulo procura avaliar estritamente a violência psicológica nos relacionamentos abusivos e forma que é recebida pela sociedade brasileira. Outrossim, objetiva averiguar a efetividade da Lei nº. 11.340/06 para essa hipótese específica e as necessidades para o enfrentamento concreto e eficaz do problema.

Com a finalidade de conferir credibilidade acadêmica à presente pesquisa, será aplicado o método hipotético-dedutivo – ao fazer opção por proposições hipotéticas que considera apropriadas para a análise do tema –; será utilizada abordagem qualitativa, por meio de análise bibliográfica, e também abordagem quantitativa, ao apontar estatísticas sobre episódios de violência doméstica.



1. LEI Nº. 11.340/06: ORIGENS E EFETIVIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO ATUAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A Lei nº. 11.340/06 foi criada com a finalidade de instituir mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, com fundamento no artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

O diploma legal procura garantir uma nova relação entre vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher e seus agressores, traz previsão de políticas públicas para a prevenção, especifica o atendimento policial para estes tipos de violência, altera o rito processual e a participação do Ministério Público nesses casos.

Sua origem está intimamente relacionada com a história de Maria da Penha Maia Fernandes, a qual foi vítima de violência doméstica durante vinte e três anos de sua vida e deu nome à Lei nº. 11.340/06.

No ano de 1983, o marido de Maria da Penha, Sr. Marco Antônio Heredia Viveiros, tentou matá-la por duas vezes: na primeira, o meio empregado foi um disparo de arma de fogo nas costas enquanto ela dormia, fato que a deixou paraplégica; e, na segunda, a tentativa se deu por electrocussão e afogamento.

Depois dessas duas extremas agressões, Maria da Penha resolveu fazer a denúncia em face de seu marido e Marco Antônio Heredia Viveiros foi condenado por duas vezes mais de dezesseis anos depois, todavia, rapidamente foi solto devido a recursos impetrados por seus advogados de defesa.

Em 1994, Maria da Penha publicou seu livro¹ e ofereceu a sua história à sociedade, com o intuito de contribuir para as transformações necessárias quanto à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Passados quatro anos, o livro serviu de instrumento para, em parceria com o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e com o Centro pela Justiça e o Direito internacional (CEJIL), denunciar o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

¹ PENHA, Maria da. *Sobrevivendo... Passo a passo*. 2. ed. Fortaleza: Aracênia da Cultura, 2012.



A denúncia conjunta surtiu efeito e levou à condenação internacional do Brasil, diante da postura omissiva e negligente da justiça brasileira nos frequentes casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com isso, foi determinado que o Brasil cumprisse certas recomendações, inclusive de alterar a legislação brasileira para conferir maior proteção e prevenção da mulher que vive situação de violência doméstica, com maior grau de punição aos agressores.

Neste contexto, foi elaborada e aprovada pelo Congresso Nacional, em 7 de agosto de 2006, a Lei nº. 11.340/06, elaborada pela parceria da Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres, cinco organizações não governamentais e juristas renomados, com observância de diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Após a sua publicação, a Lei Maria da Penha teve a sua constitucionalidade reconhecida pela unanimidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal e foi afirmada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres.

Várias foram as inovações trazidas pelo texto legal, dentre elas, é possível destacar: a recomendação para criação de varas especializadas, a permissão para que atos processuais sejam também realizados em horário noturno, a oportunidade da vítima escolher o local onde será proposta a ação – podendo ser o local de seu domicílio, de sua residência, lugar do fato do crime ou do domicílio do agressor –, a exigência de que a denúncia só poderá ocorrer diante do juiz de direito, em audiência própria, e, ainda, a vedação da aplicação de penas de cestas básicas, de prestação pecuniária e de substituição de penas pelo pagamento exclusivo de multa.

Hoje, é possível afirmar que apenas 2% (dois por cento) dos brasileiros não sabem da existência da Lei Maria da Penha, segundo dados fornecidos pela pesquisa *Violência e Assassinatos de Mulheres* (Data Popular/Instituto Patrícia Galvão, 2013) e disponibilizada pela página digital do Governo Federal². Portanto, 98% (noventa e oito por cento) da população conhece, ou pelo menos já ouviu falar, da Lei nº. 11.340/06, e, para 86% (oitenta e seis por cento) dos entrevistados, após o advento da Lei, as mulheres passaram a denunciar mais as agressões.

Além disso, com a publicação da Lei Maria da Penha, o assunto passou a se tornar pauta frequente tanto no meio jurídico como em diversos outros setores da sociedade, sendo atribuída maior importância ao tema.

² PORTAL Brasil. *9 fatos que você precisa saber sobre a Lei Maria da Penha*. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/9-fatos-que-voce-precisa-saber-sobre-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 07 mai. 2017.



É possível afirmar que todo esse contexto social, jurídico e legislativo alcançou o objetivo de trazer maior conscientização da população e ampliar a atuação do Judiciário, comprovadamente pela distribuição de 685.905 procedimentos e a realização de 26.416 prisões em flagrante entre 2006 e 2011, de acordo com informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Nos últimos dez anos, por recomendação do Conselho Nacional de Justiça, foram criadas mais de cem varas especializadas para tratar dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, totalizando hoje cento e doze, que cuidam de, aproximadamente, meio milhão de processos.³

Em que pese todos os avanços e transformações sociais provocados pela Lei nº. 11.340/06, ainda há muito o que avançar sobre a proteção e prevenção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

De acordo com dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a cada ano, mais de um milhão de mulheres são vítimas de violência doméstica no Brasil e, pelas estimativas do Ipea, destas, 500 mil são estupradas e somente 52 mil ocorrências chegam ao conhecimento da polícia.⁴

Estes números comprovam que, apesar de todos os avanços sociais já conquistados, ainda há muito o que ser feito com relação à violência doméstica e familiar contra a mulher.

É preciso lembrar sempre que a Lei nº. 11.340/06 traz diversos tipos de violência e não apenas a violência física e sexual que já são alvos de vastos debates. Há cinco tipos de violência contra a mulher definidos pelo artigo 7º, da Lei nº. 11.340/06, a seguir expostos.

Primeiramente, é possível verificar que a norma abarca as espécies mais conhecidas de violência contra a mulher, quais sejam, as violências física e sexual, as quais estão previstas no artigo 7º, I e III, da Lei nº. 11.340/06.

Há também, no inciso II, disposição sobre a violência psicológica, entendida expressamente pela lei como “qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto,

³ JUSTIÇA concede mais medidas protetivas a mulheres em 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83252-justica-concedeu-mais-medidas-protetivas-a-mulheres-em-2015>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

⁴ IPEA apresenta dados sobre Lei Maria da Penha em audiência no Senado. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/porta/index.php?option=com_content&view=article&id=25248>. Acesso em: 07 mai. 2017.

chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”.⁵

Além disso, existe a chamada violência patrimonial, que ocorre quando há conduta de retenção, subtração ou destruição de objetos, documentos, valores e direitos ou recursos econômicos da mulher.

Por fim, o artigo 7º, da Lei nº. 11.340/06 define a violência moral, como conduta que configura calúnia, difamação ou injúria.⁶

Desta forma, são esses os cinco tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher que estão expressamente previstos na Lei Maria da Penha e, assim, é possível perceber que a proteção prevista na norma vai além da violência física e sexual, abrangendo também casos de violência psicológica, moral e patrimonial.

Com relação aos casos de violência psicológica contra a mulher, a atuação do Poder Judiciário muitas vezes não alcança efetivamente a proteção dessas vítimas, sendo necessário que se realizem medidas integradas de prevenção, na forma do artigo 8º da Lei nº. 11.340/06. É preciso que seja feito um trabalho conjunto, envolvendo políticas públicas de conscientização da população, assistência e atendimento da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Atualmente há algumas ações que operam na prevenção e proteção contra a violência doméstica e realizam trabalhos importantíssimos nesse meio, como é o caso do Instituto Maria da Penha, que tem como fundadora Maria da Penha Maia Fernandes.

O referido Instituto é uma organização não governamental que busca, por meio da educação, colaborar para a conscientização de mulheres sobre os direitos e procura favorecer o fortalecimento da Lei Maria da Penha.

Dentre os projetos desenvolvidos é possível destacar o Curso de Defensoras e Defensores Dos Direitos à Cidadania, a Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, Palestra Show Mulher de Lei e o Curso de Ensino à Distância para “Qualificar e Humanizar”.

Nesse sentido, é possível perceber que existem ações que buscam contribuir com a redução dos índices de violência doméstica no país, mas ainda há muito a ser feito, principalmente com relação aos casos de violência psicológica contra a mulher que vive um relacionamento abusivo, nos quais o Poder Judiciário não consegue ter uma atuação mais ampla diante das características específicas desses tipos de agressão.

⁵ BRASIL. Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

⁶ *Ibidem*.



2. DIFERENCIAÇÃO ENTRE VIOLÊNCIA FÍSICA E VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E SUAS CONEXÕES

Múltiplas são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, as quais não se exaurem naquelas previstas expressamente no artigo 7º, da Lei Maria da Penha, já que o dispositivo usa a expressão “entre outras” e, por isso, não se trata de *roll non exhaustivus clausus*.

O tipo de violência mais facilmente constatado é a violência física, prevista no inciso I do artigo 7º, da Lei nº. 11.340/06. Trata-se do uso da força física contra a mulher, que ofende o seu corpo ou a sua saúde, muitas vezes identificado por hematomas, queimaduras e fraturas, contudo, a ausência dessas marcas aparentes não descaracteriza a violência física.

Neste sentido, percebe-se que não só a integridade física é protegida pela norma, mas também a chamada “saúde corporal”, portanto, o estresse crônico (estresse pós-traumático) gerado pela violência também pode desencadear sintomas físicos, como dores de cabeça, fadiga, distúrbios do sono, ansiedade, depressão.⁷

A Lei Maria da Penha não trouxe mudança na descrição legal desse tipo de violência, que já era posto como qualificadora de lesão corporal, de acordo com o artigo 129, do Código Penal. As mudanças trazidas pela Lei nº. 11.340/06 foram a alteração da pena e a ampliação do âmbito de abrangência, na medida em que foi expandido o conceito de família.

A violência psicológica passou a ser tratada como violência contra a mulher pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica (Convenção de Belém do Pará). Posteriormente, a Lei Maria da Penha se preocupou com a tutela da autoestima e da saúde psicológica da mulher, em seu artigo 7º, inciso II.

Este tipo de violência é forma de agressão emocional que deve ser apreciada com a devida atenção. Ocorre pelo comportamento de ameaçar, rejeitar, humilhar, discriminar, amedrontar, inferiorizar, diminuir a vítima. É tão grave quanto a violência física, porque também traz sérios danos à mulher, os quais, por muitas vezes, são mais difíceis de cicatrizar do que as feridas causadas por socos e pontapés.

Isso porque essa agressão é direcionada à mente, ao íntimo da mulher, que passa a desacreditar em si mesma, nos seus desejos e objetivos. A vítima de violência psicológica tem sua liberdade abafada pelo agressor e, assim, amula-se e perde-se dentro do relacionamento

⁷ DIAS, Maria Beatrice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei nº. 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 68.

abusivo e fora dele. São gerados traumas e questões mentais que a perseguem por longos anos de sua vida.

A violência psicológica está umbilicalmente ligada às demais espécies de violência doméstica. Pode ser usada como um primeiro sinal de abusividade no relacionamento, antes de aparecerem as outras tantas formas de agressão, ou, ainda, como mecanismo para manter a mulher vinculada ao seu agressor, por medo, inferioridade, dominação e até mesmo por não se sentir vítima.

Neste sentido, trata-se da violência mais frequente, ainda que seja a menos denunciada. A vítima, em diversos casos, sequer percebe que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, perseguições, manipulações de atos e desejos são formas de violência⁸, as quais podem, inclusive, ensejar concessão de medida de urgência a ser determinada pelo juiz que reconhecer a sua ocorrência.

Parte da doutrina critica a proteção diferenciada à violência psicológica contra a mulher, pelo entendimento de que poderia ser aplicada a qualquer crime. Marcelo Yukio Misaka entende que todo crime gera dano emocional e aplicar um tratamento diferenciado pelo fato de ser mulher seria uma discriminação injustificada de gêneros.⁹

Guilherme Nucci, por sua vez, afirma que este tipo de violência deve ser analisado com cautela porque, segundo o autor, em tese, qualquer crime seria capaz de gerar dano emocional à vítima, seja mulher ou homem. Portanto, afirma ser uma agravante excessivamente aberta, já que estaria presente sempre que a ofensa se voltar à mulher. O autor relembra que a Lei Maria da Penha tem objetivo de tutelar a mulher e a violência dentro das relações domésticas e familiares, portanto, a aplicação dessa norma deve ser direcionada apenas para delitos cometidos no contexto de discriminação contra a mulher dentro do âmbito doméstico.¹⁰

Contudo, os autores que fazem tais críticas parecem desconsiderar que a violência contra a mulher tem origens culturais e históricas muito arraigadas. Portanto, o tema merece ter tratamento legal diferenciado, que vise minimizar os danos sofridos pelas mulheres e, ainda, promover a conscientização da sociedade brasileira a respeito desse assunto.

A mulher sempre foi considerada objeto do poder do homem e justamente por isso o tratamento diferenciado não viola o princípio da igualdade de gêneros, ao contrário, é hipótese de tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

⁸ DIAS, op. cit., p. 67.

⁹ MISAKA apud DIAS, op. cit., p. 67.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Lei Maria da Penha e Processuais Penais Consubstanciados*. 7. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 617.



A doutrina sobre o tema descreve o chamado “ciclo da violência”, caracterizado por três fases distintas: tensão, explosão e reconciliação.¹¹

Na primeira fase, os incidentes são menores e a mulher se mostra dócil e prestativa diante dos tombamentos e reclamações do agressor.

À medida que a tensão cresce, a situação fica insustentável e a mulher também perde o controle da situação. O agressor não tenta mais se conter. É a chamada fase da explosão.

Na terceira fase, também chamada de lua de mel, o agressor parece ter medo de perder a companheira, por isso, pede perdão e faz belas promessas. Tal situação gera uma confusão mental, uma acomodação, a mulher passa a conhecer todo o caminho do ciclo e se conforma acreditando que será sempre assim.¹²

Não se pode afirmar que todas as mulheres que são vítimas de violência doméstica e familiar vivenciam exatamente as etapas desse ciclo de violência, cada relacionamento afetivo é único e cada mulher tem uma forma peculiar de reagir a tais circunstâncias, deste modo, não há a pretensão de generalizar.

No entanto, Maria Berenice Dias¹³ traz traços interessantes que podem ser considerados comuns nos relacionamentos abusivos e demonstram a íntima conexão entre a violência física e a violência psicológica.

O caminho percorrido pela violência contra a mulher, na maioria das vezes, tem início com a violência psicológica e vai se desenvolvendo e expandindo até culminar na violência física. Nesse ponto, retorna-se à violência psicológica para manter o elo do relacionamento através do medo, do sentimento de culpa, inferioridade, por ameaças e pelo fato de a vítima pensar que é causadora da situação violenta.

Desta forma, é possível observar que existe de fato um ciclo que une vítima e agressor, o qual confere sustentação ao relacionamento e impede que a mulher se desvencilhe.

A autora destaca que antes de o relacionamento se tornar efetivamente abusivo podem ser observados certos sinais indicativos como, por exemplo, apego rápido, ciúme excessivo, controle do tempo, isolamento da família e dos amigos, uso de linguagem denegatória, culpabilização da mulher e minimização dos abusos. E, ainda, a vulnerabilidade própria do enamoramento e do apaixonamento, que se converte em cegueira.

¹¹ MOURIRA, Maria Cecília Gonçalves. *A violência entre parceiros íntimos: o difícil processo da ruptura*. 2005. 102 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 57-58.

¹² *Ibidem*.

¹³ DIAS, *op. cit.*, p. 18-25.

Apesar de a doutrinadora classificar tais atitudes como “sínais” que o relacionamento poderá se tornar violento, é preciso perceber que esse comportamento, por si só, já configura a violência psicológica contra a mulher. A violência psicológica, nesse caso, é um passo anterior à violência física, mas já se trata de violência.

É uma típica relação de dominação. A violência psicológica se transforma em violência física. Os gritos viram empurrões, tapas, socos, pontapés. As agressões não se limitam à vítima, o agressor/dominador destrói os seus objetos preferidos, a humilha na frente dos filhos, os quais são usados como “massa de manobra” diante da ameaça em maltratá-los.

Por sua vez, a vítima/dominada arranja justificativas para o comportamento violento do parceiro, quer acreditar que é apenas uma fase e que precisa ser mais compreensiva. Para tanto, submete-se cada vez mais à vontade do agressor/dominador, deixa de conviver com pessoas queridas, tenta não fazer nada de errado que possa “irritar” o seu companheiro.

Paulatinamente, vai se anulando, torna-se insegura e dependente, não se reconhece mais, deixa de lado seus desejos, sonhos de realização pessoal e seus objetivos de vida.¹⁴ Vive apenas o relacionamento abusivo, é seu único foco, preocupa-se com cada atitude, cada palavra dita, para não “causar problemas”.

O homem sempre atribui a culpa à mulher e tenta justificar o descontrole com base em supostas condutas da vítima.

Em contrapartida, após um episódio de violência surge nele o arrependimento, com pedidos de perdão, flores, promessas de mudança e a mulher se entrega novamente. O casal vive como em uma nova lua de mel, até a próxima cobrança, ameaça ou descontrole.¹⁵

Normalmente, as agressões crescem cada vez mais. Rompida uma barreira de respeito em uma briga não há como colocá-la de volta no lugar, ou seja, em uma próxima agressão, a tendência é a violência ser ainda mais severa. Mesmo que os maus tratos cresçam a cada conflito, são minimizados por ambos, a mulher nega as agressões ou, quando as expõe para terceiros, busca atenuar as condutas do seu próprio agressor.

É neste ciclo em espiral que a mulher vítima de violência doméstica permanece durante longo período de tempo. Mesmo depois que consegue rompê-lo, as feridas saem e os hematomas desaparecem, mas a perda da autoestima, o sentimento de menos valer, depressão e insegurança são feridas que não cicatrizam tão facilmente.¹⁶

¹⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 18-25.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.



Muitos são os motivos que fazem com que a mulher vítima de violência doméstica não denuncie o seu agressor, além do temor e da crença na impunidade, há a dificuldade de denunciar aquele que reside sob o mesmo teto, com quem mantém um vínculo afetivo e filhos em comum e, ainda, não raro, é o responsável pela subsistência da família.¹⁷

Romper com a situação de violência é um processo doloroso, no qual existem razões emocionais e materiais que dificultam esta desvinculação, como, por exemplo, o isolamento social da vítima, a negação do problema, a dependência afetiva e econômica com o parceiro, em conjunto com o temor e os riscos reais de vida para ela e sua família.

Neste aspecto, a vítima pode desenvolver a chamada síndrome do estresse pós-traumático, que se caracteriza por sintomas como destruição da autoestima, apatia, depressão, ansiedade, isolamento, distúrbios sexuais, distúrbios do sono e pânico, perda da possibilidade de reagir e das esperanças de escapar das mãos do agressor.¹⁸

Assim sendo, é possível destacar que a violência psicológica está presente em todas as demais espécies de violência contra a mulher, principalmente como mecanismo de manutenção do vínculo entre o agressor/dominante e a vítima/dominada.

3. AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DA LEI Nº. 11.340/06 DIANTE DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NOS RELACIONAMENTOS ABUSIVOS

Como visto, a violência psicológica está umbilicalmente atrelada às demais espécies de violência doméstica. No entanto, muitas vezes a mulher é vítima de agressões puramente psicológicas, vistas como algo normal e permitidas pela sociedade.

Isso ocorre como consequência de valores que há muito são cultivados e incentivam a violência diante da cultura de desigualdade no exercício de poder entre os gêneros.

Os avanços trazidos pela Lei Maria da Penha são míseros, especialmente no que diz respeito à violência física contra a mulher. Contudo, a violência puramente psicológica não é efetivamente alcançada pelo Judiciário. Isso decorre da aceitação a tais comportamentos, evidenciada pelo fato de a maioria das pessoas já ter sofrido esse tipo de violência ou conhecido alguém próximo que também foi vítima.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ MOURRIRA, *op. cit.*, p. 57-58.

A violência psicológica está naturalizada em nossa sociedade e é enxergada como algo inerente aos relacionamentos, por isso supostamente não deve sofrer interferência de terceiros. Essa ideia traduz-se na velha expressão: “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Assim, a violência psicológica não é repudiada, talvez por ser mais silenciosa e de mais difícil percepção, ou talvez por ser encarada com normalidade.

A maioria das pessoas (inclusive mulheres) atribui a responsabilidade da agressão psicológica à vítima. Falta compreensão de todos sobre o motivo de uma mulher que é constantemente humilhada e rejeitada permanecer no relacionamento abusivo. A sociedade não entende, a família não entende, as amigas não entendem, a própria vítima não entende.

Desta forma, quando uma mulher busca apoio e resolve expor circunstâncias abusivas de seu relacionamento, encontra também a rejeição daqueles que ouvem suas queixas. A resposta é quase sempre a mesma, ao indicar uma simples solução: se não quer mais sofrer, deve deixar de ser “fraca” e romper desde já o relacionamento. Isso leva ao entendimento de que a vítima sofre a violência porque gosta, se não quisesse mais conviver com os abusos, não seria mais parte integrante de tal situação.

Um elo invisível mantém a mulher conectada ao seu agressor e cada vez mais ela sofre e se culpa por não conseguir impedir a violência, ao acreditar que contribui para o comportamento agressivo. Mesmo quando enxerga que não é culpada, sente-se responsável por não ser “forte o suficiente” para seguir adiante. Não percebe que esse vínculo é criado pelos jogos psicológicos de seu agressor/dominador, por meio de culpa, chantagens, medo e até mesmo de uso dos bons sentimentos que a vítima nutre por ele.

As razões mais alegadas para continuar em um relacionamento abusivo são o medo da represália, perda do suporte financeiro, preocupação com os filhos, dependência emocional, perda do suporte da família e dos amigos, esperança de que “ele vai mudar um dia”. Além disso, também contribuem para a manutenção do vínculo: repetição de modelo familiar violento; vivências infantis de maus-tratos negligência, rejeição, abandono e abuso sexual; casamento como forma de fugir da situação familiar de origem; sintomas depressivos; sentimento de responsabilidade pelo comportamento agressivo do companheiro; e ausência de uma rede de apoio eficaz.¹⁹

Os motivos que levam à violência contra a mulher são vistos como uma interação de diversos fatores pessoais, situacionais e socioculturais. Sob o ponto de vista do agressor, são

¹⁹ DAY, Vivian Peres et al. *Violência doméstica e suas diferentes manifestações*. Rio Grande do Sul: Revista de Psiquiatria, 2003, v. 25, (suplemento 1), p. 15-17.



identificados fatores sociais como ter presenciado violência conjugal quando criança, ter sofrido abuso quando criança, ter pai ausente ou consumir bebidas alcoólicas e drogas.²⁰

Os fatores identificados como da sociedade englobam normas socioculturais que concedem aos homens o controle do comportamento feminino, a aceitação da violência como forma de solução de conflitos, o conceito de masculinidade ligado à dominação, humilhação e agressão e os papéis rígidos impostos a ambos os sexos.²¹

Historicamente, a mulher sempre foi objeto do poder do homem, em uma relação de dominante e dominado. Mesmo com a consolidação de direitos humanos, o homem continua como proprietário do corpo e da vontade da mulher. Há uma grande proteção à virilidade do homem que contribui para a crença em sua superioridade. Assim, desde pequeno o homem é ensinado que deve ser forte, não chorar e não levar desaforos para casa e, de outro lado, a mulher cresce ouvindo que é uma figura frágil que precisa ser protegida (pelos homens).²²

Infelizmente, ainda é muito comum ouvir comentários entre amigos, ainda que feitos em “tom de brincadeira”, que colocam a mulher em situação de inferioridade intelectual e como mero objeto de desejo sexual. Outrossim, eles tendem a denegrir a imagem daquelas que não aderem aos seus apelos e abordagens, revoltando-se, como se todas as mulheres tivessem a obrigação de estar disponíveis para o “seu senhor”.

A violência doméstica e familiar contra a mulher é uma violência de gênero, fundada em uma ideologia que se caracteriza por ideias sexistas relacionadas à dominação das mulheres. Essa violência é incompatível com relações de respeito, igualdade e cooperação. Neste sentido, a presença de esquemas sexistas e hierarquizantes é um elemento estrutural do comportamento violento nos modelos de compreensão da realidade e também nas motivações de dominação dos homens sobre as mulheres.²³

Como tentativa de justificar seus comportamentos, os agressores naturalizam suas agressões ao afirmar que são atitudes inerentes aos homens, causadas por hormônios, pela sua psique, causas biológicas e afirmam que foram criados em outra geração, em que tais situações eram consideradas normais.

Entretanto, não há comprovação científica de viés biológico, hormonal ou neuropsicológico para tal diferenciação. Portanto, apesar da crença social, o homem não é um ser naturalmente mais agressivo que a mulher.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *IASA*, *op. cit.*, p. 18-25.

²³ *LCPPS*, Paulo Victor Leite. *Atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISRR, 2013, p. 57.

A Lei Maria da Penha pode ser considerada como um grande avanço na esfera da proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar, contudo, diante da cultura do machismo e da objetificação da mulher, com a crença na sua inferioridade emocional e intelectual, o referido diploma legal não se mostra como solução única e suficiente para o controle da violência.

A política de enfrentamento à violência contra a mulher deve ser aplicada de forma integral, buscando-se o equilíbrio das medidas de prevenção, proteção, assistência e punibilidade. Além da necessidade de respostas penais, é necessário enxergar que somente a criminalização, aplicada isoladamente, não promove mudanças culturais.²⁴ Portanto, paralelamente, é preciso implementar uma mudança social, através da educação e rede de informações, agregadas a políticas públicas de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim sendo, é preciso dar especial atenção às origens socioculturais dos abusos e ao combate à violência psicológica, intimamente relacionadas. Somente através da modificação do pensamento da sociedade será possível combater com efetividade a desvalorização da mulher, que é causa determinante para esses comportamentos agressivos.

O fortalecimento das estratégias de prevenção à violência é uma das formas de enfrentamento e pode ser pautado em três principais pilares: o rompimento do ciclo da violência, a reeducação do agressor e a transformação da sociedade.²⁵

O rompimento do ciclo de violência ocorre quando a própria mulher é capaz de identificar o seu próprio ciclo e criar condições próprias para rompê-lo. Neste aspecto, é preciso agir para a conscientização de que a mulher não tem culpa e é vítima destes tipos de violência. Para isso, são importantes os programas e ações que promovam o empoderamento feminino, com a participação de parentes, amigos e de grupos de semelhantes, além da capacitação para o trabalho e outras tantas formas de valorização da mulher.

A reeducação do agressor deve se dar por meio de criação de grupos reflexivos de homens e ampliação dos já existentes, com o intuito de conscientização da sua responsabilidade pelos atos violentos perpetrados. Outrossim, além de atribuir a responsabilidade, é preciso gerar debates e informar sobre as origens da sua agressividade, com o intuito de quebrar padrões de relacionamentos que lhes parecem corretos e definitivos.

²⁴ LCBRS, *op. cit.*, p. 23.

²⁵ DUMARESQ, Mila Lardén. *Os dez anos de Lei Maria da Penha: uma visão prospectiva*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2016, texto para discussão n.º. 203, p. 15-18. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/index/true/id/523107>>. Acesso em: 29 set. 2017.



Em conjunto com os dois primeiros pilares, há a necessidade de transformação social com relação ao machismo e a desigualdade de gênero, a qual deve ser feita com base em um processo educativo e cultural que interfira em padrões sexistas.

A educação é o principal instrumento de promoção de mudanças nos padrões culturais de condutas de homens e mulheres e tem potencial para desconstruir preconceitos, promover o respeito e a ressignificação de identidades dentro do contexto social.²⁶

A própria Lei Maria da Penha determina a implementação de políticas públicas para o combate da violência doméstica e familiar contra a mulher, todavia, essa previsão ainda precisa ser ampliada em sua interpretação e concretização, para que o foco seja a reeducação da sociedade e as mudanças culturais.

Dessa forma, a Lei nº. 11.340/06 sem a aplicação de políticas públicas e ações governamentais de conscientização, educação e cultura não é capaz de transformar a situação vivenciada nos lares brasileiros, fazendo com que a opressão seja uma constante na vida das mulheres.²⁷

Por sua vez, o Poder Judiciário tem importante papel no combate à violência contra a mulher. Adriana Ramos de Mello²⁸ resalta a necessidade da formação humanística dos operadores do direito, diante do papel da justiça como guardiã da Constituição e das garantias fundamentais. Para isso, é imprescindível a capacitação de juizes e juízas com a perspectiva de gênero, diante da sua missão de velar para que se respeitem os valores da democracia, da paz e da proteção dos direitos humanos.

Ademais, apesar de a doutrina não ser unânime quanto à ingerência do Judiciário no que tange às políticas públicas, há previsão de sua efetivação na Lei Maria da Penha, como direitos públicos subjetivos das mulheres. Justamente por isso, tais normas podem ser pleiteadas judicialmente em caso de inércia do Poder Público, já que se referem a direitos fundamentais do gênero feminino.²⁹

Para garantir a promoção desses direitos e a aplicação efetiva da Lei Maria da Penha, o Poder Judiciário deve adotar a corrente doutrinária substancialista, a qual viabiliza a intervenção judicial nas políticas públicas para tutelar concretamente os direitos das mulheres.³⁰

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ ALVEZ, Pedro Gonzaga. *A efetividade da Lei nº. 11.340/06 em relação das políticas públicas: tutela dos direitos fundamentais das mulheres pelo Judiciário*. Curitiba: Revista *Bonjornis*, 2009, ano XXI, nº. 543, p. XV-XX.

²⁸ MELLO, Adriana Ramos de. *A importância da formação dos operadores do direito em violência de gênero e direitos humanos, como instrumento de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Revista *EMERJ*, 2012, p. 59-69.

²⁹ ALVEZ, *op. cit.*, p. XV-XX.

³⁰ *Ibidem*.



Por fim, com relação às demandas judiciais sobre violência contra a mulher, devem ser adotados métodos alternativos de composição dos conflitos, como a mediação e a justiça restaurativa, visando não apenas resolver a lide processual, mas também promover a solução intrínseca na origem da violência e reestabelecer as relações humanas que foram rompidas.

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha avançou muito no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, sendo considerada um dos melhores diplomas legais sobre o tema. Contudo, apesar da importância da referida lei, ainda há muito a ser feito para redução dos índices de violência, especialmente no que tange à violência psicológica que ocorre dentro de relacionamentos abusivos, nos quais o Poder Judiciário não tem condições de atuar de forma mais eficaz.

Nesta sense, de acordo com o exposto, a violência psicológica está inserida em todas as outras formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao funcionar como método de manutenção do vínculo afetivo entre o agressor e a vítima, que vivem o chamado “ciclo da violência”.

O método ideal para romper o ciclo é quando a própria mulher passa a ser capaz de identificar que é vítima de violência e criar condições para interrompê-lo. Para isso ser possível, é necessário a atuação na conscientização da sociedade com base na educação, por meio de ações que promovam o empoderamento feminino, a reeducação do agressor, modificações sociais com relação ao machismo e a desigualdade de gênero e desconstrução de preconceitos.

A sociedade já evoluiu muito com relação aos direitos das mulheres, mas ainda estamos longe de chegar a uma igualdade de gêneros que não sofra influência de ideais sexistas arraigados há tanto tempo na cultura do nosso país.

Assim sendo, a Lei nº. 11.340/06 deve ser aplicada também quanto a previsão sobre políticas públicas, com ações governamentais que visem a reeducação da população brasileira.

Além disso, os operadores do direito devem ter uma formação humanística e responsável diante de seu papel no combate à violência doméstica. É necessário que haja a capacitação desses profissionais à luz de uma perspectiva de gênero voltada à valorização dos direitos da mulher, para que seja possível a efetiva solução na origem da violência doméstica e familiar contra a mulher.



REFERÊNCIAS

ALVEZ, Pedro Gonzaga. *A efetividade da Lei nº. 11.340/06 em razão das políticas públicas: tutela dos direitos fundamentais das mulheres pelo Judiciário*. Curitiba: Revista Bonjuria, 2009, ano XXI, nº. 343, p. XV-XX.

BRASIL. Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03>. Acesso em: 07 mai. 2017.

DAY, Vivian Peres et al. *Violência doméstica e suas diferentes manifestações*. Rio Grande do Sul: Revista de Psiquiatria, 2003, v. 25, (suplemento 1).

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei nº. 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DUMARESQ, Mirla Landim. *Os dez anos da Lei Maria da Penha: uma visão prospectiva*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2016, texto para discussão nº. 203.

IPEA apresenta dados sobre Lei Maria da Penha em audiência no Senado. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25248>. Acesso em: 07 mai. 2017.

JUSTIÇA concede mais medidas protetivas a mulheres em 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

LOPES, Paulo Victor Leite. *Atendimento a vítimas autoras de violência doméstica: desafios à política pública*. Rio de Janeiro: ISER, 2013.

MELLO, Adriana Ramos de. *A importância da formação dos operadores do direito em violência de gênero e direitos humanos, como instrumento de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, 2012.

MISAKA apud DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei nº. 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, Maria Cecília Gonçalves. *A violência entre parceiros íntimos: o difícil processo da ruptura*. 2005. 102 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 7. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FENHA, Maria da. *Sobrevivi... Passo contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

PORTAL Brasil. *9 fatos que você precisa saber sobre a Lei Maria da Penha*. Disponível em <<http://www.brazil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/9-fatos>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

OS REFLEXOS DO MOVIMENTO LEI E ORDEM E DA TOLERÂNCIA ZERO NA POLÍTICA CRIMINAL

Ivanna Giselle Maria Araújo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-RJ.

RESUMO – o crescimento acelerado da violência urbana propicia o uso frequente do discurso baseado no movimento lei e ordem e a consequente tolerância zero. Aliado ao sentimento de medo e insegurança social, a defesa da lei e da ordem começa a dar uma nova crítica às políticas públicas tão defendidas pela interpretação distorcida dos direitos humanos e do garantismo penal. Com o objetivo de igualmente assegurar direitos fundamentais, a teoria lei e ordem pode ser importada do direito norte americano na tentativa de garantir o direito à segurança pública e do direito à vida do cidadão. Defende-se a criação da taxa de polícia a propiciar aumento na arrecadação de recursos públicos, com vistas a melhoria da estrutura policial. A resúncia do trabalho é demonstrar a viabilidade da aplicação dos preceitos lei e ordem através do aparelhamento das instituições persecutórias aliado às políticas públicas, a fim de possibilitar a redução da criminalidade no Brasil.

Palavras-chave – Direito Penal. Direitos e garantias fundamentais. Movimento lei e ordem. Tolerância zero. Segurança pública. Taxa de polícia.

Sunário – Introdução. 1. O surgimento e a adoção do movimento lei e ordem nos Estados Unidos como um modelo a ser seguido pelo Brasil. 2. Como o crescimento da violência urbana acelera políticas criminais fundamentadas no discurso lei e ordem. 3. A possibilidade de efetivação da política tolerância zero no combate a criminalidade: uma realidade que cobra na falta de política pública adequada e na ineficiente gestão orçamentária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir sobre a possibilidade de se reduzir os índices de criminalidade, utilizando no ordenamento jurídico pátrio, as premissas norteadoras do movimento lei e ordem e da política de tolerância zero, tendo em vista as situações extremas de violência vividas nos dias de hoje e perda do poder coercitivo da norma penal frente ao cidadão.

A temática escolhida comporta grande controvérsia no âmbito doutrinário, pois os críticos de teorias baseadas na lei e ordem argumentam que haveria um retrocesso aos direitos fundamentais e inclusão no sistema carcerário ao se punir os delitos menores com mais rigor e não evitaria a desordem e nem a efetividade do *ius puniendi*, já que o direito penal deve ser visto como *ultima ratio*.



Entretanto, seus defensores atentam para a necessária mudança da forma como a política criminal é gerida pelo poder público. É necessário ressaltar que a ineficiência do Estado na persecução penal é consequência da má gestão orçamentária e de políticas públicas baseadas em um garantismo penal deturpado, em que o delinqüente aparenta ter alguns direitos reservados de uma forma mais eficaz que a própria vítima.

No primeiro capítulo, pretende-se analisar o surgimento do denominado movimento lei e ordem, que se deu nos Estados Unidos, bem como a evolução histórica no ordenamento jurídico em que foi inserido à época. Além do mais, há a necessidade de demonstração do modo necessário para a operacionalização da nova sistematizaçã de controle da criminalidade.

O segundo capítulo conta com a observância da maneira como os discursos políticos hegemônicos no movimento lei e ordem crescem em consonância ao aumento da violência urbana. Há uma análise dos preceitos constitucionais que são assegurados quando a lei e a ordem são aplicadas de forma mais rígida, na tentativa de frear a dispersão da criminalidade.

No terceiro capítulo são traçados os limitadores da aplicaçã de tolerância zero, quais sejam: a falta de seriedade nas políticas públicas das últimas décadas e a ineficiência na gestão do orçamento público. Ao final, é apresentada a possibilidade de se viabilizar a reduçã dos atuais índices de violência urbana: a criaçã de uma taxa de polícia.

O trabalho possui o objetivo de demonstrar que a adoçã de preceitos teóricos usados pelo movimento lei e ordem não são violadores de direitos fundamentais, como parte da doutrina defende, ao contrário, focam em duas vertentes sensíveis à populaçã: a garantia da segurança, considerada um direito constitucional de 2ª geraçã, bem como a retomada da funçã estatal precípua, qual seja, o *ius puniendi*, retomando a sensaçã de impunidade e de ineficiência do Poder Judiciário.

A proposta é examinar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que se pretende estabelecer através do pensamento considerado válido e eficaz a confirmaçã de que a lei é defendida.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, pois o pesquisador pretende se valer de bibliografia referenciada no âmbito jurídico, bem como a utilizaçã de legislação, doutrina nacional e comparada, para sustentar os argumentos que melhor se concluem com a sua tese.

1. O SURGIMENTO E A ADOÇÃO DO MOVIMENTO LEI E ORDEM NOS ESTADOS UNIDOS COMO UM MODELO A SER SEGUIDO PELO BRASIL

Em primeiro lugar, deve ser destacado que o movimento lei e ordem surge na força contra majoritária que se inseria a sociedade pós Segunda Guerra Mundial e nasce como uma esperança de frear os crescentes índices de criminalidade das grandes metrópoles, aumentando a atuação policial na reprimenda dos delitos praticados.

Nos Estados Unidos, em meados da década de 70, advém a necessidade de repressão máxima e com ela, a elaboração de variadas leis repressivas. Por consequência, a sociedade se ramifica em dois grupos: aquele composto por pessoas do bem, as quais merecem a proteção das leis; e os delinquentes, considerados inimigos da sociedade e do Estado, que devem ser punidos de forma que não haja reincidências criminosas.

Como consectário do movimento lei e ordem, em meados dos anos 80, surge a teoria da tolerância zero, simbolizada na política criminal adotada nos anos 90, pelo então prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, que transforma a capital do crime em uma das cidades mais seguras dos Estados Unidos.

A teoria da tolerância zero é baseada em um viés mais conservador do estudo da criminologia e traduz uma forma inédita de administrar a vida em sociedade e a conturbada relação polícia/cidadão.

Nesse sentido, a repressão confere espaço à permanente vigilância do Estado, permitindo-o punir de forma concreta os infratores da lei, bem como propicia que a burocracia em demasia ceda espaço às novas responsabilidades e funções das autoridades distritais e seus policiais.

Sobre a tolerância zero, Benoni Belli¹ explica que:

O programa Tolerância Zero se baseia, em grande medida, na chamada teoria das "janelas quebradas" ("Broken Windows"), divulgada pelo famoso artigo homônimo de autoria de James Q. Wilson em parceria com George Kelling e publicado em 1982 na revista norte-americana *Atlantic Monthly*. O argumento principal dessa "teoria" é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que crimes mais graves vicejem. A metáfora das janelas quebradas funcionaria assim: se as janelas quebradas em um edifício não são consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas assumirão

¹BELLI, Benoni. Política, "Tolerância Zero" e Fortíssimo Social. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, N. 58, p. 160, nov. 2000.



que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar janelas.

O resultado seria um sentimento geral de decadência e desamparo em que a desordem social encontraria terreno fértil para enraizar-se e gerar seus frutos maléficos. Ou seja, a violência urbana e os crimes graves seriam o último elo de uma cadeia em que pequenas infrações levam a formas mais acerbadas de delinquência. As pequenas desordens do cotidiano das grandes cidades seriam o embrião de patologias mais graves sob a leniência ou condescendência dos órgãos de segurança do Estado, os quais, preocupados em resolver os crimes violentos, sobretudo homicídios, roubos e estupros, perderiam de vista a dimensão preventiva da luta contra as ofensas que afetam a "qualidade de vida".

Em decorrência da teoria da tolerância zero, Ivo Aragão² destaca a necessidade de se coadunar o estudo à "teoria da vidraça quebrada" – *Broken Windows Theory*³ – que preconizava o dito popular: "quem rouba um ovo, rouba um boi", mensurando que a punição de qualquer conduta, mesmo com reduzido grau de ofensividade ao bem jurídico, possui finalidade de apresentar exemplos à sociedade e ampliar sensação de autoridade do Estado⁴.

Percebe-se que a teoria das janelas quebradas emergia na sociedade como uma espécie de solução milagrosa no combate à criminalidade, pois os delitos menos graves, agora severamente punidos, gerariam no cidadão a sensação de maior segurança e de confiança no Estado, que conseguia garantir a aplicação da lei e da ordem.

Em sua obra, Tiago Ivo Odon⁵ explica que a implementação do programa tolerância zero contou com (a) um Departamento de Polícia de Nova York completamente reestruturado, através de serviços descentralizados, fim da estratificada hierarquia entre os agentes, demissão de policiais graduados e assunção direta de responsabilidades pelos comissários do bairro, que passaram a contar com remuneração e promoção proporcionais aos resultados obtidos na batalha à criminalidade, (b) um aumento dos recursos humanos e financeiros, onde o número de policiais passou de 27.000 em 1993 para 41.000 em 2001 e (c) um sistema informatizado

²ARAGÃO, Ivo Rezende. Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938>. Acesso em: 10 out. 2017.

³Essa teoria foi baseada em experimento realizado em 1969 por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford. Observou-se que em relação à três automóveis idênticos quanto à marca, modelo e cor, quando estacionados em via pública, houve diferente resultado dada à facilidade em que cada um foi deixado. Um dos automóveis foi deixado no Bronx, à época uma área pobre e conflituosa de Nova York, e o outro, em Palo Alto, zona rica e tranquila da Califórnia. Aquela deixado no Bronx teve suas peças fortadas em poucas horas até sua completa destruição. O outro, permanecer intacto e após uma semana, os investigadores quebraram uma das janelas do carro. A partir desse momento, o mesmo ocorrido no Bronx aconteceu: a destruição total do automóvel. Com esse experimento concluiu-se que as pequenas desordens acarretam grandes desordens.

⁴WACQUANT, Loïc. *As prisões de miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 25.

⁵ODON, Tiago Ivo. *Tolerância Zero e Janelas Quebradas: sobre os riscos de se importar teorias e políticas*. Brasília. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março 2016 (Texto para Discussão nº 194). Disponível em: www.senado.leg.br/estados. Acesso em: 01 out. 2017.



para coleta e compartilhamento de dados, permitindo acompanhar de forma mais precisa os índices de crimes cometidos.

Loïc Wacquant⁶ destaca que entre os anos de 1993 e 1998, o número de detenções em Nova York aumentou 40%, sendo elas referentes às detenções por delitos de natureza potencial ofensivo⁷. Dessa forma, a fim de reforçar os índices empíricos da teoria, foram utilizados dados estatísticos no longo de sua divulgação, que demonstraram a queda significativa dos índices criminais referentes aos pequenos delitos.

Com o passar dos anos, as notícias de sucesso com a adoção do programa *tolerância zero* nos Estados Unidos foram se difundindo, o que despertou imensa curiosidade nos gestores públicos. Como consequência, operacionalizaram-se algumas mudanças legislativas e no modo de condução da gestão relativa à política criminal até então adotada.

Em relação ao apresentado, vislumbra-se possibilidade de sucesso na adoção de determinados preceitos da teoria da *tolerância zero* no Brasil, tendo em vista a crescente e desordenada violência social. Haveria plausibilidade na sua aplicação, como tentativa de se resgatar o real significado de autoridade pública que a polícia (em quaisquer de suas espécies) perdeu com a distorção de valores morais do cidadão, que não se sujeita a qualquer tipo de disciplina que visibilize a paz social.

Percebe-se a ausência de solução efetiva ao caso já instalado no cotidiano da grande parte das cidades brasileiras, refletido nas crescentes taxas de crimes gravíssimos a exemplo do extorção, homicídio e latrocínio. Dessa forma, poderiam ser experimentados nos futuros políticas criminais os preceitos levantados pela *tolerância zero*, com objetivo de fortalecer a polícia e tentar instaurar uma ordem mínima, que, atualmente, apresenta estar à beira de desaparecer.

Portanto, defende-se a viabilidade jurídica para a adoção, no sistema brasileiro, de preceitos advindos do movimento *lei e ordem*, pois há a necessidade de se resguardar direitos fundamentais do cidadão, tais como o direito à vida, direito à liberdade de locomoção e o direito à segurança pública.

⁶WACQUANT, Loïc. *Fora os limites: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 58.

⁷As detenções totais passaram de 272.718 em 1993 para 376.516 em 1998, segundo dados do Departamento de Polícia de Nova York, citados por Loïc Wacquant, *op. cit.*



2. COMO O CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA URBANA ACALENTA POLÍTICAS CRIMINAIS FUNDAMENTADAS NO DISCURSO LEI E ORDEM

A sociedade brasileira tem convivido nos últimos anos com a alta taxa de criminalidade urbana, geradora de um visível sentimento de medo e insegurança, fazendo emergir discursos de combate à criminalidade, lastreados no movimento tolerância zero.

Nas últimas décadas o direito brasileiro vem sendo modificado com adoção de uma legislação mais rigorosa, ou seja, o endurecimento da pena em abstrato (*lex gravior*) continuada aos crimes já tipificados e a criminalização de novas condutas.

Impende ressaltar que não adianta nos ordenamentos jurídicos com variadas leis repressivas se não forem cumpridas de forma efetiva, ou seja, os mecanismos investigativos da polícia e o processo penal precisam desempenhar de forma eficaz suas funções primordiais.

Mesmo em sociedades remotas, que contavam à época com a Lei de Talião – baseada na ideia do olho por olho, dente por dente – o processo penal sempre objetivou garantir a efetiva punição e servir de exemplo aos infratores/transgressores, evitando assim, a prática de mais crimes.

Com evolução do homem e o surgimento do Direito, foi possível garantir o convívio social de uma forma mais ordenada. Com o passar das décadas, as grandes revoluções sociais emergiram para garantir direitos às classes marginalizadas e reprimidas pelo Estado, e em contrapartida, vieram os deveres impostos ao cidadão.

Segundo o modelo contratualista de Rousseau, Cesare Beccaria¹ sustentava que “o indivíduo que comete crime rompe com o pacto social”, passando a defender os direitos de primeira geração, definidos como aqueles individuais ao homem e também a intervenção mínima do Estado.

Segundo doutrina criminal brasileira, capitaneada por Aury Lopes Jr.², o modelo de tolerância zero é fruto de uma equivocada política norte-americana repressiva, chamada de movimento *law and order* (movimento da lei e da ordem). Para os críticos da teoria,

¹BECCARIA, Cesare. *Das delitas e das penas*. Tradução: Turicci Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 19.

²LOPES JR, Aury. Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mistérios. In: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitor&artigo_id=5805>. Acesso em: 09 out. 2017.

o *law and order* prega a supremacia estatal e legal em detrimento ao indivíduo e seus direitos fundamentais.

Diante da análise dos preceitos defendidos pela doutrina garantista brasileira, salienta-se que as políticas criminais precisam ser mais eficazes no combate a criminalidade, pois alguns princípios constitucionais do Estado Democrático Brasileiro estão em perigo, tais como o direito à segurança, direito à livre locomoção e o direito à vida.

Nos Estados Unidos, a redução da criminalidade urbana em Nova York foi alcançada com a adoção da política de tolerância zero, que mesmo muito criticada, surtiu efeitos pretendidos, transformando a cidade em umas das mais seguras do mundo. Destaca-se a visível diferença da Nova York em que não se podia andar com segurança nos metrô e trens, na região do Times Square, do Central Park e a transformação em um dos pontos turísticos mais visitados do mundo.

As taxas de criminalidade das cidades que adotaram políticas públicas baseadas nos movimentos lei e ordem, em particular na tolerância zero, foram comprovadamente reduzidas porque, de forma complementar, houve significativo investimento em projetos sociais e estímulo à economia.

Importante destacar que um Estado Democrático somente possui forças de garantir o que preceitua sua Constituição, ao realizar investimentos sérios em projetos sociais e na educação. Neste cenário, a garantia à ordem pública, através da segurança, mostra-se como base para todos os demais projetos de governo.

Anos de deficiência a segurança pública, temos o retorno do estado de barbárie da Idade Média, o que configuraria um gravíssimo retrocesso da civilização. Esse fato tem ensejado o crescimento de discursos radicais dos candidatos à cargos eletivos, levando a população acreditar, na grande falácia, que o retorno do governo militar é a solução dos problemas brasileiros.

Diante desse grave quadro financeiro, instaurado na administração pública, se torna impossível investir em segurança pública e em projetos sociais, pois não há verba pública disponível para realizar a manutenção dos gastos com as polícias, por exemplo. Sociedades administradas por governantes envolvidos em casos emblemáticos de corrupção padecem da adequada gestão orçamentária, culminando na crise financeira vivida.

Outro ponto importante, associar à população menos favorecida à prática de crimes, é uma aberrada falácia e não mais se justifica, tendo em vista recente e notórias punições dos crimes de colarinho branco, usualmente, praticados por agentes públicos e por



classes abastadas. Importante frisar que são crimes igualmente repulsivos, haja vista o direito do cidadão público que obeta o acesso da população à saúde, educação, à segurança, dentre outros direitos fundamentais não efetivados.

Há de se destacar que a principal iniciativa do modelo norte americano, ora em estudo, foi a reconstrução da infraestrutura policial e investigativa, a fim de se apurar a fundo o menor delito, identificando de forma rápida e ágil o seu autor. Acredita-se que a punição dos menores delitos não seja o crescimento dos crimes praticados, sendo como forma eficiente de segurança à sociedade, o afastamento daquele indivíduo do convívio social através do encarceramento.

Não obstante inúmeras críticas destrutivas aos modelos de política criminal implantados nos mencionados lei e ordem, fato notório é que o atual adotado pelo sistema penal brasileiro não funciona, não ressocializa e nem pune de forma eficaz o delinqüente.

Em decorrência de tais fatos, surge o denominado Direito Penal de Emergência, que é definido por Fauzi Choukr¹⁰ como "a situação que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo", em que a criminologia contemporânea o coloca, de forma legítima, na escala mais elevada de gravidade crimínosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais para controlá-la, embora defendendo nos modelo de estado democrático de direito.

Portanto, o endurecimento do tratamento penal ao delinqüente pode servir como meio ao aumento crescente da criminalidade, através de uma efetiva punição, sem gerar no pretório crimínoso a sensação do ditado popular "o crime sempre compensa".

Portanto, não pode o estado acovardar-se na ausência de recursos públicos e deixar de cumprir suas funções precípua, pois os direitos fundamentais classificados como de 2ª geração – dentre os quais está inserida a segurança pública – exigem o atuar positivo do estado. Sendo assim, impende a criação de mecanismo procedatório para que seja efetivada a segurança pública que todos têm direito, desbancando os famigerados discursos ideológicos que nada efetivam.

¹⁰CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.56.

3. A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA TOLERÂNCIA ZERO NO COMBATE À CRIMINALIDADE: UMA REALIDADE QUE ESBARRA NA FALTA DE POLÍTICA PÚBLICA ADEQUADA E NA INEFICIENTE GESTÃO ORÇAMENTÁRIA

É sabido que o principal aliado às políticas de endurecimento da reprimenda penal é a assistência social, como o foi no movimento lei e ordem nos Estados Unidos. As políticas públicas precisam deixar o papel simplório e eletivo para buscar uma efetiva abrangência, com vistas a alcançar aquele cidadão excluído e sem qualquer tipo de garantia de direitos fundamentais.

A sistemática da tolerância zero é baseada no denominado Direito Penal Máximo, que tem a sua metodologia estruturada na ampliação dos tipos penais, aumento das penas de prisão com longa duração, regime de execução mais rígido, redução da maioridade penal e a utilização de determinadas noções referentes ao direito penal do inimigo.

Na contramão a essa política adotada pelos Estados Unidos, o Brasil muito influenciado por teorias baseadas no garantismo penal¹¹, não consegue ter a coragem necessária para enrijecer o seu sistema punitivo. Isso porque, haveria de ter um fortalecimento das entidades persecutórias, como a polícia judiciária, que possui o papel investigativo.

Não há como adotar um sistema baseado na lei e ordem se não houver uma polícia bem estruturada, abrangendo a infraestrutura de trabalho (carros, armas, salários e gratificações) e a valorização da imagem policial perante a sociedade (através de cursos de capacitação e instrução dos agentes públicos).

O que ocorre bem claramente na sociedade brasileira é a inversão de valores sociais, pois o policial não possui boa imagem e nem respeito perante os cidadãos. O que não deveria acontecer, haja vista ser um agente público estatal legitimado atuar nos momentos de conflito, como expressão personificada do poder de polícia inerente à Administração Pública. Ressalta-se que os frequentes casos de corrupção – que assolam todas as instituições e o estado brasileiro em geral – refletem o descrédito popular nas instituições públicas.

É necessário observar a necessidade de políticas públicas voltadas à assistência social, com vistas a garantir os direitos basilares das minorias, cumprindo o estado com as funções que o legislador constitucional lhe incumbiu.

¹¹LOPES JR, *op. cit.*



O problema de efetivar uma política pública adequada à aplicação da tolerância zero vem à baila quando se está diante de um estado economicamente sem recursos para tal implementação.

As funções da pena são repressiva e retributiva, sendo importante conter as duas características para cumprir o seu objetivo. Não há como ter repressividade com penas brandas e com a despenalização de vários institutos (como o uso de drogas) e nem mesmo como se alcançar a retributividade se o legislador pátrio adota posição de descarcerização dos indivíduos que cometem crimes, mesmo que de ínfimo potencial ofensivo e banalização de princípios penais como o da insignificância e da bagatela.

É nesse contexto que se adota a teoria da tolerância zero, pois em uma sociedade que não há efetiva punição, seja pela benesse legal ou por ausência de infraestrutura punitiva adequada do Estado, propicia-se o alargamento dos índices de criminalidade que assolam toda cidade.

Para efetivação da política pública baseada no movimento lei e ordem, sugere-se uma releitura doutrinária a ser refletida na jurisprudência pátria, a respeito de alguns princípios constitucionais, que são completamente desvirtuados de seu objetivo principal.

Necessário destacar que a segurança pública é um consectário garantidor do direito à vida, do direito à liberdade de circulação, da dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos fundamentais que inseridos na Carta Magna e não respeitados em muitos casos.

Inclusive, o art. 145, inciso II da Constituição Federal, dispõe que os entes da Federação podem instituir taxas baseados no exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição¹².

Como exemplo de utilização da referida espécie tributária, com o objetivo de possibilitar a reestruturação do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, instituiu-se a taxa de prevenção e extinção de incêndio, criada em conformidade com a Constituição Federal e o artigo 194, II da Constituição do Estado do Rio de Janeiro¹³ e artigo 77 do Código Tributário Nacional¹⁴.

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_05/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.
Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;



Com vistas a caracterizar a especificidade e a divisibilidade, a taxa deve se vincular ao próprio serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte em virtude do poder de polícia, que é a hipótese da taxa de incêndio fluminense.

Diante desse quadro, pode ser feita uma analogia ao caso da taxa de incêndio, legitimando a criação de uma taxa de polícia, sem que o poder de tributar da União seja posto em xeque. Observa-se a constitucionalidade da sugerida taxa, pois o serviço de segurança pública tem por destinatário final a coletividade de forma indistinta e a verba arrecada é por inteiro destinada ao serviço que se deseja remunerar, ou seja, é vinculada.

Destaca-se que há similitude na criação de ambas as taxas, porque a segurança pública não está sendo privatizada, como argumentação de tese oposta, mas assegurando devida efetivação de direitos constitucionais de 2ª geração, os quais necessitam da conduta comissiva do estado.

Mister observar que a taxa, como uma espécie de tributo, deve vir ao ordenamento jurídico por lei complementar a ser aplicada a nível federal, dada a forma federativa adotada pelo Brasil. Além do mais, a taxa possui a sua arrecadação vinculada àquele fim a que se destina, o que não permitiria desvios de recursos pelo administrador público, possibilitando melhor aparelhamento das polícias e remuneração do servidor.

Portanto, há perfeita plausibilidade na sua aplicação e adoção no sistema jurídico brasileiro, o que não há, na verdade, é interesse governamental para tanto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho constatou, como problemática essencial, o aumento desenfreado da criminalidade na sociedade aliada à ineficácia estatal em punir os delitos praticados e reprimir a incidência de novos crimes, bem como à má gestão dos recursos públicos, que não são utilizados de forma a garantir um diligente aparato policial.

¹⁴BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

Art. 194 - O Estado e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

¹⁵Ibid.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.



Há grande resistência na doutrina penal à aplicação de normas mais rigorosas no que concerne ao Direito Penal, ignorando por completo a ineficiência do atual sistema punitivo brasileiro: nem previne delitos e nem reduz o condenado na sociedade quando o processo do sistema prisional.

Em contrariedade a esse pensamento, o presente trabalho defende-se que a segurança é um direito fundamental classificado como direito de 2ª geração, definidos por José Afonso da Silva como aqueles que exigem uma ação estatal, ou seja, não pode haver inércia na sua prestação, o Estado deve atuar para garanti-la.

Além disso, a paz social deve ser alcançada pelo controle estatal através de uma polícia devidamente qualificada e estruturada. Há também de se permitir que o Poder Judiciário se torne um real garantidor de julgamentos e punições celeres e eficazes, com vistas à despetar na população o sentimento garantidor da justiça.

A adoção de conceitos técnicos usados no movimento lei e ordem e seus correlações não são violadores de direitos fundamentais, ao contrário, focam em duas variantes sensíveis à população: a sensação de impiedade e na noção que os direitos humanos e o direito à vida são discriminados apenas ao criminoso, nunca à vítima.

Um verdadeiro estado democrático de direito, conforme preconiza a Constituição Federal, visa a garantir o máximo existencial às minorias, o que não acontece nos dias atuais, pois se profere sua extinção à sua inclusão gradual no meio social.

Em conjunto a todas essas necessidades minuciosas, a primordial para se garantir a segurança pública e o direito à vida, é a instituição da taxa de polícia com vistas a permitir maior infraestrutura das polícias repressivas e investigativa (judiciária).

Em que pese todas as críticas feitas à adoção dos ideais do movimento lei e ordem nos Estados Unidos, inegável o fato que em certo e hoje, quando comparadas, às décadas de 80 e 90, tem-se Nova York e Los Angeles completamente diferentes das cidades que possuíam índices de criminalidade e desordem urbana nas últimas.

Neste diapasão que se fazeria a defesa feita no presente trabalho, no sentido de haver possibilidade de mudança efetiva da atual fase de extrema violência a qual se vive. Para tornar essa tese real e concreta, há necessidade conjunta de um trabalho social sério nos que dele necessitam aliada a instituição da taxa de polícia, assim como feito no corpo de bombeiros, com a denominada taxa de incêndio.

Ainda, tem-se a necessidade de destacar que para cada direito há um dever correspondente e se o povo pactua com o Estado a garantida plena segurança em troca da sua



plena liberdade, ao lhe conferir a *ius puniendi*, não há de se insistir no momento que a taxa de polícia tiver de ser instituída.

Uma das grandes problemas que o Brasil vive, por uma cultura já arraigada, é a resistência do cidadão em assumir deveres e apressa exigir os direitos, acarretando o desequilíbrio na equação social e comprometendo o resultado final.

Portanto, o trabalho tem perspectivas inovadoras e polêmicas, mas toda a boa desenvoltura encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, mesmo que em contrariedade a toda doutrina garantista, demonstrando também total razoabilidade na sua adoção, em especial em momentos de elevados índices de criminalidade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Ivo Rezende. Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BECCARIA, Cesare. *Das delitas e das penas*. Tradução: Tarcisio Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BELLI, Benoni. *BELLI, Benoni. Polícia, "Tolerância Zero" e Exclusão Social*. Novos Estudos CEBRAP N. 58, 2000, pp 157-171.

LOPES JR, Aury. Violência urbana e tolerância zero: verdades e mentiras. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?>>. Acesso em: 09 out. 2017.

ODON, Tiago Ivo. *Tolerância Zero e Janelas Quebradas: sobre os riscos de se importar teorias e políticas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março 2016 (Texto para Discussão n° 194). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 01 out. 2017.

RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerj.jil.alerj.rj.gov.br/constext.nsf/Page/ConstEst?OpenPage>>. Acesso em: 09 out. 2017.



SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Passar as páginas: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



O PERFIL SOCIOECONÔMICO DO ENCARCERADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

Jessica Sarmento Dias de Castro

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o presente artigo visa analisar como a ausência de aplicação do princípio da co-culpabilidade tem dirigido o sistema punitivo brasileiro de forma mais preponderante às camadas mais excluídas da população, os vulneráveis sociais. Tal constatação se confirma por meio do perfil socioeconômico dos presidiários inseridos no sistema penitenciário pátrio. Nesse sentido, não se apresenta cabível que aquele mesmo Estado que não assegura mandamentos constitucionais, nem sequer no que tange ao mínimo existencial, puna de forma tão severa tais indivíduos. A aplicação do princípio da co-culpabilidade se faz necessária como fator de observância da vertente substancial do princípio constitucional da igualdade, que visa tratar de forma desigual os desiguais na medida de suas desigualdades, não podendo o Estado punir da mesma forma indivíduos que, em virtude de sua omissão, se apresentam segregados e aqueles que por ele são privilegiados. Há de se observar tal exposição tem fulcro também no princípio da individualização da pena, disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Princípio da Co-culpabilidade. Encarcerado.

Sumário – Introdução. 1. A omissão estatal na promoção de direitos constitucionais e o cometimento de crimes: há correlação? 2. A necessária aplicação do princípio da co-culpabilidade tendo em vista o perfil do encarcerado brasileiro. 3. A aplicação da co-culpabilidade estatal como causa supralegal de exclusão da culpabilidade na dosimetria da pena concretizando sua individualização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em tempos de crise no sistema carcerário brasileiro, inclusive com a recente decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, a presente pesquisa visa abordar a como a não observância do princípio da co-culpabilidade na aplicação da pena pelos tribunais pátrios influencia diretamente no perfil socioeconômico do encarcerado brasileiro.

Apresenta-se nesta pesquisa o princípio da co-culpabilidade como instrumento gerador de justiça social. Constata-se que tal mecanismo carece de aplicação no sistema penal pátrio quando da análise do perfil socioeconômico dos encarcerados do sistema prisional brasileiro, sendo em sua maioria negros, pobres, com baixo nível acadêmico.



A Constituição Federal promulgada em 1988 traz em seu artigo 6º os chamados direitos sociais, que atribuem ao Estado a função de intervir na ordem social para que sejam garantidos aos cidadãos acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados etc. Contudo, é cediço que este mesmo Estado tem falhado na efetivação dos direitos supramencionados, o que juntamente com o modelo econômico excludente adotado, tem criado uma massa de indivíduos marginalizados socialmente.

Pretende-se sustentar a necessidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade no sistema penal brasileiro como fator de observância da vertente substancial do princípio constitucional da igualdade, que visa a tratar de forma desigual os desiguais na medida de suas desigualdades, não podendo o Estado punir da mesma forma indivíduos que, em virtude de sua omissão, se apresentam segregados e aqueles por ele privilegiados. Há de se observar que tal exposição tem fulcro também no princípio da individualização da pena.

A polêmica que envolve a ausência de aplicação do princípio da co-culpabilidade no sistema punitivo brasileiro apresenta relevância pelo fato de o sistema penitenciário atingir de forma mais preponderante as camadas mais excluídas socialmente da população. Não tem se apresentado cabível que aquele mesmo Estado que não realiza mandamentos constitucionais para indivíduos que, por sua atuação omissa, infringem normas infraconstitucionais.

A aplicação de pena no Brasil não pode se apresentar como fator de ainda maior segregação, tendo em vista que sua função é restaurar e ressocializar indivíduos. No entanto, ela tem se dirigido somente a indivíduos que sequer foram socializados, o que a descaracteriza de forma plena. Com efeito, seus reflexos não se resumem apenas ao âmbito processual, mas se estendem ao fundamento máximo da Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Analisar-se-á, no primeiro capítulo, como a omissão do Estado no que tange à promoção dos direitos sociais, derivados de uma necessária atuação positiva prevista na Constituição, forma uma massa de indivíduos marginalizados socialmente, para os quais não resta outra alternativa a não ser o cometimento de crimes para garantir sua sobrevivência no meio social. Busca-se, com efeito, demonstrar que o Estado tem parcela de responsabilidade na prática de delitos por aqueles aos quais não garante os direitos sociais previstos na Constituição, devendo ser mitigada sua punição.

O segundo capítulo propõe uma análise do encarceramento no Brasil, principalmente em seu aspecto subjetivo, ou seja, se atinge a todos de forma correlata ou se apresenta como dupla punição para aqueles já esquecidos pelo Estado.

Por fim, o terceiro capítulo enfrentará o clímax da discussão, ao ponderar se o ordenamento jurídico brasileiro contempla base para a aplicação do princípio da culpabilidade na dosimetria da pena realizada pelos juízes criminais.

No que tange à metodologia aplicada, utilizou-se do método dedutivo e, relativamente à técnica documental, empregou-se a forma indireta por meio da análise de legislações e doutrinas referentes à temática, bem como a forma direta, com a abordagem de entendimento jurisprudencial.

1. A OMISSÃO ESTATAL NA PROMOÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E O COMETIMENTO DE CRIMES: HÁ CORRELAÇÃO?

O movimento constitucionalista foi, conforme preleciona Luís Roberto Barroso¹, “uma doutrina de limitação do poder do Estado” e de supremacia da constituição. A fase que mais se coaduna com a necessidade de intervenção estatal por meio de prestações positivas se apresenta com o constitucionalismo social, que surge em razão da impotência do liberalismo diante das demandas sociais que abalaram o século XIX e se agravaram com a 1ª Guerra Mundial.

Começou-se a perceber nesta época que o direito à liberdade por si só não era suficiente em um Estado dotado de grande desigualdade social que não permite a competição em igualdade de condições e, quanto maior a disparidade, maior é a necessidade de intervenção do Estado.

Neste período, surgiram constituições que se caracterizavam por consagrar os chamados direitos de 2ª geração, além dos direitos civis e políticos. Os direitos de 2ª geração, por sua vez, são aqueles ligados à igualdade material e fática (para além daquela igualdade formal já consagrada na 1ª geração). Não é apenas conferir tratamento jurídico isonômico, mas intervir na sociedade para diminuir as desigualdades na prática. Abrangem, portanto, os direitos sociais, econômicos e culturais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu art. 5º, caput, a seguinte disposição: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.107



à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade². Tal disposição constitucional consagra o princípio da igualdade, que é extraído não somente em seu viés formal, mas também atinge a igualdade material.

Em vias de se consagrar a supracitada igualdade substancial, a Magna Carta de 1988 apresentou expressa previsão de direitos afinentes a prestações positivas por parte do Estado, que estão dispostos no artigo 6º, caput, ao afirmar que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”³.

Com efeito, apesar das supracitadas disposições, é cediço que o Estado brasileiro não tem cumprido tais mandamentos constitucionais em sua inteireza, o que tem gerado uma massa de indivíduos atingidos pelas mazelas sociais mais variadas, como a falta de acesso à água potável, saneamento básico, educação, saúde e demais direitos constitucionais. Nesta ótica, a igualdade substancial não tem sido concretizada no Estado Social de Direito Brasileiro, em virtude da disparidade socioeconômica entre os brasileiros.

Dados da Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílios (Pnad) 2015⁴, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que, até 2015, apenas 65,3% domicílios brasileiros dispunham de serviço de rede de esgoto. Nesse sentido, o Estado brasileiro sequer tem logrado êxito em garantir o mínimo existencial à população, quanto mais concretizar o viés substancial da igualdade entre os indivíduos brasileiros.

Ao mesmo tempo, a adoção do sistema econômico capitalista, com o incentivo desenfreado pelo consumo, tem sido um fator de ainda maior segregação dentro da população brasileira e vem corroborando a situação daqueles que veem na prática criminosa a única forma de sobrevivência e, mais ainda, de inserção no meio social brasileiro.

Tal constatação é fruto da informação de que 28% dos detentos alocados no sistema prisional brasileiro respondem ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

roubo, 13% por furto⁵, ou seja, dois dos delitos mais cometidos são de ordem patrimonial, o que traz à tona a conclusão de Bruno Heringer Júnior⁶, **segundo a qual:**

[...] comportamentos criminais, principalmente relativos a patrimônio (furtos, roubos, tráfico de entorpecentes, fraudes, contrabando e descamião), parecem a ser uma fonte alternativa de renda, que mesmo assim não deixam de ser merecedoras da perseguição estatal. Entretanto, parece ser necessário desenvolver uma categoria jurídico-penal que permita verificar, nesses hipóteses, a responsabilidade que efetivamente cabe ao agente e à que toca a sociedade, diante da configuração de situações em que a desocupação involuntária e a omissão do Estado em oferecer alternativas de subsistência geram uma irresistibilidade delitiva.

Neste contexto de omissão estatal, Eugenio Zaffaroni⁷, penalista argentino, abordou a chamada Teoria da Co-culpabilidade, a qual entende que seja precursor o médico Jean Paul Marat (1743-1793), que de acordo com o supracitado autor “faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” definindo-a como:

[...] a coresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere a condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social.

No cenário brasileiro, Juarez Cirino dos Santos⁸ tratou da temática conceituando-a como uma “valoração compensatória da carga de responsabilidade atribuída a certos membros da sociedade que se encontram, em razão de condições sociais a eles desfavoráveis, acucados socialmente”.

Esta teoria se apresentou como um fator de equilíbrio, uma vez que o Estado é detentor do poderoso instrumento de sanção penal, qual seja o *jus puniendi*, não podendo dele se utilizar sem sopesar as características de cada indivíduo, de forma a balizar a sanção penal de acordo com o que a sociedade oferece àquele determinado indivíduo e, conseqüentemente, o que dele poderá cobrar.

A utilização desenfreada das penas privativa de liberdade tem se mostrado contraproducente ao caráter restaurativo da justiça penal, além de tornar as penitenciárias brasileiras verdadeiras escolas de crime, sem qualquer possibilidade de ressocialização dos indivíduos que por elas passam.

⁵ BRASIL. Ministério de Justiça. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/rmj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carcenas-brasileira>> . Acesso em: 05 mai. 2017.

⁶ HERINGER JÚNIOR, Bruno *Co-culpabilidade: a responsabilidade da sociedade pelo injusto*. Rio Grande do Sul: Revista da AJURIS, 2000, n. 79, p. 45.

⁷ BATISTA, Niki. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 105.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do jus puniendi*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 215.



Em razão do supramencionado, é necessário também abordar a decisão do Supremo Tribunal Federal, dada em caráter liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF⁹, reconhecendo expressamente o Estado de Coisas Inconstitucional¹⁰ no sistema penitenciário brasileiro. Tal posicionamento por parte da mais alta corte constitucional brasileira trouxe à tona a necessidade de revisão de tal sistema, de forma a diminuir as violações aos direitos humanos, abordando o perfil dos presidiários, como se pretende neste trabalho, como forma de entender a função da pena em cada caso, consagrando a concreta aplicação o princípio constitucional da individualização da pena¹¹.

Portanto, partindo da premissa da máxima efetividade dos direitos constitucionais, deve a individualização da pena ser maximizada, como forma de concretizar o objetivo fundamental da pena, qual seja a reintrodução do indivíduo no seio social, e não como um meio de punir aquele que diariamente é punido pelo descaso do Estado no cumprimento de seus deveres.

Nessa esteira de pensamento, convém estudar a Teoria da Co-culpabilidade, que se apresenta no direito comparado como forma de atenuante genérica, causa de exclusão supralegal da culpabilidade, atinente à inexigibilidade de conduta diversa ou até mesmo de exculpação, posto que sua utilização no ordenamento pátrio abrandaria a crise atual no sistema penitenciário brasileiro e consagraria princípios constitucionais, como a individualização da pena e, mormente, a dignidade da pessoa humana.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 mai. 2017.

¹⁰ *Ibidem*. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultaProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 10 mai. 2017. Compre resaltar que o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional se apresenta como uma técnica que não está expressamente prevista na Constituição de 1988 ou em qualquer outro instrumento normativo de caráter infraconstitucional, mas que "confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica 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."

¹¹ *Ibidem*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, XLVI. A lei regulará a individualização da pena. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 maio. 2017.

2. A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE TENDO EM VISTA O PERFIL DO ENCARCERADO BRASILEIRO

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal¹², em que declarou a existência do Estado de Coisas Inconstitucionais, em sede liminar, culminou no entendimento da mais alta Corte da República federativa do Brasil de que existe um quadro de intensa violação dos direitos humanos dentro das penitenciárias brasileiras.

Apesar da supramencionada decisão, do ponto de vista pragmático, ter se apresentado bastante aquém das reais necessidades dos presos, esquecidos pelo Poder Público, acaba por trazer à baila a necessidade de traçarmos um perfil da população carcerária, como forma de entender quais os indivíduos que a compõem e o porquê de o Poder Público, na figura dos chefes do Poder Executivo, tem se amistiado de seu papel de velar pelo caráter restaurativo, além do retributivo, da pena aplicada pelos tribunais.

Necessário, portanto, apresentar os dados abaixo, que foram extraídos do site Nexa¹³, em que se demonstra o perfil da população carcerária brasileira segundo indicadores de gênero, raça, escolaridade etc.:

No que se relaciona ao aspecto de gênero, a população carcerária no Brasil é de 622 mil pessoas, sendo que 96,3% é composta por indivíduos do sexo masculino e 3,7% do sexo feminino.

Na comparação entre a proporção de negros na população brasileira e na população carcerária, a primeira é composta por 53% de indivíduos que se autodeclararam negros; 46 % que se autodeclararam brancos e 1% daqueles que se autodeclararam amarelos. Em contrapartida, a massa de presos que se autodeclararam negros equivalem a 67% da população carcerária, enquanto 32% se consideraram brancos e 1% amarelos.

Na análise da formação acadêmica, enquanto 12% da população brasileira possui ensino superior completo, apenas 1% dos encarcerados brasileiro conseguiu completar seu ensino superior. Quanto à finalização do ensino médio, enquanto a população brasileira atinge o índice de 28%, na população carcerária este índice atinge 12%. Frise-se que 53%, isto é, mais da metade dos presos brasileiros não possuem sequer o ensino fundamental completo, sendo que, na população brasileira o supracitado índice é de 28%.

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

¹³ ALMEIDA, Rodolfo; MARIANI, Daniel. *Qual o perfil da população carcerária brasileira*. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.nexajournal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-populacao-c3%A7%C3%A3o-carcer-c3%A1ria-brasileira>>. Acesso em: 19 jul. 2017.



Cumpre salientar que a prevalência de HIV entre os encarcerados é 60 vezes maior do que na população, já que a cada 100 mil presos 1216 estão infectados, enquanto na população brasileira a proporção é de 20 pessoas a cada 100 mil.

Com base nos dados supracitados, extrai-se que os encarcerados brasileiros são em sua maioria: homens, negros, com ensino fundamental incompleto, ou seja, de baixíssimo grau de escolaridade e com maior risco de contrair doenças. Por tais razões, não há como se afastar a tese de que o processo penal brasileiro se apresenta como forma de dupla punição daquele indivíduo que já é extremamente punido pelo descaso das autoridades brasileiras.

A herança da cultura outora escravocrata ainda permite que os negros sejam segregados, ocupando postos de trabalho de menor importância, vivendo, em sua maioria, nas áreas mais pobres, sem acesso aos direitos básicos, sendo ainda alvo de racismo.

Da mesma forma, o *ius poenitentiae* estatal pune de forma mais incidente aqueles que sequer têm o ensino fundamental completo, que são marginalizados e estigmatizados dentro do contexto brasileiro.

O que podemos concluir com o perfil traçado pelo encarcerado brasileiro? Que ele nada mais é do que um espelho da intensa desigualdade social provocada, de forma precipua pela ausência de cumprimento dos mandados constitucionais pelo Estado, que ao se omitir, acaba por inflamar uma camada de vulneráveis sociais que terminam por adentrar ao mundo do crime.

Como brilhantemente afirma Gabriel Abelin¹⁴, na América Latina como um todo, não se excluindo de tal característica o Brasil, o primeiro contato do cidadão pobre com o Estado se dá por intermédio do Direito Penal, quando o deveria ser pelo campo do Direito Constitucional, com a efetivação dos direitos a eles garantidos pela Constituição.

Nesse sentido, não se pode deixar de correlacionar a omissão estatal na promoção do mínimo existencial desses cidadãos negros, pobres, de baixa escolaridade com o envolvimento deste com práticas criminosas, mormente furtos, roubos, tráfico de drogas etc. Por tal razão, deve a reprovação criminosa da conduta dos cidadãos com as características supramencionadas ser mitigada, como forma de dividir sua culpa com o Estado, consagrando o princípio da justiça social.

¹⁴ ABELIN, Gabriel. *Có-culpabilidade como (física) fórmula dogmática de construção do poder punitivo*. Disponível em: <<http://justificandi.curtacapital.com.br/2015/07/03/co-culpabilidade-como-unica-formula-dogmatica-de-constancao-do-poder-punitivo/>> Acesso em: 20 jul. 2017.

Nesse contexto de intensa desigualdade social, que vem a calhar a aplicação da co-culpabilidade que, nas palavras de Rogério Greco¹⁵:

a teoria da coculpabilidade aponta a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também supurar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante dos concursos socioeconômicos da criminalidade urbana e rural.

Vale ressaltar que o supramencionado princípio não apresenta posituação no ordenamento pátrio, sendo extraído da interpretação dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade em seu viés substancial e da individualização da pena, e teria o escopo de reverter o quadro do sistema prisional brasileiro que apresenta o chamado criminoso padrão.

Ainda se apresenta controverso em qual momento da aplicação da pena o juiz deverá realizar a sua análise, no entanto o anteprojeto de alteração do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012¹⁶ prevê a aplicação da co-culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal ao dispor:

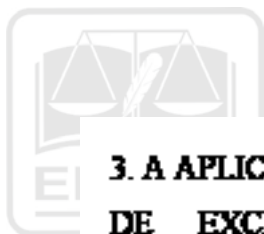
Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

- I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;
- II – o regime fechado ou semiaberto como etapa inicial de cumprimento da pena;
- III – a restrição de direito cabível.

Conforme consta no projeto, o juiz, ao analisar a culpabilidade do agente observará à reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas. No entanto, enquanto tal projeto de lei não entra em vigor, necessário se faz, com base no diploma penal vigente, embasar a aplicação do princípio da co-culpabilidade de imediato, posto que não podem aqueles protegidos por tal princípio ficarem a mercê da atuação do Poder Legislativo.

¹⁵ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 444.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.473/2000*, de 27 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projeto/PL/2000/msg1107-01.htm>. Acesso em 10.jan.2017.



3. A APLICAÇÃO DA CO-CULPABILIDADE ESTATAL COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA CONCRETIZANDO SUA INDIVIDUALIZAÇÃO

Conforme já explicitado, o princípio da co-culpabilidade não se apresenta positivado explicitamente na legislação brasileira, isto é, não está explícito na Constituição da República, bem como na legislação infraconstitucional. Por tal razão, seu conceito e sua abrangência são extraídos da doutrina, seja nacional ou estrangeira.

No Brasil, Marçal trata do princípio supramencionado, entendendo que o fundamento para a sua existência e aplicabilidade está no princípio da igualdade material ao afirmar que:

[...] fundamento do princípio da co-culpabilidade é reconhecer a desigualdade entre os homens. Essa desigualdade deve ser descontada, na conta, na hora da reprimenda. Se o cidadão que comete um delito é devedor do Estado, enquanto detentor do poder de punir é também credor, ao mesmo tempo, deste mesmo Estado, enquanto responsável pela criação de condições necessárias para o bem-estar dos cidadãos, então devemos entender que o Estado deve descontar aquilo que não realizou enquanto devedor, em face de não proporcionar condições de vida digna a todos. Nesse sentido, a co-culpabilidade representa uma correspondência do Estado, no cometimento de delitos por parte desses cidadãos credores do Estado.¹⁷

No âmbito dos tribunais brasileiros, têm havido grande resistência quanto à aplicação deste princípio, como denota o julgado colacionado abaixo que rechaça sua adoção:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRETENSÕES DE ABSOLUÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAME PROFUNDO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIMEM DENEGADA.

1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Imóvel atender a pretensão defensiva, de absolução ou desclassificação da conduta nesta via estreita do mandamus, em que vedado o reexame fático-probatório.

2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme resultou a Corte estadual sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais.

3. Habeas corpus denegado.¹⁸

Em sede de dosimetria judicial da pena, a análise do fato se dá nas esferas da tipicidade e antijuridicidade, enquanto a culpabilidade, ao contrário dos demais elementos

¹⁷ MARÇAL, Fernando Lira; SOARES FILHO, Sidney. *O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro, 2011, p.08.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 187132/MG 2010/0185087-8. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/for.jsp?livre=HC+187132+MG+2010%2F01850878&&dt=DTXT&base=JURIDICO&sp=true>> Acesso em: 05 mar. 2017.



ocupa-se do sujeito, ou seja, do indivíduo que praticou a conduta delitosa. Apesar de ainda ressoar na doutrina a adoção da teoria bipartite¹⁹, é cediço que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria tripartite, entendendo como crime o fato típico, antijurídico e culpável. Por tal razão, a culpabilidade se insere como elemento do crime, se apresentando como corolário do princípio da individualização da pena realizado em sede judicial.

Na perspectiva do acima exposto, a culpabilidade se ocupará do juízo de reprovação daquele determinado indivíduo, ou seja, se daquele agente poderia o direito penal esperar a não realização dos elementos do tipo objetivo, sendo, portanto a possível sede de análise da participação do Estado, com seus comportamentos comestivos ou inestivos, no cometimento de conduta tipificada como crime por aquele sujeito alvo de seu *ius puniendi*.

A forma de concretização do princípio da co-culpabilidade no momento da dosimetria realizado pelo juiz não se apresenta uníssona. Três são as posições com maiores adeptos encontradas com o escopo de inseri-lo dentro do método trifásico de aplicação da pena.

Rogério Greco²⁰ entende pela sua utilização como atenuante genérica, subsumindo-se, portanto, ao artigo 66 do Código Penal²¹ acaba por reafirmar ser o rol do artigo 65 meramente exemplificativo.

Segundo as lições de Greco²²:

Pode acontecer, contudo, que alguém pratique determinada infração penal porque, marginalizado pela própria sociedade, não consegue emprego e, por essa razão, o meio social no qual foi forçosamente inserido entende que seja razoável tomar com suas próprias mãos aquilo que a sociedade aquilo que a sociedade não lhe permite conquistar com seu trabalho. A divisão de responsabilidades entre o agente e sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica diminuindo, pois, a reprimenda relativa a infração penal por ele cometida.

De um outro lado, há quem afirme que o juiz deve analisar a co-culpabilidade dentro das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal²³. A partir dessa concepção, a coculpabilidade seria observada no momento em que magistrado realizaria a análise das oportunidades sociais tidas pelo agente, influenciando na majoração da pena-base dentro dos limites mínimos e máximos previstos no preceito secundário do tipo imputado ao réu. Esta

¹⁹ MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*, v. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 163

²⁰ GRECO, Rogério. *Cursos de Direito Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 455.

²¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2017. "Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]".

²² GRECO, op.cit., p. 455.

²³ BRASIL, op. cit., nota 17. "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. [...]".



hipótese é criticada por Grégoire Moura²⁴, pois ele assevera que reconhecer a culpabilidade como circunstância judicial não traria grandes modificações quando a pena-base for fixada no mínimo legal.

Importa frisar que as posições supracitadas apesar de já merecerem as devidas congratulações por inserirem esse princípio de suma importância à aplicação da pena, não serão adotadas neste trabalho, uma vez que sofreriam limites intransponíveis, quais sejam a impossibilidade de diminuição aquém do mínimo legal da pena²⁵. Não raras vezes, a realidade apresenta situações concretas em que a pena mínima obtida no processo judicial de individualização da sanção penal ainda parece ser excessiva.

Por essa razão e pelas abordadas a seguir, tal pesquisa pretende a abordagem dentro da análise da culpabilidade, mais precisamente quando da análise da inexigibilidade de conduta diversa²⁶, possibilitando ao juiz a utilização desta causa supralegal da exclusão da culpabilidade, quando o cometimento do crime está intimamente ligado à injustiça social vivida pelo agente.

Não há como sequer comparar o grau de reprovabilidade da conduta criminosa de um indivíduo que durante toda a vida foi agraciado com as mais diversas oportunidades – que na sociedade brasileira, infelizmente, se apresentam como sinônimo de privilégios – com a conduta criminosa de um outro indivíduo que sequer teve acesso ao mínimo existencial. Por óbvio, que este último tem maior propensão em cometer crimes, não só para adquirir aquilo que lhe falta, mas também para se sentir inserido no meio social, em que o “ter” tem mais validade que o “ser”, influenciado pelo sistema capitalista adotado.

Como forma de exemplificar, é razoável esperar de um negro, morador de favela, que teve de trabalhar desde criança, não podendo frequentar sequer a escola, pois, desde cedo teve que buscar seu alimento e de sua família o mesmo que se espera de alguém, branco, que sempre viveu na zona sul do Rio de Janeiro, tendo acesso às melhores instituições de educação, além de alimentação de qualidade, vestuário etc.? Por óbvio que o Estado não pode

²⁴ MOURA, Grégoire Moreira de. *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: DFPárida, 2014, p. 141.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 331*. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ctms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSomada&pagina=somada_701_800>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁶ MASSON, op., cit., p. 485. A exigibilidade de conduta diversa é o elemento da culpabilidade consistente na expectativa da sociedade acerca da prática de uma conduta diversa daquela que foi deliberadamente adotada pelo autor de um fato típico e ilícito. Em síntese, é necessário que o crime não cometido em circunstâncias normais, isto é, o agente podia comportar-se em conformidade com o Direito, mas preferiu violar a lei penal. Destarte, quando o caso concreto indicar a prática da infração penal em decorrência de inexigibilidade de conduta diversa, estará excluída a culpabilidade, pela ausência de um dos seus elementos.

exigir de ambos o mesmo, posto que, se o fizesse a par de estar observando a igualdade formal, estaria violando a igualdade substancial.

Ilustrando a supramencionada situação, seria como que se em uma corrida os indivíduos tivessem pontos de partida extremamente díspares, além do mais, o que está no ponto mais próximo da linha de chegada possuísse tênis com uma tecnologia invejável e o que está mais distante da linha de chegada corresse descalço. Será que as chances de vitória dos indivíduos seriam as mesmas? Será que poderiam ser feitas as mesmas exigências de desempenho aos dois?

Por óbvio que a possibilidade de vitória daquele menos equipado e mais distante não é nula, mas a hipótese dele não ganhar já é esperada, pois as circunstâncias não o favorecem. Exportando tal conclusão para o âmbito do direito criminal, soa evidente que os indivíduos alvos de descaso do Estado têm mais chance de sucumbirem às práticas criminosas, não podendo o Estado se eximir de sua culpa por seu comportamento omissivo.

Frisa-se que tal pesquisa não visa consagrar a impunidade e desacreditar o direito penal brasileiro, mas apenas salientar aos juízes criminais, responsáveis pela elaboração do decreto condenatório e de sua dosimetria que, caso se deparem com a situação em que o acusado cometeu o delito por fatores a ele externos, relacionados com a realidade em que vive, onde sua dignidade reste ameaçada, entendam que a mera aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal ou de circunstância judicial favorável do artigo 59 também do Código Penal não será suficiente para o cumprimento do objetivo respaldado na CF de diminuição da marginalização e realização da justiça social.

Pelo exposto, deve o juiz criminal, no momento da análise da culpabilidade como elemento do crime, afastar por completo a reprovabilidade daquela conduta, deixando de aplicar a pena em virtude da caracterização da inexigibilidade de conduta diversa, e assim realizar uma compensação das culpas do indivíduo e do Estado na ocorrência do crime.

Dessa maneira, reconhecendo o Estado-juiz que aquele sentenciado não teve acesso aos direitos sociais consagrados na Constituição da República que lhe assegurariam a dignidade que deve permear a vivência da pessoa humana, não aplicar a pena, posto que há apenas fato típico e ilícito, porém carente de culpabilidade.

Por óbvio, que a opção que mais observaria a co-culpabilidade sem atrelá-la à impunidade seria através da criação de uma causa de diminuição de pena na parte geral do Código Penal, posto que sua análise e aplicação na terceira etapa de aplicação da pena não seria obstada pela observância do mínimo de pena disposto no tipo penal incriminador. Neste diapasão, superaria as mazelas das correntes que entendem pela análise da coculpabilidade



como circunstância judicial do artigo 59 do CP ou como atenuante genérica do artigo 66 do CP. Ademais, não haveria exclusão total da culpabilidade do agente em todas as hipóteses, mas somente naquelas em que a omissão estatal de forma precípua provocara o crime.

No entanto, não tendo o Legislativo dentro de sua competência reformadora incluído a co-culpabilidade como causa de diminuição de pena da parte geral do Código Penal, uma interpretação favorável ao apenado que não teve acesso aos direitos sociais mínimos é a não aplicação da pena ante a hipótese de ser levado aos campos de concentração brasileiros em virtude do comportamento omissivo do Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a necessidade de aplicação do princípio da co-culpabilidade pelos tribunais pátrios como forma de uma maior concretização do princípio da individualização da pena, consagrado no artigo 5º, da CRFB/88.

Como visto no decorrer desta pesquisa, a atual situação caótica vivida pelo sistema carcerário brasileiro nos direciona a estudá-lo de forma a conhecer a população carcerária com o escopo de revivificar o caráter ressocializador que a pena tem – ou deveria ter – dentro do processo de sua execução no Brasil.

Curioso, portanto, que conforme estudos realizados a sanção criminal tem se dirigido àqueles que são fruto do descaso do aparato estatal, quais sejam, os negros, os pobres, os que não tiveram acesso à educação em nível fundamental etc. Isto denota que aquele mesmo Estado que cerceia o acesso ao mínimo existencial, que não cumpre seu papel, exige de forma extremamente onerosa daqueles já penalizados por sua omissão.

A pena, portanto, ao invés de se apresentar como um instrumento de ressocialização, apenas penaliza novamente a pobreza, a raça, estigmatizando-as e marginalizando de forma ainda mais evidente.

Essa pesquisa encontra, portanto, no princípio da co-culpabilidade, o mecanismo necessário por trazer à tona a responsabilidade do Estado no que tange as práticas delituosas desses indivíduos carecedores de políticas de inclusão e concretizar a sua corresponsabilidade a ponto de mitigar o juízo de reprovabilidade da conduta destes indivíduos e concretizar o princípio da individualização da pena.



O supracitado mecanismo, porém, não apresenta positividade expressa no ordenamento jurídico, sendo também rechaçado pelos Tribunais Superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, posto que se serviria como uma justificativa para a impunidade.

No entanto, é cediço que as nossas cortes são, em sua maioria, compostas por indivíduos que sempre tiveram acesso à serviços de qualidade, estudaram nos melhores colégios e universidades ou, pelo menos, sempre tiveram acesso a saneamento básico ou nunca andaram nas ruas com medo de abordagens policiais em virtude de seu tom de pele. A empatia, quanto à temática aqui abordada, infelizmente, não é suficiente. É preciso conhecer e se sensibilizar com aqueles que se encontram a margem da proteção do Estado.

Por tal razão, a única possibilidade observadora dos postulados da justiça social, da individualização da pena e, mormente, da dignidade da pessoa humana é o afastamento do juízo de reprobção da conduta criminosa daquele que, em virtude da omissão do Estado em prover seus direitos mais básicos, encontrou no crime a única possibilidade de prover suas necessidades e de ascender socialmente, posto que lhe era inexigível conduta diversa.

REFERÊNCIAS

ABELIN, Gabriel. *Co-culpabilidade como (única) fórmula dogmática de contenção do poder punitivo*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/03/co-culpabilidade-como-unica-formula-dogmatica-de-contencao-do-poder-punitivo/>. Acesso em: 05 mai. 2017.

ALMEIDA, Rodolfo; MARIANI, Daniel. *Qual o perfil da população carcerária brasileira*. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria-brasileira>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Editora Revan, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07 mar. 2016.

_____. *Decreto-Lei n. 3.869, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Projeto de Lei no 3.473/2000, de 27 de setembro de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projeto/PL/2000/msg1107-00.htm. Acesso em: 19. Jul. 2017.



- COSTA JR., Paulo José da.** *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERNANDES, Antônio Scaranze.** *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Rogério.** *Curso de Direito Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno.** *Co-culpabilidade: a responsabilidade da sociedade pelo injusto*. ed. AJURIS. Rio Grande do Sul: Revista da AJURIS, 2000, n. 79.
- LOPES JR., Aury.** *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney.** *O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011.
- MASSON, Cleber Rogério.** *Direito Penal Esquemático*. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Direito penal: parte geral*, v. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.** *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOURA, Grégoire Moreira de.** *Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código de Processo Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos.** *A moderna teoria do fato punível*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique.** *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 7.ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FATOR DE PRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO PROVOCADO POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

João Ramos Netto

Bacharel em direito pelo Centro
Universitário Moacyr Sreder Bastos.
Advogado.

Resumo – O objetivo principal deste trabalho consiste na análise dos efeitos prejudiciais ensejados pela fundamentação incompleta de uma decisão judicial, sobretudo em relação ao prequestionamento necessário aos recursos especial e extraordinário. Conforme será demonstrado com análise da lei, doutrina e jurisprudência, o atual cenário de fundamentação das decisões judiciais obriga a parte recorrente a provocar o prequestionamento por meio de embargos de declaração, o que causa morosidade e insegurança jurídica recursal. Assim, será analisada a viabilidade de as decisões judiciais mencionarem de forma expressa o dispositivo legal ou constitucional aplicável ao caso concreto, com vista a tornar dispensável a provocação do prequestionamento pela parte recorrente. Destarte, se os magistrados colocarem expressamente nas decisões judiciais os dispositivos legais ou constitucionais aplicáveis ao caso, haverá desnecessidade de interposição de embargos de declaração com fim de prequestionamento, o que trará maior segurança jurídica ao recorrente.

Palavras-chave – Fundamentação. Prequestionamento. Provocação

Síntese – Introdução. 1. Da necessidade de observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil. 2. A completa fundamentação da decisão judicial como fator de segurança jurídica ao recorrente. 3. A necessidade do prequestionamento nos recursos extremos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil como requisito de afastamento da imprescindibilidade de interposição de embargos de declaração com fim de prequestionar a matéria federal ou constitucional supostamente violada pelo Tribunal de origem. Busca-se elucidar que fundamentações de decisões judiciais detentoras dos pressupostos do artigo 489 do Código de Processo Civil já tornam prequestionada a matéria federal ou constitucional incidente na demanda, contribuindo para a duração razoável do processo prevista no artigo 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, bem como para a segurança jurídica do recorrente.

Para esse fim, serão aventadas as posições jurisprudenciais e doutrinárias concernentes ao tema, com fito de discutir a função do prequestionamento, a necessidade deste no ordenamento jurídico recursal, bem como a presença dos requisitos insculpidos na decisão recorrida capazes de afastar a provocação daquele por meio de embargos de declaração.



O prequestionamento como requisito específico de admissibilidade dos apelos extraordinários dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal só passou a ser previsto expressamente no ordenamento jurídico pátrio, após a Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Civil de 2015, conforme artigo 1.025 do vigente diploma adjetivo civil. Entretanto, a jurisprudência dos tribunais superiores já o admitia na vigência do revogado Código de Processo Civil de 1973. Nessa esteira, considera-se prequestionada a matéria se o acórdão recorrido ventilar expressamente a questão federal ou constitucional objeto do recurso, sob pena de inadmissibilidade deste pelos tribunais superiores. Se o tribunal de origem não apreciar a questão federal ou constitucional, o recorrente se vê compelido a interpor embargos de declaração com vista a suprir a omissão no acórdão combatido, porquanto não o fazendo, não terá conhecido seu recurso pelos tribunais superiores.

O artigo 489 do código de processo civil trouxe requisitos imprescindíveis às fundamentações das decisões judiciais, de modo que a observância deles incorrerá na desnecessidade de provocação do prequestionamento por meio de embargos de declaração. O problema é que, ainda hoje, muitas das decisões judiciais não observam ditos requisitos, trazendo morosidade ao processo e insegurança jurídica ao recorrente, pelo que a presente pesquisa buscará demonstrar a necessidade de observância a tais pressupostos legais.

Inicia-se o primeiro capítulo com a demonstração de que a observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil dispensará a imprescindibilidade de interpor embargos de declaração para prequestionar a matéria federal ou constitucional supostamente violada.

No segundo capítulo será demonstrada que a observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil trará segurança jurídica ao recorrente no que tange à admissibilidade de seus recursos pelos tribunais superiores.

Já no terceiro capítulo será elucidado que o prequestionamento é absolutamente necessário, mesmo diante da máxima do *intra novit curias*.

A pesquisa se desenvolverá pelo método hipotético dedutivo, eis que o pesquisador apontará diversas hipóteses, que acredita serem aptas a analisar o objeto da pesquisa, colimado na adoção ou rejeição delas por meio de argumentos.

A abordagem do objeto da pesquisa se fará por meio de legislação, doutrina e jurisprudência, e, portanto, de forma qualitativa, com fim de demonstrar a tese esposada.



1. DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo do advento do artigo 1.025 do código de processo civil de 2015¹, já firmavam entendimento no sentido de que os recursos extraordinários e especiais que lhe fossem dirigidos, respectivamente, necessitavam do requisito do prequestionamento, ou seja, o enfrentamento expresso, pelos tribunais de origem, da questão constitucional ou federal supostamente violada, dando azo, inclusive, ao enunciado n.º 356 da súmula do STF², e verbete n.º 211 do repertório sumular do STJ³. Dessa forma, conforme vaticina Araken de Assis⁴, o requisito do prequestionamento passou a ser considerado pressuposto de admissibilidade dos apelos extremos. Assim, se o tribunal de origem não se manifestar de forma expressa acerca da questão constitucional ou federal alegadamente infringida, a parte vencida, para interpor recurso extremo vocacionado às cortes superiores, necessita opor embargos de declaração com fim de prequestionamento, pleiteando à câmara ou turma que proferiu o acórdão (ou juiz de direito na hipótese do artigo 34 da lei 6.830/80⁵), que supra a omissão, e, desta forma, torne a matéria prequestionada.

O código de processo civil de 2015⁶, com o escopo de uniformizar o caráter escoreito das decisões judiciais, sobretudo sentenças e acórdãos, trouxe, em seu artigo 489, §1.º, requisitos negativos, ou seja, aqueles diametralmente vedados na fundamentação dos decisórios judiciais, sob pena de estes não se inquinarem fundamentados. Alexandre Freitas Câmara⁷ aduz que, diante da ordem constitucional vigente, estes requisitos negativos sempre foram obrigatórios, de modo que encerram um roteiro mínimo para a fundamentação; mas,

¹BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 356. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listafurisprudencia.asp?x1=356;NUMB.%20INAC%20S.FLSV.&ba se=baseSumulas>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 211. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁴ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed., rev., atual. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 645.

⁵BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de set. de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

⁶BRASIL. *op.cit.*, nota 1.

⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 276.



diante do seu frequente descumprimento em muitos julgados, dito dispositivo legal se qualifica profícuo.

O problema é que, mesmo diante do advento do artigo 489, §1.º, do Código de Processo Civil⁸, muitas decisões judiciais permanecem a não observá-lo, gerando, ainda, a necessidade de o recorrente interpor embargos de declaração com fim de prequestionar a matéria constitucional ou federal objeto de não enfrentamento expresse, tornando inócua, pois, o novel dispositivo legal em tela. O Superior Tribunal de Justiça⁹, mesmo após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, proferiu decisão no sentido de que o dispositivo legal ora ventilado não acarretou necessidade de modificação das decisões judiciais; interpretação que traduz claro esvaziamento da norma legal.

Em razão de a necessidade do prequestionamento decorrer implicitamente da atual Carta Política Republicana, os tribunais superiores possuem interpretações diferentes acerca de sua observância. Kele Serafin¹⁰ explica a diferença entre prequestionamento implícito e explícito no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores. Para o Superior Tribunal de Justiça, prequestionamento implícito é aquele em que a decisão recorrida, embora não mencione expressamente o texto legal violado, enfrenta a matéria albergada por ele, o que, para aludida corte de justiça, é suficiente à admissibilidade do recurso especial. Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, somente se admite o prequestionamento explícito, o qual, conforme entendimento deste tribunal constitucional, possui o mesmo sentido do conceito de prequestionamento implícito para o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, não necessita de menção literal aos dispositivos legais ou constitucionais violados.

O artigo 1.025 do Código de Processo Civil¹¹ reforçou o prequestionamento implícito, considerando prequestionada a matéria invocada nos embargos de declaração, ainda que estes sejam inadmitidos ou rejeitados. Entretanto, mesmo com a edificação desse dispositivo legal, o reconhecimento da observância do prequestionamento ainda se aloca na esfera de extrema subjetividade dos julgadores integrantes dos tribunais de superposição, porquanto fica ao arbítrio deles vislumbrar a existência de enfrentamento, pelo tribunal de origem, da matéria

⁸BRASIL. *op.cit.*, nota 1.

⁹_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS 21315/DF*. Relatora: Ministra Dina Malerbi (Desembargadora TRF 3.ª Região) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61426619&num_registro=201402570569&data=20160615&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹⁰SERAFIN, Kele. *O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário*. Disponível em: <<https://keleserafin.jusbrasil.com.br/artigos/260402083/o-prequestionamento-nos-recursos-especial-e-extraordinario>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

¹¹BRASIL. *op.cit.*, nota 1.



constitucional ou federal supostamente violada, de modo que, ante a volumosa quantidade de processos que sobem às instâncias superiores, os filtros de admissibilidade tendem a se tornar mais rígidos, e a subjetividade dos julgadores mais tendente à inadmissibilidade dos apelos extremos.

Para evitar a submissão do prequestionamento à análise subjetiva dos tribunais superiores, é essencial que as decisões judiciais em sentido amplo (sentenças e acórdãos) proferidas pelo tribunal de origem se manifestem expressamente sobre a questão constitucional ou federal invocada pela parte, ou seja, apontar em citada decisão, de forma literal, o dispositivo legal ou constitucional invocado pela parte, acrescentando argumentos interpretativos sobre eles. Consoante de ampla sabença, o texto legal é a moldura da atividade interpretativa, de forma que é essencial sua menção, na esfera do ordenamento positivo brasileiro, no qual a norma legal ainda é fonte primária do direito, conforme artigo 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹².

A indicação da norma legal nas decisões, aliada aos argumentos jurídicos valorativos, cumpre os requisitos apregoados pelo artigo 489, §1.º, do Código de Processo Civil¹³, trazendo, assim, desnecessidade da interposição de embargos de declaração para prequestionar as questões constitucionais ou federais supostamente infringidas, porquanto já explicitamente debatido e julgado no acórdão ou sentença. Nesse norte, pode-se afirmar que o cumprimento satisfatório ao citado dispositivo legal constante da Lei Adjetiva Civil extinguirá a imprescindibilidade da interposição de embargos de declaração com fim de prequestionamento, o que contribuirá tanto para a base argumentativa do recurso (porquanto o recurso se baseia justamente na possibilidade de reforma da substância da fundamentação judicial), quanto para a celeridade processual, eis que ao revés de quase um ano para resposta do embargado e dia para julgamento dos embargos de declaração, o tribunal de origem já direcionaria o recurso extraordinário e especial ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, o que contribuiria, pois, à observância do mandamento constitucional da duração razoável do processo (art. 5.º, inciso LXXVIII da CRFB/88¹⁴). Vale dizer que o poder judiciário deve sempre buscar mecanismos para demover a morosidade, sob pena de tornar inócua, na esfera da vida do jurisdicionado, a almejada decisão judicial.

¹²BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

¹³BRASIL. *op.cit.*, nota 1.

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.



2. A COMPLETA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO FATOR DE SEGURANÇA JURÍDICA AO RECORRENTE

A segurança jurídica, conforme lição de Nelson Nery Junior¹⁵, assume tamanha relevância no cenário jurídico brasileiro que, na hipótese de conflito entre a justiça da sentença e a segurança das relações sociais e jurídicas, o sistema constitucional brasileiro opta pelo valor segurança, em sacrifício à justiça.

A segurança jurídica, pois, atua em todos os institutos do processo civil, o que abarca, obviamente, o sistema recursal. A parte que maneja o recurso apropriado para buscar a reforma da decisão contrária aos seus interesses, o faz ancorada em regras legais e jurisprudenciais moldadoras, principalmente, da admissibilidade do pleito recursal. Assim, atenta contra a segurança jurídica recursal, decisões que inadmitem o recurso com base em inovações inexistentes até então no cenário jurídico.

Não somente a decisão que inadmite o recurso com base em inovações contribui para a insegurança jurídica, mas também ofende a segurança jurídica aquela decisão recorrida carente de completa fundamentação. Nessa linha, o artigo 489, §1.º, inciso I do Código de Processo Civil¹⁶ elucida que não será conferida qualidade de fundamentada à decisão judicial em sentido amplo (sentença, decisão interlocutória ou acórdão) que se limitar a reproduzir texto normativo sem indicação da relação deste com a causa decidida.

Depreende-se que o Código de Processo Civil exige que todas as decisões judiciais mencionem o texto normativo balizador da matéria objeto do julgamento. Logo, se o julgador manifesta seu convencimento sem mencionar a norma legal específica do caso, inexistirá decisão fundamentada. Conforme vaticina Nelson Nery Junior¹⁷: “Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira.” Desta forma, as razões de direito abrangem a necessidade de aporte do texto legal pertinente.

Em relação aos recursos especial e extraordinário dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente, a menção ao texto legal na decisão recorrida assume especial importância em relação à segurança jurídica no prequestionamento.

¹⁵NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁶BRASIL. *op.cit.*, nota 1.

¹⁷NERY JUNIOR, *op.cit.*, p. 291.

Na hipótese de a decisão judicial combatida por meio dos recursos extremos for omissa quanto ao texto legal afeto ao caso, a segurança jurídica recursal restará bastante prejudicada, porquanto o recorrente deverá opor embargos de declaração com fito de prequestionamento, no afã de que o tribunal de origem supra a omissão e, por conseguinte, se manifeste expressamente sobre a norma constitucional ou infraconstitucional pertinente.

A segurança jurídica recursal, pois, não é suficientemente cumprida em caso de permanecer dúvida sobre a existência ou não de manifestação atinente ao texto legal supostamente violado, porquanto o cumprimento do requisito específico de admissibilidade consistente no prequestionamento se submeterá à discricionariedade do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁸ aduziu a necessidade de o tribunal de origem emitir juízo de valor acerca do dispositivo legal supostamente violado, de modo que se não o fizer, não há se falar nem mesmo em prequestionamento implícito. Logo, a decisão judicial alheia aos requisitos do Código de Processo Civil obstará o pleno exercício do direito à ampla defesa pelas partes.

Apesar da atenção dada à segurança recursal pelo legislador da lei 13.105/2015 (art. 1.025)¹⁹, considerando prequestionados os elementos invocados pelo recorrente nos embargos de declaração, ainda que o acórdão o inadmita ou rejeite; a parte que maneja o recurso especial ou extraordinário se vê compelida a interpor em 5 (cinco) dias embargos de declaração em razão de o acórdão recorrido apresentar omissão acerca da matéria legal ou constitucional afeta ao caso. Assim, em verdade, a admissibilidade dos recursos extremos permanece na dependência de provocação da parte, quando isso poderia ser evitado se houvesse, na decisão objeto da interposição, expressa menção ao texto legal ou constitucional regulador da lide em concreto.

A razoável duração do processo restou erigida a norma de cunho constitucional pela Emenda Constitucional n.º 45/2004²⁰, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, os meios que garantam celeridade na tramitação dos processos.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 985843/SP*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: <<https://trw2.stj.jus.br/websercstj/cgi/revista/REI.cgi/ATC?seq=72889778&tipo=51®=201602471811&SeqCpmaSessao=&CodOrgaoJgr=&bk=20170626&formato=PDF&ambor=false>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

¹⁹BRASIL. *op.cit.*, nota 1.

²⁰BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 45/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1>. Acesso em: 07 de set. 2017.



A ausência de menção expressa ao dispositivo legal ou constitucional no acórdão recorrido contribui sobremaneira para a inobservância do direito à razoável duração do processo. Segundo Rodolfo Hartmann²¹, o processo se qualifica o instrumento da jurisdição. Nessa linha, o processo deve entregar ao jurisdicionado o direito vindicado de forma célere, sob pena de tornar inócuo o provimento quando do trânsito em julgado.

A necessidade de a parte recorrente interpor embargos de declaração com intuito de prequestionar a matéria infraconstitucional ou constitucional não enfrentadas na decisão recorrida contribui para a morosidade judicial. Ao contrário do que parece, não é a parte recorrente que provoca a lentidão do processo, mas sim o provimento judicial omissivo.

A Constituição Federal, no art. 5.º, inciso LV²², trouxe à lume o direito fundamental à ampla defesa. Nessa linha, é direito do jurisdicionado esgotar os meios recursais previstos em lei. Esse esgotamento dos meios recursais não traduz meramente a necessidade de o pleito recursal adentrar no tribunal *ad quem*, mas sim a efetiva apreciação da peça de interposição por parte deste, o que cimenta o denominado contraditório efetivo.

Diante dos direitos fundamentais à ampla defesa e à razoável duração do processo, cabe ao poder judiciário o dever de primar pela celeridade processual com a conjugação destes direitos amalgamados pelo texto constitucional.

Depreende-se, pois, que a indicação expressa, na decisão recorrida, do texto infraconstitucional ou constitucional vinculado ao caso contribuirá diametralmente para cumprimento da celeridade processual, porquanto a parte que deseja recorrer não precisará interpor embargos de declaração com âmbito de prequestionar, o que poupará meses de paralisação do processo. Ademais, geralmente o tribunal de origem, ao julgar aludidos embargos de declaração, não os acolhe²³. Logo, ditos embargos de declaração só servem para cumprir o requisito formal do prequestionamento, porquanto nem mesmo com a sua interposição, o tribunal de origem expressa a norma legal ou constitucional objeto da lide.

Nota-se, assim, que a expressa manifestação, na decisão recorrida, do texto constitucional ou infraconstitucional regulador do caso trará segurança jurídica recursal.

²¹HARTMANN, Rodolfo Kromberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. até 27 de janeiro de 2016 – Niterói: Impetus, 2016, p. 94.

²²BRASIL. *op.cit.*, nota 14.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n.º 0020036-13.2009.8.19.0206. Relator: Relator: Desembargador Lúcio Dourado. Disponível em: <<http://www4.tjrrj.jus.br/ajud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500140545>>. Acesso em: 07 set. 2017.



3. A NECESSIDADE DO PREQUESTIONAMENTO NOS RECURSOS EXTREMOS

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, na esteira dos artigos 102, inciso III e 105, inciso III da Constituição Federal²⁴, são exclusivamente competentes para o julgamento dos recursos especial e extraordinário, respectivamente.

Ao outorgar aos tribunais superiores a função de conhecer dos recursos extremos, o legislador constituinte previu a importância nacional das matérias instrumentalizadas processualmente por meio destes. Logo, somente as mais elevadas cortes do país possuem o aparato necessário ao julgamento do recurso especial e extraordinário.

Por concentrarem os apelos extremos advindos de todos os tribunais do país, não haveria viabilidade de as citadas cortes superiores suportarem o insustentável volume de pleitos de instigação, e, por conseguinte, julgá-los de forma acurada.

O Superior Tribunal de Justiça²⁵ e o Supremo Tribunal Federal²⁶, assim, criaram enunciados de súmulas no sentido de que as matérias infraconstitucionais e constitucionais devem ser analisadas pelas sentenças ou acórdãos dos tribunais de origem, sob pena de ausência de requisito específico de admissibilidade recursal, qual seja, o prequestionamento. Conforme escólio de Araken de Assis²⁷, o prequestionamento consiste na necessidade de que na decisão do tribunal de origem haja expressa e motivada menção à questão jurídica em baila, preferencialmente com indicação do dispositivo da lei federal, e, obviamente, da questão constitucional reguladora da matéria de fundo.

Nota-se, pois, que a razão de criação do prequestionamento foi a possibilidade de melhor apreciação das matérias relevantes por parte dos tribunais superiores, assim como a análise direcionada objetivamente à questão unicamente de direito submetida ao crivo dos citados tribunais de superposição. Evita-se, assim, que as cortes superiores tenham de procurar as questões federais e constitucionais que constituem o ponto de instigação da parte recorrente. Se o prequestionamento não existisse, além da excessiva demora no julgamento dos recursos extremos, provavelmente a análise não seria de forma completa, enquanto nem sempre o tribunal superior focaria na questão desejada pela parte recorrente.

²⁴BRASIL. *op.cit.*, nota 14.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 211*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 156*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁷ASSIS, Araken de. *Manuais dos Recursos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.



Na esteira do ensinamento de Alexandre Câmara²⁸, vigora no direito brasileiro o sistema da taxatividade recursal, ou seja, somente são considerados recursos aqueles expressamente previsto em lei. Destarte, a parte que intente recorrer ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal com vista a discutir questões unicamente de direito infraconstitucional e constitucional, somente poderá fazê-lo por meio de recurso especial e extraordinário.

Não seria viável que os tribunais superiores procurassem os pontos insculpidos na lei federal e na Constituição Federal afetos ao caso submetido à sua análise, uma vez que as causas edificadas por essas espécies recursais se qualificam de alta complexidade, de modo que uma avaliação acurada exige a eleição prévia daquilo que encerra o ponto nevrálgico do inconformismo do recorrente.

O prequestionamento assumiu tanta importância no ordenamento recursal brasileiro, que o novo Código de Processo Civil²⁹, ao contrário do anterior, trouxe de forma expressa no art. 1.025, a necessidade de prévio debate e julgamento, pelo tribunal de origem, das questões de lei federal e constitucional aplicáveis ao caso sob testilha.

Com efeito, o prequestionamento contribui sobremaneira para a celeridade processual, porquanto a indicação anterior dos dispositivos violados faz com o tribunal superior julgue a matéria muito mais rapidamente do que o faria. Logo, o prequestionamento contribui para o princípio da duração razoável do processo do art. 5.º, inciso LXXVIII da Carta Política Republicana³⁰. Nesse norte, um julgamento célere ajuda a coibir a perda do interesse do direito buscado pela parte em razão de um édito tardio.

Além de celeridade, o prequestionamento permite efetivamente a possibilidade de cumprimento do contraditório, o qual, conforme lição de Rodolfo Hartmann³¹, não consiste tão somente no direito de ser ouvido, mas também na prerrogativa inafastável de vivenciar a consideração efetiva de suas manifestações para o convencimento do julgador, ou seja, de vislumbrar no caso concreto a aferição de suas alegações, e não só o direito de se manifestar de forma vazia no processo. Nessa trada, o prequestionamento possibilita que os tribunais superiores, ao analisarem o recurso, debruçam-se de forma acurada na alegação do recorrente.

²⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 490.

²⁹BRASIL. *op.cit.*, nota 1.

³⁰BRASIL. *op.cit.*, nota 14.

³¹HARTMANN, *op.cit.*, p. 17.

É, pois, imprescindível a existência do prequestionamento dos recursos especiais e extraordinários dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal de Justiça, respectivamente. Todavia, esta necessidade do prequestionamento não denota a obrigatoriedade de a parte recorrente provocar o tribunal de origem por meio de embargos de declaração, sob pena de tornar sem sentido a celeridade e actuidade pretendidos pelo instituto do prequestionamento, haja vista a demora para a juntada e julgamento dos embargos de declaração.

Ao Tribunal de origem, assim, diante de uma interpretação sistemática dos princípios do contraditório e da celeridade processual, incumbe o dever de alocar na fundamentação da decisão, os dispositivos infraconstitucionais e constitucionais afetos ao caso, o que resultaria na presença do prequestionamento sem necessidade de provocação pela parte recorrente.

Verifica-se na prática cotidiana, porém, inobservância desse dever por parte dos tribunais de origem, incorrendo em grave insegurança jurídica aos recorrentes, uma vez que, mesmo com a interposição de embargos de declaração com fim de prequestionamento, os tribunais superiores, em muitas ocasiões, entendem inexistente o requisito do prequestionamento³².

Extrai-se, pois, que a decisão fundamentada de forma parca contribui de forma vixaz para o esvaziamento do instituto do prequestionamento, além de vergastar o princípio do contraditório, porquanto força o tribunal superior a rejeitar o recurso extremo de forma liminar, ante a inobservância do prequestionamento.

Não é culpa da parte recorrente a inobservância do requisito do prequestionamento, mas sim da decisão do tribunal de origem, que não menciona de forma expressa a norma infraconstitucional e constitucional aplicável ao caso, ceifando de forma inspeável a possibilidade de efetiva apreciação da matéria de fundo dos recursos extremos.

Apesar da existência do princípio do *intra novit casitas* (o juiz conhece a lei), o prequestionamento é necessário à análise da questão de direito levada aos tribunais superiores, uma vez que o conhecimento da lei não obriga os tribunais de superposição a procurá-la diante da omissão (provocada pela decisão incompleta do tribunal de origem) no caso concreto. O artigo 1.025, do Código de Processo Civil³³ adveio justamente para assegurar à parte recorrente segurança jurídica.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 1519664/ES. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75523180&num_registro=201401488165&data=20170922&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 24 set. 2017.

³³BRASIL. op.cit., nota 1.



CONCLUSÃO

As decisões judiciais, na esteira do art. 489, §1.º do Código de Processo Civil, devem estar investidas de uma completa fundamentação. Não basta, pois, mera narrativa dos fatos invocados pelas partes, mas, sobretudo, subsumção deles à norma aplicável.

A fundamentação parca de uma decisão judicial contribui, assim, para extrema dificuldade de a parte interpor um recurso, porquanto os argumentos de instigação buscam demonstrar dissonância da sentença ou acórdão com o direito aplicável. Desta forma, nos casos em que a decisão judicial não se qualifica fundamentada de forma curada, é até difícil demonstrar eventuais erros jurídicos ao órgão revisor.

A extrema dificuldade trazida pela fundamentação esmorecida substancialmente também gera efeitos no prequestionamento da questão federal ou constitucional necessária ao conhecimento do pleito recursal nos tribunais superiores. Ao verificar a falta de indicação ou aferição do dispositivo aplicável ao caso concreto, a parte necessita interpor embargos de declaração como fim de que o tribunal de origem supuna dita omissão. Vale dizer que o prazo dos embargos de declaração é de 5 (cinco) dias, conforme regra do art. 1.023 do Código de Processo Civil. Logo, em verdade, a parte dispõe de tão somente cinco dias para provocar o prequestionamento, o que traduz até mesmo ofensa ao postulado da ampla defesa.

Importante trazer à baila que a provocação do prequestionamento pela parte recorrente não lhe assegura o conhecimento do recurso pelo tribunal superior, porquanto em muitas ocasiões, mesmo com a provocação, o tribunal de origem se manifesta no sentido de que inexistente omissão, quando esta, em verdade, é flagrante. Destarte, diante da permanência da omissão, o tribunal superior entende inexistir prequestionamento, o que enseja a não apreciação da matéria de fundo pretendida pelo recorrente.

Diante do atual quadro, que infelizmente não foi alterado com o advento do art. 1.025 do Código de Processo Civil, é imprescindível que os tribunais de origem mencionem o dispositivo legal ou constitucional em suas decisões, sob pena de manter o quadro de insegurança jurídica recursal vigente. Nunca é perdulário lembrar que o ordenamento jurídico atual ainda privilegia a ampla defesa e o efetivo contraditório, de modo que a criação de filtros (ainda que em decorrência de omissão na decisão judicial) com vista à inadmissibilidade recursal fere aludidos princípios de índole constitucional. O processo também é meio de garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 276.

BRASIL, SERAFIN, Kele. *O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário*. Disponível em: <<https://keleserafin.jusbrasil.com.br/artigos/260402083/o-prequestionamento-nos-recursos-especial-e-extraordinario>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. até 27 de janeiro de 2016 – Niterói, RJ: Impetus, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. *Lei n. 6.830, de 22 de set. de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. *Emenda Constitucional n.º 45/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 356*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356%20NOME.%20NAO%20FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 211*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/elettronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS n.º 21315/DF*. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora TRF 3.ª Região) Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61426619&num_registro=201402570569&data=20160615&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 02 abr. 2017.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 985845/SP*. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=72889778&tipo=51®=201602471811&SeqCymaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20170626&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n.º 0020036-13.2009.8.19.0206*. Relator: Relator: Desembargador Lúcio Durante. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500140545>>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1519664/RS*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75523180&num_registro=201401488166&data=20170922&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 24 set. 2017.

A POSIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO PRIMEIRO TRATADO APROVADO SOB O RITO DO ART. 5º, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA)

José Luís da Silva Tavares

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF).

Resumo – A problemática referente à internalização dos tratados internacionais não é atual; ao contrário: o debate entre as correntes monista e dualista é de longa data. A polêmica se torna maior em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, a pesquisa delimita o seu objeto no processo de incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado internacional de direitos humanos, ratificado pelo Brasil, o qual deu origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São desenvolvidas, igualmente, questões ligadas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir da jurisprudência do STF.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sumário – Introdução. 1. As fases de internalização de um Tratado Internacional na ordem jurídica brasileira a partir da jurisprudência do STF e da doutrina: convergências e divergências. 2. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: supraconstitucionalidade, constitucionalidade ou supnalegalidade? 3. Breve análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15): repercussões do *novel* diploma no ordenamento jurídico nacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objeto de estudo a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, com foco na internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é o primeiro tratado internacional aprovado na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

Buscar-se-á compreender como se dá o processo de incorporação de um tratado internacional ratificado pelo Brasil, indagando-se sobre a necessidade (ou não) de formalidades essenciais.



Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os atos internacionais não têm aplicabilidade imediata e nem produzem efeitos diretos no Brasil. Assim, a ratificação de um tratado ou convenção internacional pelo Brasil não é apta, *per se*, a produzir efeitos imediatos na ordem jurídica interna, sendo imprescindível a observância de solenidades específicas.

É objeto da investigação, ainda, a real posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos dentro da ordem jurídica brasileira: seriam normas supraconstitucionais, constitucionais ou supraleais?

A resposta deve passar, necessariamente, pela decisão do STF sobre a prisão civil do depositário infiel (RE nº 466.343). A partir desse *leading case*, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e anteriores à EC nº 45/04 passam a ter hierarquia supraleal, ou seja, estão acima da legislação ordinária, porém abaixo da Constituição. Por outro lado, os tratados de direitos humanos posteriores à EC nº 45/04, aprovados pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, passam a ter status de emenda constitucional.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada no Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, é o primeiro diploma internacional aprovado expressamente na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), por sua vez, é a primeira lei ordinária editada com base na Convenção. Surgem, então, as seguintes indagações: (i) a Lei nº 13.146/15, possui a mesma posição hierárquica da Convenção?; (ii) possui status de lei ordinária ou de emenda constitucional?

A pesquisa pretende demonstrar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não possui natureza de emenda constitucional, trata-se de lei ordinária, que tem fundamento de validade na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No primeiro capítulo, busca-se compreender o procedimento de internalização dos tratados internacionais, sob a ótica jurisprudencial e doutrinária, com o objetivo de situar o leitor acerca do debate. O segundo capítulo da pesquisa concentra-se na análise do processo de incorporação da Convenção Internacional, a fim de delimitar o objeto da pesquisa. No terceiro e último capítulo, são feitas breves considerações sobre a Lei nº 13.146/15, e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio, objetivando uma análise crítica das principais alterações.

A metodologia aplicada é a pesquisa bibliográfica sobre o tema, legislação, doutrina e jurisprudência, pois a abordagem do objeto da pesquisa é necessariamente qualitativa (interpreta-se o fenômeno a ser observado). Faz-se uso de uma investigação do tipo jurídico-



exploratória, tendo em vista que o foco são as características, percepções e descrições de um problema jurídico, sem preocupação com suas raízes explicativas.

1. AS FASES DE INTERNALIZAÇÃO DE UM TRATADO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DA DOUTRINA: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Partindo do pressuposto de que cada Estado é soberano para instituir seu próprio ordenamento jurídico interno, bem como é livre para celebrar tratados ou convenções que criem obrigações no Direito Internacional, possível falar na existência de duas ordens jurídicas, a saber: a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional. Discutem-se, então, as relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno estatal, assim como os eventuais conflitos entre normas internacionais e o direito interno.

Historicamente, o debate divide-se entre as teorias monista e dualista, segundo Mazzuoli¹:

simbolicamente a doutrina sobre como resolver o problema das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno estatal. Esse problema apresenta dois aspectos: um teórico, consistente no estudo da hierarquia do Direito Internacional frente ao Direito Interno; e outro prático, relativo à efetiva solução dos conflitos porventura existentes entre a normativa internacional e as regras de Direito doméstico. A questão vem se desenvolvendo através dos tempos, tendo surgido várias teorias que buscam equacionar o problema, dentre as quais se destacam duas, com seus temperamentos: a dualista e a monista.

Os autores monistas, que têm em Hans Kelsen² o seu maior expoente, defendem que o Direito Internacional e o Direito interno são manifestações do mesmo sistema jurídico, ou seja, o ordenamento jurídico seria único e constituído de normas nacionais e internacionais. Surge, a partir dessa constatação, a seguinte colocação: em caso de conflito entre uma regra internacional e outra nacional, qual delas deve prevalecer? Para solucionar essa controvérsia existem três correntes dentro do monismo.

A primeira corrente é o monismo nacionalista, que defende o primado do direito nacional de cada Estado soberano, porquanto as normas e obrigações internacionais

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 74.

² KELSEN apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ibid.*, p. 81.



decorreriam de compromissos discricionários. Mazzuoli³ afirma que “trata-se da doutrina constitucionalista nacionalista, cujas bases filosóficas encontram guarida no sistema de Hegel (1770-1831), que via no Estado um ente cuja soberania (...) seria irrestrita e absoluta (a lei suprema sobre a terra).”

A segunda corrente é o monismo internacionalista, que sustenta a prevalência das normas de Direito Internacional. Segundo Mazzuoli⁴, “no ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o Direito Internacional (norma fundamental: *pacta sunt servanda*), de onde provém o Direito interno, que lhe é subordinado.” É a posição que prevalece nos acordos, tratados e demais documentos internacionais, em razão do disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969⁵, segundo o qual uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.⁶

A terceira e última corrente é o monismo internacionalista dialógico, defendido por Mazzuoli⁷, segundo a qual, em caso de conflito entre normas internas e internacionais, deve prevalecer a que ofereça maior grau de proteção aos direitos humanos. Esse posicionamento consagra o denominado princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano ou princípio *pro homine*.

Por fim, em sentido oposto ao monismo, há a teoria dualista, que se subdivide em dualista radical e dualista moderada. Para os dualistas, o direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são duas ordens jurídicas independentes e distintas entre si, ou seja, “constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos”, nas lições de Mazzuoli⁸.

O dualismo radical entende que haveria necessidade de edição de uma lei específica pelo Poder Legislativo para incorporar a norma internacional ao sistema jurídico interno. Por outro lado, para o dualismo moderado, a recepção da norma internacional pela ordem jurídica

³ *Ibid.*, p. 84.

⁴ *Ibid.*, p. 85.

⁵ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/d7030.htm>. Acesso em: 5 mai. 2017.

⁶ Ressalte-se que dentro da corrente monista internacionalista há, ainda, outra divergência, entre monistas internacionalistas radicais e monistas internacionalistas moderados. Aquelas defendem que a norma nacional conflitante com a norma internacional é nula; estes, por sua vez, adotam solução menos radical, daí serem chamados de “moderados”, pois em caso de conflito adotam o critério da *lex posterior derogat priori*, critério cronológico para solução de conflitos entre leis.

⁷ MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 90.

⁸ *Ibid.*, p. 75.

nacional dispensaria a edição de lei, embora se exija um procedimento interno específico, com participação dos Poderes Legislativo e Executivo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de se manifestar sobre a intermissível discussão entre monistas e dualistas, destacando, contudo, que é no texto constitucional que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos tratados, e não na controvérsia acadêmica, que se revelaria inócua. Nesse sentido, oportunas as palavras do Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.480-3/DF⁹, *in verbis*:

não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno estende, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais.

Assim, para o STF, os tratados internacionais não têm aplicabilidade imediata no Brasil, ou seja, devem observar um procedimento específico de internalização, previsto no próprio texto constitucional, a fim de que passem a ter eficácia interna vinculante.

O STF definiu, então, o procedimento de incorporação de tratados internacionais em duas *leading cases*, citados pela doutrina publicista brasileira, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello, a ADI nº 1.480-3/DF¹⁰, julgada em 4 de setembro de 1997, e a Carta Rogatória (CR) nº 8.279/República da Argentina¹¹, julgada em 17 de junho de 1998, com idêntica fundamentação.

Na ADI nº 1.480-3/DF¹², ficou consignado que:

o exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.480-3/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://medir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Id. CR nº 8.279 AgR/ AR - Argentina. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://medir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 9.



A partir desses julgados conclui-se que o STF adotou a posição dualista moderada; primeiro, porque reconheceu que os atos internacionais não têm aplicabilidade imediata e nem produzem efeitos diretos no Brasil, ou seja, haveria duas ordens jurídicas distintas; segundo, pois entendeu que os tratados internacionais precisam passar por um ato subjetivamente complexo, com participação dos Poderes Executivo e Legislativo, dispensando-se, por conseguinte, a edição de uma lei federal.

O Ministro Celso de Mello¹³, ao relatar a ADI nº 1.480-3/DF, classificou expressamente o sistema brasileiro como dualista moderado nos seguintes termos:

sub tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extrema) – satisfaz-se, para efeito de executividade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).

Com efeito, a doutrina publicista¹⁴, a partir dos citados precedentes, aduz a existência de 4 (quatro) fases que devem ser observadas para fins de recepção de tratados internacionais, sejam ou não sobre direitos humanos.

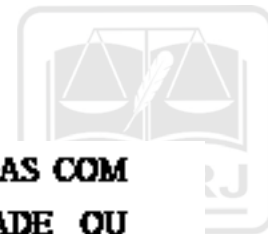
As três primeiras fases levam à formação da vontade do Brasil em celebrar o tratado, assumindo obrigações perante o Direito Internacional, quais sejam: (i) a fase de assinatura; (ii) a fase de aprovação congressional ou fase do Decreto Legislativo; e (iii) a fase de ratificação pelo Chefe de Estado. Por fim, (iv) a quarta e última fase é a incorporação do tratado, já ratificado pelo Brasil, também denominada fase do Decreto Presidencial ou Decreto de Promulgação.

Em suma, o *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais encerra-se com o Decreto Presidencial cuja edição produz três efeitos, a saber: (i) a promulgação do tratado internacional; (ii) a publicação oficial de seu texto; e (iii) a executividade do ato internacional, que passa, então, a vincular no plano do direito positivo interno¹⁵.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 360.

¹⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.



2. A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: SUPRACONSTITUCIONALIDADE, CONSTITUCIONALIDADE OU SUPRALEGALIDADE

Este capítulo pretende responder às seguintes indagações: (i) a Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, possui a mesma posição hierárquica que a Convenção?; (ii) possui *status* de lei ordinária ou de uma emenda constitucional?

Antes de apresentar as respostas, necessário percorrer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do *status* dos tratados internacionais, quando incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

O posicionamento do STF, desde a década de 1970¹⁶, sempre foi o de aceitar a paridade hierárquica entre todos os tratados internacionais, de direitos humanos ou não, e a legislação ordinária. Com isso, como um tratado estaria no mesmo nível valorativo de uma lei, qualquer conflito entre ambos seria solucionado pelos critérios tradicionais de cronologia¹⁷ e especialidade¹⁸.

Atualmente, no entanto, para responder à pergunta sobre a aplicação e posição dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser feita distinção entre os tratados comuns e os tratados sobre direitos humanos.

Em relação aos tratados comuns, que não versam sobre direitos humanos, a posição do STF é a mesma desde 1977, ou seja, possuem o mesmo valor de uma lei ordinária, aplicando-se, em caso de conflito, os critérios supracitados.¹⁹ Para os monistas, o STF estaria consagrando o monismo moderado, porquanto inexistiria hierarquia entre tratados internacionais comuns e a legislação ordinária²⁰.

Quanto aos tratados de direitos humanos, que trazem normas protetoras da pessoa humana, é perceptível certa inovação na jurisprudência do STF, principalmente a partir da discussão sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 80.694/SE. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175165>>. Acesso em: 1 out. 2017.

¹⁷ *Lex posterior derogat priori*.

¹⁸ *Lex specialis derogat legi generali*.

¹⁹ Na ADI nº 1.480-3/DF, Relator Ministro Celso de Mello, o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe essa relação de paridade normativa, entendendo-se as "leis internas" no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares. BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

²⁰ Sobre monismo moderado, vide nota 6.



O primeiro precedente do STF, sobre a prisão civil do depositário infiel, foi o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, julgado em 3 de dezembro de 2008, que caracterizou um importante avanço para a efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

No RE nº 466.343/SP²¹, que teve como Relator o Ministro Cezar Peluso, foi negado provimento ao recurso do Banco Bradesco S.A, que pretendia a prisão civil do recorrido, devedor fiduciante, e acatada a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A prisão civil do depositário infiel foi considerada incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, que veda a detenção por dívidas.

Prevaleceu a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Segundo essa tese, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar o princípio da supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III).²²

Com efeito, todos os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo procedimento comum gozam, atualmente, de *status* supralegal em relação às demais leis do ordenamento jurídico brasileiro, derogando, por conseguinte, toda a legislação ordinária conflitante.

Exemplo prático é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que derogou o artigo 652, do Código Civil, que autoriza a prisão civil do depositário que se recusa a restituir o bem quando exigido, qualquer que seja modalidade do depósito²³.

Por outro lado, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento de Emenda Constitucional passaram a ter primazia hierárquica

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://resdir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 01 out. 2017.

²² Nas palavras de Gonçalves: “diferentemente dos tratados internacionais tradicionais, os quais versam sobre direitos e deveres recíprocos para benefício mútuo dos Estados participantes, os tratados relativos a direitos humanos são celebrados através de intermediação de organizações internacionais e dizem respeito à proteção dos direitos fundamentais da ser humano.” GONÇALVES, Mônica Beatriz Ribeiro. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 85.

²³ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.



em relação às demais leis, já que ostentam o *status* de Emenda Constitucional, conforme prevê o art. 5º, § 3º, da CRFB/88.²⁴

Feita essa breve evolução na jurisprudência do STF, sobre a natureza dos tratados internacionais, necessário voltar a atenção ao objeto de estudo, qual seja, a análise do *status* da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei nº 13.146/15.

O Brasil subscreveu, em 30 de março de 2007, na sede da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova Iorque, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo.

O Congresso Nacional, no uso da sua competência exclusiva prevista no art. 49, I, da CRFB/88, aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo.

Percebe-se, a partir da leitura do art. 1º, do Decreto Legislativo nº 186/08²⁵, que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada, expressamente, na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88²⁶, ou seja, com *status* de emenda constitucional. Posteriormente, o Decreto Legislativo foi enviado ao Presidente da República para fins de ratificação, seguindo, dessa forma, o *iter* procedimental estabelecido pela jurisprudência do STF.²⁷

Por fim, para fins de vigência na ordem jurídica interna, necessária a promulgação e publicação do texto do tratado internacional, o que se deu por meio do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que entrou em vigor na data da publicação.

Evidente, portanto, que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovadas pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, conforme expressamente previsto nos atos normativos acima citados.

Destarte, por se tratar de tratado internacional de direitos humanos, aprovado pelo mesmo procedimento de emenda constitucional (CRFB/88, art. 60, § 2º), inequívoco o *status* de Emenda Constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

²⁴ Id. *Constituição de República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%20com%20emendas.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

²⁵ Id. *Decreto Legislativo nº 186*, de 9 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 24.

²⁷ Não se pode olvidar que, nessa terceira etapa, o Estado brasileiro se vincula em âmbito internacional, assumindo, finalmente, compromisso perante a comunidade internacional. Trata-se de consentimento expresso e definitivo, que confirma a assinatura da primeira fase. Gonçalves, *op. cit.*, p. 81.



Para sanar qualquer dúvida a respeito da hierarquia da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a própria Lei nº 13.146/15, no seu artigo 1º, parágrafo único, dispõe que o processo de incorporação observou o rito previsto no § 3º do art. 5º, da CRFB/88.²⁸

Acontece que Chaves de Faria, Sanches Cunha, e Batista Pinto, ao comentarem o art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, chegam a afirmar que a Lei nº 13.146/15 possui, por ter fundamento na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o mesmo status de emenda constitucional, senão vejamos: “Comentários: (...) Possui a lei em exame, pois, o ‘status’ de emenda constitucional, assumindo, em consequência, a primazia que lhe é inerente no topo da pirâmide legislativa nacional.”²⁹

No entanto, discorda-se da conclusão dos autores, pois, conforme se verificou, o status de Emenda Constitucional é atribuído à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRFB/88, art. 5º, § 3º), e não ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que é lei ordinária, aprovada e sancionada pelo processo legislativo comum (CRFB/88, art. 59, inciso III).

Dessa forma, a Lei nº 13.146/15 não possui a mesma posição hierárquica da Convenção, pois se trata de lei ordinária, aprovada na forma do art. 59, inciso III, da CRFB/88. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, esta sim, encontra-se no “topo da pirâmide legislativa nacional”, juntamente com as demais normas constitucionais, enquanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência ocupa o nível da legislação infraconstitucional.

Por fim, oportuno mencionar a possibilidade do denominado “controle de convencionalidade” pelos Tribunais ou juízes em relação aos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil. Assim, a própria Lei nº 13.146/15 (EPD) pode ser objeto de controle de convencionalidade, adotando-se como parâmetro a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/09).³⁰

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

²⁹ CUNHA, Rogério Sanches; FÁRIA, Cristiano Chaves; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto de Pessoa com Deficiência Comentários*: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.18.

³⁰ Nas palavras de Ramos: “no Brasil, como vimos, o controle de convencionalidade nacional na esfera dos direitos humanos consiste na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos, nos quais se devem deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado.” RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 388.

3. BREVE ANÁLISE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15): REPERCUSSÕES DO NOVEL DIPLOMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

No capítulo precedente concluiu-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é uma lei ordinária, que teve como fonte de inspiração a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88 e, posteriormente, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Trata-se do primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo rito do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, ou seja, com status de emenda constitucional.³¹

Dando continuidade ao trabalho, o capítulo que se apresenta tem por escopo fazer breves considerações sobre as principais inovações trazidas pela Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Apesar do status hierárquico da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2009), suas importantes repercussões e inovações só foram possíveis com a elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015) a fim de dar concretude aos princípios e direitos consagrados no documento internacional.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem por objetivo a inclusão da pessoa com deficiência, de modo a assegurar a igualdade e a não discriminação, bem como promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (art. 1º, *caput*, da Lei nº 13.146/15).³²

Para tanto, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º, da Lei nº 13.146/15).³³

Asseguram-se expressamente direitos fundamentais, alguns até normativamente redundantes, já que exaustivamente consagrados na Constituição Federal e em várias

³¹ Ressalte-se que o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013, e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 261, de 2015, nos termos do § 3º do art. 5º, da CRFB/88, ainda aguarda a fase do Decreto Presidencial (ou Decreto de Promulgação). Caso promulgado, será o segundo tratado internacional de direitos humanos com hierarquia de emenda constitucional.

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 27.

³³ *Id.*, *op. cit.*, nota 34.



convenções internacionais. Todavia, conquanto repetitivos, os seus conteúdos têm um sujeito-alvo específico, a saber, a pessoa com deficiência, o que atende ao processo de especificação do sujeito, dando maior proteção aos sujeitos-alvos.

São direitos fundamentais, reconhecidos pelo Estatuto: direito à vida; direito à igualdade; direito à saúde; direito à habitação e à reabilitação; direito à educação; direito à moradia; direito ao trabalho; direito à assistência social; direito à previdência social; direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer; direito ao transporte e à mobilidade; entre outros (art. 8º, da Lei nº 13.146/15).³⁴

Diante desse cabedal de direitos fundamentais, era necessário que o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogasse inúmeras disposições legais que se mostrassem incompatíveis com os objetivos da Convenção Internacional, principalmente promover a igualdade e a não discriminação das pessoas com deficiência.

Exemplo disso é o regime das incapacidades, regulado pelo Código Civil de 2002 e profundamente alterado pelo Estatuto. Doravante, apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes (art. 3º do Código Civil), o que significa que a incapacidade absoluta passa a estar baseada unicamente no critério cronológico/etário, e não mais em motivos psíquicos.³⁵

Por outro lado, passam a ser considerados relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º, inciso III, do CC), sendo excluídas dessa categoria as pessoas com deficiência mental que tenham o discernimento reduzido, bem como as sem desenvolvimento mental completo, até então denominadas “excepcionais” pelo Código Civil em sua redação originária.

Com isso, toda e qualquer deficiência pode caracterizar, se for o caso (não puder exprimir vontade), incapacidade relativa, jamais absoluta.

O artigo 228, do Código Civil, vedava que fossem admitidos como testemunhas aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil e os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se desejasse provar dependesse dos sentidos que lhes faltassem. Contudo, tais vedações foram revogadas pelo Estatuto, e a regra geral, doravante, é a ampla possibilidade de qualquer pessoa servir como testemunha. Estão revogadas, por isso, os incisos II e III do art. 228, do Código Civil de 2002.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ CUNHA; FARIA; BENTO, *op. cit.*, p. 351.



Sobre a impossibilidade de discriminação de uma testemunha por motivos ligados à deficiência física, mental ou intelectual, oportunas as palavras de Chaves de Faria, Sanchez Cunha, e Batista Pinto³⁶:

preocupou-se a norma estatutária em sublinhar que uma pessoa humana não pode ser reputada imprópria a servir como testemunha por conta de eventual deficiência – física, mental ou intelectual. Uma pessoa com Síndrome de Down ou um surdo-mudo, efetivamente, podem ser excelentes testemunhas para auxiliar o magistrado a reconstruir os fatos debatidos em juízo. (...) Pessoas com deficiência fazem jus à colheita de seus testemunhos com as particularidades que precisam, inclusive com a utilização de recursos tecnológicos necessários – como no claro exemplo do surdo-mudo arrolado como testemunha.

Outra importante alteração fêz o afastamento da causa de nulidade do casamento, quando contraído por pessoas com deficiência mental, prevista no art. 1.548, inciso I, do Código Civil. A redação original previa nulo o casamento quando um dos cônjuges fosse absolutamente incapaz para prática dos atos da vida civil, ou seja, causa psicológica que lhe retinasse a compreensão.

Assim, a revogação do inciso I do art. 1.548, do CC está em consonância com a reforma da teoria das capacidades jurídicas (CC, arts. 3º e 4º), já que para casar basta a idade núbil.

Na esfera penal, o Estatuto aumentou a pena do crime previsto no art. 8º, da Lei nº 7.853/1989. Antes da entrada em vigor do Estatuto, o art. 8º, inciso I, da Lei nº 7.853/89 punia com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, a conduta de recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta. Era um crime de médio potencial ofensivo, uma vez que permitia a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

A partir do novel diploma, houve alteração da conduta criminosa, bem como aumento da pena para 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade suspensão condicional do processo, pois se trata de crime de maior potencial ofensivo. Pune-se, então, quem recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência (art. 8º, inciso I, da Lei nº 7.853/89).

³⁶ *Ibid.*, p. 352.



Nesse contexto, fica perceptível a intenção do legislador de cobrir a discriminação em face da pessoa com deficiência, ao punir, de forma mais rigorosa, a conduta daquele que restringe o acesso da pessoa à educação igualitária e inclusiva em razão da deficiência.³⁷

Até o presente, a manifestação mais importante sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência por parte do Poder Judiciário brasileiro foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF, a qual tratou, justamente, do acesso à educação.

A ADI nº 5.357 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) para questionar a constitucionalidade do § 1º do art. 28 e art. 30, *caput*, ambos da Lei nº 13.146/15. Segundo a entidade, as normas representam violação de diversos dispositivos constitucionais, entre eles o art. 208, inciso III, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes.

Os citados arts. 28, § 1º, e 30, *caput*, determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação.

A Confenen alegou que os dispositivos estabelecem medidas de alto custo para as escolas privadas, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

No entanto, ao votar pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade, o Ministro Relator Edson Fachin³⁸ salientou que o Estatuto reflete o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática, adotados pela Constituição Federal, ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares, devem garantir sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades do direito fundamental à educação.

Nas palavras do Ministro Relator Edson Fachin³⁹: “o ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmutando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente”.

Por conseguinte, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Relator, declarou a constitucionalidade das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência que

³⁷ *Ibid.*, p. 271-273.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.357 MC-Esp/whc/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em: 12 out. 2017.

³⁹ *Ibid.*

estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a interação de pessoas com deficiência no ensino regular e fornecerem as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mentalidades, anuidades e matrículas.

A decisão do STF, na ADI nº 5.357/DF, está em consonância com o art. 24, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴⁰, o qual reconhece o direito à educação como isento de discriminação e determina que os Estados signatários assegurem sistema educacional inclusivo em todos os níveis, de maneira que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência.

Finalmente, é possível afirmar que o STF realizou, implicitamente, controle jurisdicional de convencionalidade dos arts. 28, § 1º, e 30, *caput*, ambos da Lei nº 13.146/15, pois verificou a convencionalidade desses dispositivos à luz das disposições do art. 24, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴¹, que possui status de emenda constitucional.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou, inicialmente, o procedimento de internalização/incorporação dos tratados internacionais, a partir das teses defendidas pela doutrina publicista, assim como da posição do STF.

Verificou-se, no primeiro capítulo, que o debate acadêmico entre monistas e dualistas é histórico, porém pouco eficiente em apresentar respostas a questões de ordem jurídica, porquanto cada ordenamento jurídico possui suas próprias peculiaridades, inexistindo um sistema que seja melhor que o outro.

Com base nessa premissa, o STF afirmou, na ADI nº 1.480/DF, que a solução para os conflitos porventura existentes entre a normativa internacional e as regras domésticas deve ser buscada na Constituição da República, e não no debate acadêmico.

A primeira parte do trabalho, assim, apontou a solução apresentada pelo STF a fim de pacificar a problemática referente ao processo de internalização dos tratados internacionais, qual seja, definiu-se um *iter* procedimental no qual há participação dos Poderes Executivo e Legislativo: (i) negociações preliminares e assinatura do tratado; (ii) referendo do Congresso

⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 29.

⁴¹ *Ibid.*



Nacional; (iii) ratificação do Presidente da República; por fim, (iv) a promulgação e publicação do tratado.

No segundo capítulo, o foco foi a análise do processo de internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Constatou-se que a jurisprudência do STF, inicialmente, não fazia distinção entre tratados internacionais comuns e de direitos humanos e as normas internas; posteriormente, o STF, em 2008, acolheu a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, em relação à legislação ordinária, que não foram aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica.

A par disso, a pesquisa concluiu que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos com *status* de emenda constitucional, uma vez que aprovado pelo quórum do art. 5º, § 3º, da CRFB/88.

Rechaçou-se, por conseguinte, a tese doutrinária que sustentava o suposto *status* de emenda constitucional da Lei nº 13.146/15, Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual não se confunde com a Convenção Internacional, pois são espécies legislativas distintas.

Por fim, a pesquisa, no último capítulo, descreveu o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as principais inovações promovidas pelo *novus* diploma na ordem jurídica, já que houve inúmeras alterações na legislação esparsa, principalmente no Código Civil.

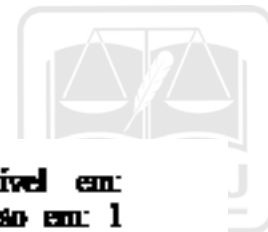
Ademais, destacou-se a recente jurisprudência do STF que, em sede de controle de constitucionalidade abstrato, declarou a constitucionalidade dos arts. 28, § 1º e 30, *caput*, ambos do Estatuto, que havia sido questionada na ADI nº 5.357/DF.

Enfim, a pesquisa sustentou que o STF realizou, implicitamente, controle jurisdicional de convencionalidade da Lei nº 13.146/15 ao analisá-la, não apenas sob o prisma constitucional, mas também à luz das disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, principalmente com base no art. 24, que dispõe sobre educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2017.

_____. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.



_____. *Decreto Legislativo nº 186*, de 9 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ata2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.480-3/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 8.279 AgR/Argentina*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 80.004/SE*. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.357 /DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CUNHA, Rogério Sanchez; FARIA, Cristiano Chaves; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*: artigo por artigo. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. *Diverso internacional público e privado*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

O DIREITO DE LAJE NA CONTEMPORANEIDADE, A NORMATIZAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA 759/2016 E SUA CONVERSÃO NA LEI Nº 13.465/2017

José Roberto dos Santos Mesquita

Graduado pela Faculdade de Direito
Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – Os Direitos Reais são complexos e instigantes. As mudanças na estrutura da sociedade, exigem novos mecanismos jurídicos para se adaptarem às novas condições populares. Percebe-se que aos poucos o Estado busca se aproximar das questões que envolvam as favelas e seus habitantes. Este trabalho buscar investigar o instituto do Direito de Laje, e verificar sua relevância e seus desdobramentos.

Palavras-chave– Direitos Reais. Direito de Laje. Direito de Superfície. Medida Provisória nº 759/2016.

Sumário – Introdução. 1. Estariam presentes os requisitos de necessidade e urgência do art. 62 da CF/88 para que a medida provisória nº 759 de 22 de dezembro de 2016 regulasse o direito real de laje no Código Civil? 2. A inclusão dos arts. 1.225, VIII e 1.510-A e seguintes no Código Civil. 3. A discussão para a aplicação e os meios legais para a efetivação do direito de laje. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do direito de laje normatizado pela medida provisória nº 759/2016 com a inclusão do artigo 1.510-A no Código Civil e as questões acerca da sua aplicação prática e os meios para sua efetivação. O objetivo do presente estudo é analisar a relevância social do tema e seus reflexos nas favelas.

As constantes mudanças sociais fizeram com que a doutrina e a jurisprudência reconhecessem novo modelo de direito real. Tal reconhecimento se deu com a normatização do direito de laje pela medida provisória nº 759/2016. Isso culminou na criação do artigo 1.510-A no Código Civil. Há relevância social no tema, pois ele impacta a vida dos cidadãos que residem nas favelas.

A presente pesquisa científica discute o direito de laje normatizado pela medida provisória nº 759/2016 e pela Lei nº 13.465/2017. Procura-se demonstrar que o novo instituto gera controvérsia no sentido de ser o direito de laje um direito real ou um direito de superfície.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir sua natureza jurídica e seus desdobramentos práticos.

A Constituição Federal estabelece o direito à moradia. Nas favelas ocorrem transações onde um ocupante cede a ocupação da sua laje a terceiros. Essa situação, no entanto, foi recentemente regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece as seguintes reflexões: quais regulações devem ser feitas? Trata-se de um direito de superfície ou direito real?

O tema é recente tanto na doutrina quanto na jurisprudência e quase não há doutrina a respeito, merece atenção, uma vez que a intervenção do Poder Judiciário nas relações peculiares entre cidadãos de baixa renda deve ser sensível.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “direito de laje” e compreender como esse conceito foi incluído no ordenamento jurídico pátrio em dezembro de 2016 por medida provisória no Código Civil. Pretende-se, ainda, despertar para sua conversão na Lei nº 13.465/2017, e a atenção para os seus desdobramentos práticos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um breve histórico da Medida Provisória nº 759/2016 que alterou dispositivos do Código Civil e questiona-se ainda se tal ato respeitou os requisitos formais constitucionais e o advento da Lei nº 13.465/2017.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se o direito de laje é um direito real ou de superfície e as mudanças no Código Civil decorrente da Medida Provisória e de sua conversão em Lei.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se é possível ter o direito à laje quando não se tem o direito à superfície e a aplicação do direito de laje e os meios legais de sua implementação pelas prefeituras.

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. ESTARIAM PRESENTES OS REQUISITOS DE NECESSIDADE E URGÊNCIA DO ART. 62 DA CF/88 PARA QUE A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 759 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2016 REGULASSE O DIREITO REAL DE LAJE NO CÓDIGO CIVIL?

A Constituição como norma de força maior segundo Hans Kelsen assume a posição no topo da hierarquia da pirâmide das normas idealizada pelo doutrinador austríaco. Logo, abaixo da Carta Maior de nosso país, há lei complementares, lei ordinárias, medidas provisórias, lei delegadas, e resoluções.

Assim, os aspectos formais da elaboração das leis devem seguir o processo legislativo respeitando-se seu aspecto formal e material. Para tanto a elaboração de uma Constituição conta, por exemplo, com o Poder Constituinte Originário, Poder Constituinte Derivado, e as Emendas à Constituição.

Nesta mesma linha técnica de raciocínio as medidas provisórias são expedidas pelo Poder Executivo.

Antes da CRFB/88 o ato correspondente à medida provisória era o Decreto-Lei. Tal instrumento possibilitava o Presidente da República legislar amplamente.

Segundo, o doutrinador constitucional, e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes¹, o decreto-lei brasileiro advém do modelo da Constituição italiana para casos extraordinários de necessidade e urgência.

No caso da Constituição de 1988, o seu art. 62 e seu parágrafo único trouxeram originalmente que em caso de relevância urgência o Presidente da República poderia adotar medidas provisórias com força de lei que deveriam ser submetidas ao Congresso Nacional, e que tais atos perderiam sua eficácia desde a edição se não fossem convertidas em lei no prazo de 30 dias a partir de sua publicação, cabendo ao Congresso Nacional, disciplinar as relações jurídicas que iriam advir daquele ato.

Evidente que a edição de medida provisória pelo chefe do Poder Executivo sempre trouxe o risco de excessos legislativos. Assim, buscando-se temperar a discricionariedade da edição de medidas provisórias foi promulgada a Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001.

Tal Emenda à constituição alterou a redação original do art. 62 e seu parágrafo único da CRFB/88 para incluir 12 parágrafos que trouxeram nova disciplina ao processo

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. até a BC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017, p. 467.

legal das medidas provisórias. Deste modo, atualmente, sendo a medida provisória editada, ela permanecerá vigorando por 60 dias, e posteriormente será examinada pelo Poder Legislativo.

O prazo de início da medida provisória será contado de sua publicação, entretanto tal prazo fica suspenso durante o recesso do Congresso Nacional conforme a EC nº 50, de 14-2-2006. Logo, a medida provisória pode excepcionalmente ultrapassar o prazo constitucional de 60 dias, caso ela seja editada antes do recesso parlamentar.

No caso da medida provisória nº 759/2016, objeto deste estudo, ela foi editada em 22 de dezembro (último dia da sessão legislativa), publicada em 23 de dezembro de 2016 ² e teve sua vigência prorrogada pelo prazo de 60 dias conforme o Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 10 de 20/03/17 ³.

A Resolução nº 1, de 8/05/ 2002 da Mesa do Congresso Nacional, dispõe que nas 48 horas após a publicação no Diário Oficial da União, de Medida Provisória ato do Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional publicará e distribuirá avulsos da matéria e designará a Comissão Mista para emissão de parecer sobre a medida provisória.

Cada medida provisória terá uma comissão mista composta por 12 Senadores e Deputados e número igual de suplentes, observando-se a proporcionalidade de partidos em cada Casa.

Esta Comissão Mista tem prazo improrrogável de 14 dias, contados a partir da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para a emissão de um parecer único. Este parecer deve trazer apreciação da matéria, em itens, sobre os aspectos constitucionais, e também sobre os pressupostos de relevância e urgência, sobre o mérito e a adequação, orçamentária e financeira. Assim, a Comissão Mista deve se manifestar sobre a medida provisória, seu mérito, ainda que entenda que não foram atendidos os seus requisitos constitucionais.

A Comissão Mista pode indicar a aprovação parcial ou total, a alteração da medida provisória, ou ainda sua rejeição. Pode também aquela Comissão se manifestar no sentido de aprovar ou rejeitar emenda que seja apresentada.

² BRASIL. *Medida Provisória nº 759*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-publicacaooriginal-151701-pe.html>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

³ BRASIL. *Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 10*, de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Congresso/ato-010-mpv759.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.



A Comissão Mista pode apresentar projeto de lei de conversão no tocante à matéria, e projeto de decreto legislativo tratando das relações jurídicas sobre os textos alterados, que então irá tramitar inicialmente pela Câmara dos Deputados.

A Comissão Mista irá encaminhar seu parecer ao Plenário da Câmara dos Deputados e sendo aprovada a medida provisória será encaminhada ao Senado Federal para sua discussão.

Caso o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal entendam que não estão presentes os pressupostos constitucionais a Medida Provisória deverá ser arquivada.

Por outro lado, se a medida provisória for aprovada ela será convertida em lei, cabendo ao Presidente do Senado Federal realizar sua promulgação, e após a remessa ao Presidente da República que fará a publicação da lei de conversão.

Assim, no prazo de 60 dias, a medida provisória poderá ser aprovada sem alterações, ser aprovada com alterações, ser rejeitada expressamente ou rejeitada tacitamente.

Feitas estas considerações iniciais sobre os aspectos formais da medida provisória, faz-se também breve postulação sobre seus requisitos.

Conforme o art.62 da CF/88 a Medida Provisória deve ser adotada pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência sendo vedada dispor sobre as matérias dos incisos I, II, III e IV deste artigo.

Passando ao escopo deste estudo, a Medida Provisória nº 759/2016 dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e outras providências.

Sua exposição de motivos⁴ invoca dentre outros argumentos que o crescimento desordenado dos grandes centros urbanos trouxe diversos problemas estruturais que impedem o direito social à moradia, e além disso com o fim de adequar o Direito à realidade brasileira, marcada pela profusão de edificações sobrepostas, prevê a criação do direito real de laje.

⁴ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 20/2016*, de 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exco/Exam-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 25 abr.2017.

A exposição de motivos alega que por meio deste novo “direito real”, tem-se a possibilidade de instituir unidade imobiliária autônoma, ainda sob aspecto registral no espaço aéreo, no subsolo de terrenos públicos ou privados, desde que se apresente acesso exclusivo. Ressalta ainda que não se deve confundir com as situações de condomínio, pois o direito de laje não possui como finalidade a criação de co-domínio sobre o solo ou sobre as edificações, mas sim de um mecanismo que possua eficiência para regular os aspectos fundiários das favelas.

Ora, diante destes aspectos questiona-se: estão previstos os requisitos de relevância e urgência insculpidos no art. 62 da CF/88 para a edição de medida provisória no que tange à criação do direito real de laje?

Neste estudo, entende-se que há sim o aspecto formal da relevância constitucional em consonância com o que aponta inclusive a exposição de motivos quanto ao crescimento desordenado dos grandes centros urbanos e seus problemas estruturais que impedem o direito social à moradia, contudo o mesmo não se pode dizer em relação à urgência de sua edição.

Legislar sobre um tema com grande impacto na sociedade, e especialmente nas favelas, por meio de medida provisória sem que houvesse um debate legislativo mais aprofundado para a inclusão de concessão de direito real de uso e a criação do direito real de laje nos art.1.225, inciso XII, e 1.510-A, do Código Civil, traz por óbvio, grandes questionamentos sobre a urgência de tal normatização bem como os interesses políticos ali implícitos.

Diante destas reflexões, conclui-se que a Medida Provisória 759/2016 carece do requisito formal constitucional de urgência insculpido no art.62, da CRFB/88 para sua conversão em Lei.

Quando este estudioso, que se debruça sobre o presente tema, redigiu o parágrafo anterior acima, teceu à época, algumas críticas sobre a ausência de debate legislativo para um tema que influi diretamente na vida das pessoas nas favelas.

No decorrer do estudo, e antes da redação de alguns capítulos e de sua conclusão, o estudioso foi surpreendido mais precisamente em 11 de julho de 2017, pois a Medida Provisória nº 759/2016 foi convertida na Lei nº 13.465/2017.

Segundo o art 108 dessa Lei nº 13.465/2017 ela passou a vigorar da data da sua publicação, qual seja 12 de julho de 2017.



Logo, o presente estudo, torna-se mais dinâmico com os questionamentos levantados acima e torna-se mais interessante com as novidades da conversão da MP nº 759/2016 na Lei nº 13.465/2017.

Por fim, este estudo mostra-se acertado em tecer críticas à ausência de debate na MP nº 759/2016 porque a redação, ampliação e os dispositivos das normas sobre o direito de laje só vieram a se aperfeiçoar de fato com a Lei nº 1.456/2017.

2. A INCLUSÃO DOS ARTS. 1.225, VIII E 1.510-A E SEQUINTE NO CÓDIGO CIVIL

O direito de laje desde sua inclusão no Código Civil possui natureza controversa. Alguns estudiosos entendem que se o direito de laje se trata de um direito real, enquanto em sentido contrário, juristas apontam como um direito de superfície ou ainda como acessão artificial.

Todavia, no curso do presente estudo, a Medida Provisória nº 759/2016 que foi discutida no primeiro capítulo, acabou sendo convertida na Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017.

Deve-se observar que uma vez o objeto do estudo versa sobre um tema recente, suas controvérsias e mudanças legislativas influem diretamente no escopo e no conteúdo deste trabalho.

Originalmente este capítulo iria abordar a inclusão do artigo 1.225, VIII, do artigo 1.510-A e de seus parágrafos no Código Civil.

Contudo, a Medida Provisória nº 759/2016 convertida recentemente na Lei nº 13.465/2017 incluiu na Lei nº 10.406 de 2002 – Código Civil, o artigos 1.225, VIII, o artigo 1.510-A, e além disso os artigos 1.510-B, 1.510-C, 1.510-D, 1.510-E.

Assim, os Juízes das Varas de Família da Comarca de Salvador na Bahia³ criaram enunciado no sentido de que o direito de laje é uma acessão artificial. Tal enunciado inclusive foi criado renomado magistrado e jurista Pablo Stolze Gagliano.

Ensina o doutrinador Flávio Tartuce⁴ que a benfeitoria sempre é artificial, e que advém da obra que o homem realiza. Prossegue, meditando, que acessão é uma forma de adquirir a propriedade com o aumento do volume do bem principal. Conclui, com este raciocínio, que o direito de laje é uma acessão artificial.

³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 4: *Direito das Coisas*. 9. ed. ver. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96.

⁴ *Ibid.*

Nesta mesma obra, cujo fechamento da edição ocorreu em novembro/2016, ou seja, antes da Medida Provisória nº 759/2016, Flavio Tartuce trouxe a hipótese de que há o reconhecimento na doutrina⁷ de que o direito de laje seria um direito de sobrelevação, ou superfície de segundo grau que no seu entender é constitui um direito real.

O Enunciado 568, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, admite a superfície por sobrelevação no Direito Brasileiro⁸ e há autores que entendem que seria desnecessário incluir o direito de laje no rol do artigo 1.225 do Código Civil.

Ricardo Pereira Lima⁹ entende por sua vez que o direito de superfície tradicional exige o requisito de solo, e que o direito de laje não pode ser caracterizado desta forma.

O inciso XII do art. 1.225 do Código Civil foi incluído pela MP nº 759/2016 e alçou a laje como um direito real. Tal disposição foi reiterada com o advento da Lei nº 13.465/2017.

Assim, diante das discussões sobre direito de superfície, superfície por sobrelevação e a dúvida se o direito de laje era um direito real autônomo ou não, o Direito positivou o direito de laje como um direito real autônomo.

Como já foi repisado neste estudo, o tema é recente, e a MP nº 759/2016 tinha incluído o art. 1.510 – A, mais oito parágrafos. Tais dispositivos já se encontram revogados.

Percebe-se que a Lei nº 13.465/2017, por certo, por conta da polêmica suscitada pela MP nº 759/2016, ampliou em número e em disposições jurídicas os dispositivos sobre o direito de laje, merecendo elogios quanto à redação melhorada sobre o tema.

Para fins didáticos, vale à pena reproduzir a definição de direito de laje e a mudança na redação do art.1.510–A, do Código Civil sofrida em um interregno apertado de seis meses:

⁷ *Ibid.* p. 214.

⁸ ALBUQUERQUE, Roberto Paulino de. *Paradigmas Eletrônicos: o direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017jun02/direitodajemasodireitosrealdireitosuperficie>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁹ MACHADO, Costa (Org.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. São Paulo: Manole, 2017, p. 1074.

Art. 1.510-A. O direito real de laje consiste na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.¹⁰

A seguir, a atual redação do mesmo artigo: “Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.¹¹”

Fica evidente que a Lei nº 13.465 não só melhorou a redação do dispositivo, como também terminou com a divergência em relação ao direito de laje no tocante à superfície inferior.

A Lei, com redação aprimorada, pôs fim às controvérsias, quando apontou que a construção base é aquela originalmente construída sobre o solo.

Interpretando a Lei constata-se que o direito real de laje é um direito vertical. Ainda, nesta linha de raciocínio, os cidadãos querem formalizar suas questões, mas o Estado também não fica atrás, uma vez que passa a tributar o titular do direito real de laje.

Terão também os titulares da laje os direitos que são inerentes ao direito de propriedade de usar, gozar e dispor. A Lei nº 13.465/2017 manteve o entendimento esposado na MP nº 759/2016 de que se trata de interesse local dos municípios e do distrito federal dispor sobre posturas edilícias urbanas.

Fato que mereceu grandes críticas à época da MP nº 759/2016 dizia respeito ao fato de que sua redação não permitia um sucessivo direito real de laje no art. 1.510-A, § 5º, do Código Civil. Com a nova redação que a lei deu, constata-se que ela se coaduna muito mais com a realidade fática das favelas onde já ocorre há décadas informalmente um sucessivo direito real de laje.

A lei merece destaque porque também impõe um dever de cuidado com as obras realizadas, e tenta fazer com que as posturas locais sejam respeitadas, o que se sabe difícil na prática.

¹⁰ BRASIL. Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/MPv/MP759.htm>. Acesso em 10 set. 2017.

¹¹ Idem. Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/L13465.htm>. Acesso em 10 set. 2017.

A nova legislação aproxima os titulares do direito de laje àqueles de um condomínio edilício quando se reporta às despesas necessárias comuns que serão partilhadas inclusive com o proprietário-base da construção.

Aspecto extremamente interessante diz respeito ao direito de preferência no direito de laje. Ora, se é interessante quando isto ocorre na venda de um apartamento na cidade, muito mais interessante e pertinente é quando isto ocorre no direito de laje, haja vista a proximidade com que as pessoas vivem neste tipo de situação.

Muitas vezes as pessoas que possuem o direito de laje fático precisam, subir, entrar ou passar pela construção-base para chegar à sua casa, e isto sucessivamente, pois outro titular de direito de laje superior deverá passar pela construção base, pelo titular de um direito de laje até chegar na sua casa e etc.

No direito de preferência de laje prefere-se sucessivamente o titular das lajes ascendentes e descendentes que ficam mais próximas à unidade que será alienada. Mais uma vez entra aí o aspecto fático de convivência.

Caso deixe de existir a construção base por conta de ruína isto implicará na extinção do direito real de laje. A ressalva que a lei faz reforça o sentido vertical do direito de laje, uma vez que afasta tal situação quando o direito de laje tiver sido instituído sobre o subsolo.

Refletindo sobre os casos de construções irregulares nas favelas que não contam com engenharia arrojada, mas sim “arranjada”, a lei prevê eventual reparação civil em face daquele que tiver dado causa à ruína da construção.

Deste modo, neste estudo, fica evidente que o suseio popular necessita de regularização para apaziguar os conflitos e trazer mais segurança jurídica aos cidadãos.

Em harmonia com o que foi trazido neste estudo, constata-se que a enxurrada de críticas e questões suscitadas por estudiosos do direito, doutrinadores e membros dos poderes da república fixam no final das contas saltares, pois se a Medida Provisória deu o pontapé inicial na questão, pecando por sua imprecisão e a limitação evidente, por sua vez a Lei nº 13.465/2017, ainda que não encerre a questão, ampliou de um modo mais harmônico e atento à realidade o instituto do direito real de laje.

3. A DISCUSSÃO PARA A APLICAÇÃO E OS MEIOS LEGAIS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE LAJE

Uma das maiores dificuldades acadêmicas deste trabalho e do estudo deste tema de Direito Real de Laje diz respeito ao fato de que atualmente ainda não há nenhuma doutrina escrita sobre o tema analisando a MP nº 759/2016 que foi publicada em 09.12.2015, e muito menos sobre a Lei nº 13.465/2017 que foi publicada em 12.07.2017, e posteriormente retificada em 06.06.2017.

Assim, a discussão específica sobre o presente tema tem como base artigos de internet onde renomados juristas e doutrinadores¹² meditam sobre o tema.

Os meios legais para concretizar o direito de laje, diante de sua recente normatização, e da ausência de uma prática reiterada, por óbvio trazem dificuldades para sua efetivação.

O artigo 1.510-A, § 5º, da Lei nº 13.465/2017 dita que os municípios e também o distrito federal poderão dispor sobre as posturas urbanísticas e edificações em relação ao direito real de laje.

Assim surge uma questão interessante: será possível que os cartórios de registro de imóveis terão a possibilidade de registrar o ato instituindo o direito real de laje ao particular sem que haja uma autorização prévia do município dando um atestado da sua compatibilidade com as normas de direito urbanístico?

Flávio Tartuce¹³ entende que não haveria tal obstáculo uma vez que o registro do direito de laje por particular não significa que haveria uma construção da laje.

Entretanto, o autor, curiosamente, em seguida pondera que com a instituição do direito de laje o particular não poderá edificar ao seu bel prazer um andar, e nem ocupar a laje caso o município vede isto legislativamente.

Deste modo, se o titular do direito real de laje construir sobre esta área, não poderá ser averbado este fato na matrícula do imóvel porque o particular deve obter o “habite-se” municipal ou documento que demonstre que a obra atende as normas urbanísticas.

¹² XIMENES, Rachel Letícia Corcio. *Periódicos eletrônicos: As mudanças criadas pela MP que propõe a regulamentação fundiária*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/opiniao-mudancas-criadas-mp-regulacao-fundiaria>>. Acesso em 10 set.2017.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Periódicos eletrônicos: Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465/2017: nova lei, nova hermenêutica*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/478460341/direito-real-de-laje-a-luz-da-lei-n-13465-2017-nova-lei-nova-hermenutica>>. Acesso em 10 set.2017.

Em suma, pode-se registrar o direito real de laje no cartório sem que haja construção prévia, mas caso haja uma, ela deve atender a toda normatização urbanística municipal. Logo, percebe-se que o primeiro ato seria inócuo, e que o município ainda daria a palavra final sobre o instituto.

Outra questão para meditar diz respeito à Lei nº 6.015/1973, que dispõe sobre registros públicos. Essa Lei exige em seu artigo 176, § 1º, I, e II que cada imóvel tenha matrícula própria que deve atender requisitos, tais como: número de ordem, data, a identificação do imóvel, se urbano com suas características e confrontações.

O artigo 236 desta mesma lei dispõe ainda que nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado.

A Lei nº 13.465/2017 incluiu na Lei nº 6.015/1973 o § 9º ao já mencionado artigo 176, e trouxe a novidade que a instituição do direito real de laje deverá ocorrer por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis, e também por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base, e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca.

Desse modo, o particular interessado no direito de laje deverá providenciar toda a documentação necessária, abrir matrícula própria, ou averbar as matrículas de lajes anteriores.

Ora, sabendo-se que os emolumentos e taxas são calculados conforme o valor venal do imóvel encontra-se aí algumas dificuldades práticas: e se a construção-base não possuir matrícula no registro de imóveis?

Além disso, qual seria neste caso o valor venal do imóvel? O particular que quer fazer o registro do direito real de laje depara-se com a seguinte situação: se a construção-base não possuir matrícula no registro de imóveis como resolver esta questão, bem como sobre que base serão calculadas as taxas e emolumentos?

Essas são questões que na prática trazem lacunas principalmente no tocante ao fato de que aquele que quer registrar o seu direito real de laje geralmente não possui rendimentos para pagar aqueles valores.

Assim, a aplicação do direito de laje na prática diz respeito ao seguinte fato: geralmente aqueles que buscam o direito real de laje são pessoas humildes. Então como poderão elas regulamentar o ato diante dos cartórios, uma vez que em regra, não conseguem arcar com os emolumentos, as taxas, e os tributos que daí não advir?



Por fim, conclui-se que o direito real de laje enfrentará na prática diversas dificuldades para que seja reconhecido pela população das favelas, e efetivado na prática.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a positivação do direito real de laje pela medida provisória nº 759 / 2016 e sua conversão na Lei nº 13.465/2017. O embate materializa-se com o questionamento se estão presentes os requisitos de necessidade e urgência para a edição de medida provisória sobre o direito de laje, e se a conversão em lei posteriormente atende aos anseios representados na Constituição da República.

De um lado, o Poder Executivo edita medida provisória sem amplo debate; de outro, o Congresso Nacional converte a medida provisória em lei.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a medida provisória nº 759 /2016 possuía o requisito de necessidade, mas não trazia o requisito de urgência de forma explícita.

Na justiça, a Lei nº 13.465/2017 ampliou o debate e por consequência aprimorou a redação dos dispositivos.

Tal entendimento consubstancia-se na ideia de que o direito deve atender aos anseios sociais e a formalização das relações dos cidadãos das favelas, mas com amplo debate sobre a aprovação normativa. Em outras palavras, a edição de medida provisória sobre o direito de laje mostrou-se prematura, e o aperfeiçoamento do instituto somente se deu após amplo debate doutrinário positivado pelo Poder Legislativo.

Quanto à questão que se discutiu ao longo do segundo capítulo, a de verificar a inclusão do direito de laje no Código Civil por meio de medida provisória, bem como o afastamento de controvérsias. Argumentos jurídicos bem fundamentados, discutiam, a natureza jurídica do instituto. Alguns juristas entendiam se tratar de um direito de superfície, e outros, de um direito real. A lei suprimiu a dúvida e elencou o instituto do direito de laje como direito real autônomo.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para investigar essa questão, sustentou-se nas opiniões dos juristas e nos artigos encontrados na internet.

A Lei nº 13.465 terminou com a divergência em relação ao direito de laje no tocante à superfície inferior, apontou que a construção base é aquela originalmente construída sobre o solo, e ditou que o direito real de laje é um direito vertical.

Os titulares da laje possuem os direitos que são inerentes ao direito de propriedade de usar, gozar e dispor, e foi mantida a disposição que se trata de interesse local dos municípios e do distrito federal dispor sobre posturas edilícias urbanas.

O direito de preferência no direito de laje, haja vista a proximidade com que as pessoas vivem neste tipo de situação, é um grande avanço social em harmonia com os princípios constitucionais e com as normas do Código Civil.

A Lei nº 13.465/2017 trouxe que a instituição do direito real de laje deverá ocorrer por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis, e problematizaram novas questões como o caso de a construção-base não possuir matrícula no registro de imóveis, e qual seria o valor venal do imóvel.

Um dos objetivos fundamentais da República brasileira consiste em construir uma sociedade solidária, logo não se mostra razoável não ampliar, ou cercear os institutos de direitos reais em face dos evidentes fatos sociais, pois isto obstaria a dinâmica do direito que aperfeiçoa a sociedade.

Por fim, ainda que os cidadãos possam encontrar dificuldades práticas e financeiras para a aquisição do direito real de laje, a sua positivação é um dos primeiros passos para garantir ao cidadão da favela a formalização de sua propriedade de fato.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Paulino de. *Periódicos Eletrônicos*: O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017jan02/direitolajemaodireitorealdireitosuperficie>>. Acesso em: 25 abr 2017.

BRASIL. *Medida Provisória nº 759*, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-publicacaooriginal-151701-pe.html>>. Acesso em: 25 abr 2017.

_____. *Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 10*, de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Congresso/apn-010-mpv759.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2017.

_____. *Exposição de Motivos nº 20/2016, de 21 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 25 abr 2017.



_____. *Lei 13.465, de 11 de julho de 2017*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em 10 set.2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. atualizado até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas,2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, V. 4: Direito das Coisas*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Periódicos eletrônicos: Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465/2017: nova lei, nova hermenêutica*. Disponível em: <<https://flavioartuce.jusbrasil.com.br/artigos/478460341/direito-real-de-laje-a-luz-da-lei-n-13465-2017-nova-lei-nova-hermeneutica>>. Acesso em 10 set.2017.

XIMENES, Rachel Leticia Curcio. *Periódicos eletrônicos: As mudanças criadas pela MP que propõe a regularização fundiária*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/opiniao-mudancas-criadas-mp-regularizacao-fundiaria>>. Acesso em 10 set.2017.



REGULARIZAÇÃO DA EUTANÁSIA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE NÃO CRIMINALIZAÇÃO MEDIANTE REGISTRO PÚBLICO COMO ATO DE ÚLTIMA VONTADE

Joyce Nogueira Schmitt

Graduada pela Universidade Cândido
Mendes. Advogada. Pós-graduada em
Direito Público e Privado pela Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo – a possibilidade de incluir a eutanásia como tipo penal, por meio do Projeto de Lei do Senado nº 236, faz com que ressurgam polêmicas em torno de sua autorização. Há divergências entre os autores que defendem que o direito à vida deve ser exercido a qualquer custo, mesmo que a vida não seja viável ou indigna; e aqueles que defendem que se o princípio da dignidade humana protege a vida, deve ser protegida a morte digna, admitindo assim a eutanásia. A maioria dos estudos defende a prática da eutanásia nos casos de doença terminal e incurável, com o escopo de preservar a dignidade até o dia que o indivíduo, não mais suportando tal condição, exerça sua autonomia para escolher a forma de morrer. O trabalho pretende abordar as questões da autonomia para morrer e a possibilidade de não criminalizar a eutanásia por meio de ato de última vontade, estabelecendo sua forma, modo e critérios para sua admissão.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito à Vida Digna. Eutanásia. Direito à autodeterminação. Autonomia da vontade. Ato solene. Diretivas antecipadas de vida. Testamento vital.

Sumário – Introdução. 1. A Inclusão da Eutanásia no Anteprojeto de Reforma do Código Penal: uma discussão pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e morte dignas. 2. A Autonomia da Vontade do Titular do Direito à Vida: decisão livre sobre a continuidade ou interrupção de uma vida sem perspectiva. 3. Testamento Vital: há possibilidade de descriminalizar a eutanásia mediante ato de última vontade na forma de registro público?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A eutanásia possui uma motivação humanitária, piedosa: é a abreviação da vida de uma pessoa em sofrimento, a qual pode ser praticada mediante ação concreta, eutanásia ativa, bem como pela omissão nos tratamentos ou cuidados, eutanásia passiva. Trata-se de um tema controverso, com alto grau de complexidade, que envolve não só questões jurídicas, como também culturais, morais, políticas, sociais e religiosas.

No Brasil, a eutanásia é considerada crime, contudo, crescem as discussões sobre a criminalização da eutanásia e a sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que embora o ser humano não tenha um domínio sob o início de sua vida, já que seu nascimento decorre da vontade de outras pessoas, todos têm direito de usufruir



de uma vida digna e também, em casos específicos, permitir ao indivíduo escolher como será a sua morte.

Na doutrina encontra-se quem defende que finalidade da eutanásia seria pôr fim a um sofrimento insuportável, desumano, antecipando e possibilitando uma morte menos dolorosa e mais digna, de outro lado, há os que sustentam que a eutanásia é um crime doloso contra a vida e, portanto, uma violação ao direito à vida, protegido pela Constituição.

Assim, importa identificar se seria possível descriminalizar a eutanásia e de que forma poderia sua prática ser admitida, uma vez que dignidade da pessoa humana possui um papel central na nova ordem jurídica nacional, visando garantir que a existência do homem seja digna, dignidade esta centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada indivíduo.

Inicia-se o primeiro capítulo, demonstrando a possibilidade de inclusão do tipo penal eutanásia no Código Penal, mediante Projeto de Lei do Senado, discutindo se o princípio da dignidade humana é absoluto e indisponível a ponto de não se admitir a prática da eutanásia ou se tal prática seria um direito a uma morte digna.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, acerca da autonomia da vontade do indivíduo, relacionando com o tema da eutanásia, no sentido de se admitir que a pessoa seja livre para decidir sobre a continuidade ou interrupção de uma vida sem perspectiva, pela irreversibilidade de seu quadro clínico.

O terceiro e último capítulo, destina-se a discutir acerca da possibilidade e/ou compatibilidade de legalizar o instituto da eutanásia no Brasil, mediante ato solene, conhecido como diretivas antecipadas de vontade ou testamento vital, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e direito à boa morte, levando em conta quais termos, condições e limites que esta permissão poderia ser estabelecida.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador levantará hipóteses, visando a uma solução para o tema escolhido.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, uma vez que os dados coletados não são passíveis de mensurar, permitindo que a análise seja feita por meio de percepções e entendimento geral sobre o tema, em que pretende o pesquisador se valer do método bibliográfico, mediante material já publicado, tais como livros, artigos, periódicos, legislação, internet, com a finalidade de embasar o trabalho científico.

1. A INCLUSÃO DA EUTANÁSIA NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, NO DIREITO À VIDA E MORTE DIGNAS

Atualmente, a Eutanásia é proibida no Brasil, a conduta se praticada pode ser tanto tipificada no homicídio, quando alguém pratica o fato típico previsto no art. 121 do Código Penal, ou pode ser tipificada no auxílio ao suicídio, quando se auxilia alguém a tentar contra sua própria vida, previsto no art. 122, do Código Penal. Todavia, há em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236¹, que visa a reforma do Código Penal e dentre as alterações eleger a Eutanásia como tipo penal e traz a seguinte solução:

Eutanásia.

Art. 121. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena, avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afecção do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, esta circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Em que pese a possibilidade de inclusão da Eutanásia no Código Penal brasileiro, a questão ainda carece de discussões aprofundadas sobre o tema, dentre elas, se esta norma se enquadra no princípio da dignidade da pessoa humana e se respeita o direito fundamental à vida, valores básicos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

O princípio da dignidade humana está previsto no art. 1º, inciso III da CRFB/88², é um direito fundamental, em que os titulares são todos os homens, atingindo a todos sem distinção.

Miguel Reale³ assevera “que toda pessoa é única e nela já habita o todo universal, que faz dela um todo inserido no todo da existência humana, (...) o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência [...]”, concepção esta considerada como metafísica do ser humano, na qual o princípio da dignidade

¹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012: anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <<https://legis.senado.gov.br/sdleg-getter/documento?dn=351562&disposicao=inline>>. Acesso em 15 mar. 2017.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2017.

³ REALE, apud MENDES, Gilmar Ferreira; OLEIRO, Inocência Mártins; BRANCO, Paulo Gustavo Gusat. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.



humana deve ser valorado sob este prisma e seu valor ser considerado pré-constituinte e com hierarquia supraconstitucional⁴.

A dignidade da pessoa humana está centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, havendo uma ligação entre as noções de liberdade e de dignidade, uma vez que o reconhecimento e a garantia dos direitos de liberdade constituem uma das principais características do respeito à dignidade da pessoa humana.

Quanto ao tema, Ingo Salet⁵, assim dispõe:

[...] a dignidade da pessoa humana faz com esta seja merecedora do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido como derivado do princípio do Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser tratado conforme os demais princípios previstos na Constituição; ele pode ser considerado absoluto, não se sujeitando a juízo de ponderação com os demais valores de mesma hierarquia constitucional, ou pode ser considerado relativo, podendo sofrer limitações.

A Constituição da República Federativa do Brasil⁶ admite a limitação dos direitos fundamentais, inclusive no art. 5º, XLVII da CRFB/88 há previsão expressa da pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Nesse sentido, se o direito à vida foi expressamente relativizado pela Constituição, deve se indagar se seria possível, pela liberdade individual e autodeterminação, o indivíduo dispor desse direito.

Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, demonstram que alguns direitos fundamentais são indisponíveis, dentre estes direitos estaria o direito à vida, no sentido de que não basta o titular desse direito consentir que ele seja alienado, não se admite a privação de sua dignidade. Nesse sentido, o direito à vida é de titularidade de todo ser humano e, portanto, deve ser um direito e não mera liberdade, não se admite optar por não viver, “na medida em que os poderes públicos devem proteger este bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em

⁴ Sobre essa tomada de posição, ver, entre outros, COELHO, Inocêncio Mártires. Fundamentos do estado de direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169-177.

⁵ SALET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁶ BRASIL, *op.cit.*, nota 2.

contrário de seu titular⁷. Nesse sentido, não se admite o consentimento para a prática da eutanásia.

De outro lado, autores como Luís Roberto Barroso⁸, Roberto Dias⁹, Maria de Fátima Sá Freire¹⁰ discutem sobre a legalização da eutanásia, com fundamento nos avanços da Medicina e no prolongamento artificial da vida, de modo que a ética, a moral e a religião entram em conflito em relação a possibilidade de o indivíduo optar pela não manutenção de uma vida de sofrimento.

A questão acerca da proteção à vida perpassa a sua dignidade, contudo, deve a morte também merecer proteção e ser digna, respeitando a autonomia da vontade, como forma de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, seja no campo normativo, na doutrina ou na jurisprudência, como forma de promover a defesa dos direitos humanos em geral.

Nesse aspecto, em 2013, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹, em sede de apelação na qual o Ministério Público ingressou com pedido de alvará judicial para suprimento de vontade para autorizar a amputação do pé esquerdo necrosado de um paciente idoso usuário-morador do Hospital Colônia Irapuã e ex-lunático, que não queria se submeter à amputação e, de acordo com o laudo psicológico acostado aos autos à folha 02, “está desistindo da própria vida, vendo a morte como alívio do sofrimento”. O desembargador Inen Marini, relator da referida apelação, entende que nestes casos o direito à vida deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, caput c/c 1º, III, ambos da CRFB/88), que pelo direito à vida não ser absoluto, tendo em vista que não há obrigação constitucional de viver, deve ser admitida esta última manifestação de vontade.

Essa decisão está em consonância com a Resolução CFM nº 1995/2012¹², que, em suas razões, considera que os novos recursos tecnológicos acabam por permitir a adoção de medidas desproporcionais, as quais prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem antecipadamente ser rejeitadas por ele; e, em seu artigo

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Cursos de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 394.

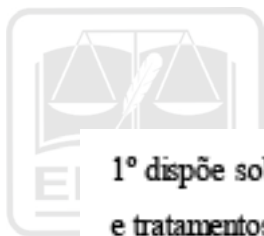
⁸ BARROSO, Luís Roberto; GOZZO, Débora. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In: LIGHIRA, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁰ SÁ, Maria de Fátima. *Freire de. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70054968766*. Relator: Desembargador Inen Marini. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430026/apelacao-civel-ac-70054968766-es>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1995, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.portaleducacao.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13/10/2017.



1º dispõe sobre os “desejos prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Nesse contexto, não basta que a existência do homem seja preservada: deve ser garantida a sua dignidade, de modo que os direitos fundamentais sejam os instrumentos que assegurem essa dignidade às pessoas, direito a uma vida digna, devendo ser também ofertada uma morte digna.

2. A AUTONOMIA DA VONTADE DO TITULAR DO DIREITO À VIDA: DECISÃO LIVRE SOBRE A CONTINUIDADE OU INTERRUPÇÃO DE UMA VIDA SEM PERSPECTIVA

O indivíduo é o titular do direito à vida, direito constitucionalmente garantido, de modo que o Estado protege a vida de forma quase que absoluta, todavia, em alguns casos particulares, tais como aqueles indivíduos que estão em estado de doença terminal, com sofrimento insuportável e sem perspectiva de cura, esse direito pode representar um dever de sofrimento. Nestes casos, discute-se sobre a possibilidade de o direito à vida ser mitigado para que prevaleça a real vontade do indivíduo, uma vez que “O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas, algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer”¹³.

Muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁴ disponha sobre a liberdade religiosa, ela não admite que haja prevalência dos dogmas religiosos sobre o Estado, nem mesmo discrimina indivíduos que não professam qualquer religião, de maneira que considera-se o Brasil um Estado laico.

Roberto Dias¹⁵, demonstra que, principalmente entre os representantes das entidades religiosas, não há apoio à ideia de que o indivíduo possa autorizar a eutanásia, entretanto, pela laicidade do Estado brasileiro, aquele que acredita que a vida é um dom divino, ou seja, que possui um valor sagrado que a torna indisponível, não estaria, por óbvio, obrigado a cometer

¹³ SA, *op.cit.*, p. 77.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁵ DIAS, *op. cit.*, p.170.

eutanásia, “ao contrário, nessa hipótese, ela teria o direito de exigir que a eutanásia não lhe seja imposta, com a proteção do Estado voltada a garantir tal direito”.

Em relação à manutenção da vida de um doente terminal, o tratamento digno deve ser assegurado tanto àqueles que por questões religiosas aceitam viver a enfermidade até as últimas consequências, minimizando os efeitos da doença incurável, quanto àqueles que diante da impossibilidade de cura não se apegam aos dogmas religiosos e, por sua livre disposição, preferem antecipar a sua morte, assegurando a prevalência de sua última vontade.

Assim, a possibilidade de o indivíduo decidir, no exercício de sua liberdade, acerca da continuidade de sua vida diante da irreversibilidade de seu quadro clínico, depende também do exercício de sua autonomia, que pode ser definida nos seguintes termos: “a autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa”¹⁶.

Segundo Barroso, para o exercício da autonomia se faz necessário o preenchimento das seguintes condições: “como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)”¹⁷. Assim, segundo o autor, a autonomia compreende também as decisões pessoais, tanto no campo religioso, quanto nos relacionamentos interpessoais e profissionais, dentre outras decisões, de modo que não pode ser suprimida por qualquer interferência da sociedade ou do Estado.

Maria Helena Diniz¹⁸, informa que há entendimento de que a eutanásia ativa é uma forma de homicídio e que o direito fundamental à vida não admite que ninguém promova ou antecipe a morte de outrem, que não existe justificativa suficiente para admitir tal prática, pelas seguintes razões: “a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura”. Em continuidade a esse raciocínio, a autora expõe que quanto à possibilidade de livre consentimento do indivíduo, sob o fundamento de que vida humana é um bem jurídico protegido pela Constituição, “o homem não tem direito de consentir em sua morte, não tem direito de matar-se, nem de exigir que outrem o mate, por não ser dono de sua própria vida”¹⁹.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. trad. Humberto Lupat de Mello, 3ª reimpr. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 81.

¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 498.

¹⁹ *Ibidem*, p. 499.



O Código Civil²⁰, em seus artigos 3º e 4º, incisos I e III, dispõe sobre os absolutamente incapazes, os quais não podem exercer pessoalmente os atos da vida civil, e, respectivamente, os relativamente incapazes, os quais não possuem autonomia em relação a certos atos da vida civil ou a maneira de exercê-los, ou seja, ou são incapazes de se expressar ou de se autodeterminar.

Segundo Maria de Fátima Sá Freire²¹, a personalidade será inserida dentro de uma esfera de relações, a partir do momento em que a pessoa se autodetermina, de modo que “a vida inteira deixa de ser vista como um *dever* jurídico ou moral, passando a ser um *direito*, cuja realização não dispensa a participação da própria pessoa”.

Nesse sentido, nas situações de grave enfermidade, o indivíduo tem direito de ser informado sobre as suas perspectivas de vida ou morte e os cuidados que podem lhe ser administrados, por outro lado esta pessoa também tem o direito em não saber o seu real estado de saúde e dos cuidados que lhe serão ministrados. Trata-se de direito à informação, “pressuposto essencial para que o paciente possa decidir acerca do rumo a tomar em relação à sua saúde e, em última análise, à sua vida e à sua morte”²².

A Constituição Federal²³, ao determinar que a todos os indivíduos são assegurados uma vida digna, não proibiu que estas pessoas tenham autonomia para decidir se querem ter uma dignidade mínima levando uma doença incurável, sem perspectivas de mudança ou superação do sofrimento por ele vivido, até que um dia deixe de existir, ou se elas querem abreviar sua vida, privilegiando-se a sua própria individualidade para escolher ter uma morte digna, sem que isso afronte o direito à vida.

Autorizar, em casos específicos, a prática da eutanásia não significa que todas as pessoas estariam obrigadas a praticá-la, tanto o médico por escusa de consciência pode se negar a efetivá-la, quanto aqueles que não admitem tal prática teriam o direito de que não lhe seja infligida, contudo, aqueles que podem expressar sua vontade teriam o direito de dispor de sua vida.

Ao admitir a possibilidade de praticar a eutanásia, sem que isso configure crime, deve ser antes estabelecido alguns limites, dentre eles que somente pessoas capazes, que conseguem exprimir sua vontade, que a autorização se dará mediante um documento formal, de maneira a conferir segurança jurídica ao ato, uma vez que,

²⁰BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10405.htm>. Acesso em 02 fev. 2017.

²¹ SÁ, *op. cit.*, p. 161.

²² DIAS, *op. cit.*, p. 175.

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.



No Brasil, a manifestação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema é incipiente. Optamos por defender a legitimidade das diretivas, como manifestação escrita, feita por pessoa capaz que, de maneira livre e consciente, determina suas opções, seus desejos e preferências, que devem ser respeitados quando ocorrem situações clínicas que impeçam a comunicação da vontade pelo titular²⁴.

Embora não haja lei regulamentando a possibilidade de conferir a um certo documento estatuto legal, concedendo imunidade civil e criminal aos profissionais que atuam na área médica, deve ser analisada a possibilidade de formular um documento, de modo a preservar a autonomia da vontade do indivíduo e a sua dignidade enquanto pessoa, quando não puder exprimir sua vontade, em última análise, trata-se de uma espécie de testamento de vida.

3. TESTAMENTO VITAL: HÁ POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAR A EUTANÁSIA MEDIANTE ATO DE ÚLTIMA VONTADE NA FORMA DE REGISTRO PÚBLICO?

No âmbito do biomedicina, há diversas discussões acerca da autonomia do paciente para decidir sobre possíveis tratamentos clínicos os quais ele possa ser submetido, a partir do conhecimento de sua situação de saúde, direito de autodeterminar-se, bem como discussões sobre o direito dos médicos em recusar dispensar ao paciente tratamentos que ofendam suas crenças profissionais ou morais.

Atualmente, embora no Brasil o consentimento informado não esteja expressamente previsto em lei, o Código de Ética Médica²⁵ dispõe em seu art. 22 que o paciente tem direito de ser informado sobre seu estado de saúde, quais tratamentos estão disponíveis e liberdade de escolha sobre o tratamento mais adequado ao seu caso, mediante manifestação de vontade, todavia, o paciente também tem direito de não ser informado se este for o seu desejo. Nesse sentido, a autonomia da vontade do paciente se manifesta por sua autodeterminação, uma vez que é "sujeito de direitos e obrigações, com poder de tomar decisões e exercer sua liberdade de escolha no que diz respeito às questões que envolvam seu corpo e sua vida"²⁶.

²⁴ SÁ, *op. cit.*, p. 191.

²⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.931*, de 24 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em 12 out. 2017.

²⁶ LEHNER, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. O consentimento informado como direito da personalidade. In: _____. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.



Dessa premissa, no direito à saúde, surge a obrigatoriedade de se obter o consentimento informado, uma vez que ele se assenta no direito à liberdade do paciente, a qual deve ser plenamente exercida, desde que não viole interesses sociais comuns e a dignidade de terceiros, quando caberá ao Estado limitar estas escolhas.

O Brasil optou pela valorização máxima da vida, priorizando o modelo biomédico de cuidado intensivo e a máxima intervenção na saúde dos pacientes, de modo que não se admite a abreviação da vida por ato de terceiros, tanto a conduta omissiva quanto a comissiva, configurando o crime de homicídio por parte do sujeito ativo.

Luís Roberto Barroso e Débora Gozzo²⁷ sustentam que, em casos extremos, seja possível a abreviação da vida por ato próprio ou de terceiros, a justificativa pode ser sintetizada nos seguintes termos:

O prolongamento sacrificado da vida de paciente com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais, indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, os conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação.

Em que pese não existir no nosso ordenamento jurídico lei que regule a autonomia da vontade do paciente, o Conselho Federal de Medicina publicou no Diário Oficial da União, em 28 de novembro de 2006, a Resolução nº 1.805, a qual em seu artigo 1º admite aos pacientes gravemente enfermos, por doença incurável e em fase terminal que “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”²⁸.

Trata-se da autorização para a prática da eutanásia, conceito que Maria Fátima Freitas de Sá²⁹ denomina de “eutanásia passiva”, que é o “não início de tratamento ou suspensão do tratamento sem prolongar a vida”. O intuito desse procedimento é de não prolongar a vida dos pacientes que não têm mais chance de cura e estão em estágio terminal, de modo que a Resolução nº CFM 1.805/2006³⁰, em seu artigo 2º dispõe que o médico, nesses casos, deve continuar a ministrar medicamentos para que os sintomas do paciente sejam aliviados, “assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”.

²⁷ BARROSO, *op.cit.*, 2012, p. 34.

²⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmec.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 12 out.2017.

²⁹ SA, *op.cit.*, p. 88.

³⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *op.cit.*, nota 28.



O Capítulo V, do Código de Ética Médica³¹, o qual dispõe sobre a relação dos médicos com pacientes e seus familiares, verifica-se que há vedação expressa da prática da eutanásia, como ato de abreviar a vida do paciente a seu pedido ou a pedido do seu representante legal. Todavia, o parágrafo único do artigo 41 prevê a possibilidade de se autorizar a prática da eutanásia, ou seja, diante de doença incurável e terminal “deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”³².

Como não há legislação que regule ou direcione a tomada de decisões do paciente em caso de incapacidade, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012³³, a qual dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, definindo no art. 1º “como o conjunto de desejos, prévios e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autocomunemente, sua vontade”.

Segundo Elka Costa Cruz³⁴, as diretivas antecipadas de vontade não são sinônimo de testamento vital, elas são gênero em que o testamento vital e o mandato duradouro são espécies. No testamento vital, o qual pode ser modificado a qualquer tempo, a pessoa antecipadamente declara sua vontade, que em casos de futura incapacidade advinda de acidente ou doença, deve ser obedecido os limites por ele impostos em relação aos tratamentos médicos a que quer se submeter ou não, podendo estabelecer se quer ser informado de acerca de diagnósticos que ateste condição fatal, se aceita ser doador de órgãos ou não, bem como indicar representante legal em caso de inconsciência. O mandato duradouro é esta última hipótese, ou seja, indicação de uma ou mais pessoas para ser seu representante quando não puder exprimir sua vontade, pode ser instituído em uma cláusula do testamento vital ou em documento apartado.

Assim, o testamento vital consiste em um documento feito por pessoa capaz, estando ela doente ou não, que visa garantir que, em caso de doença incurável e em fase terminal, a sua última vontade seja respeitada, bem como dá ao médico um respaldo legal para as condutas que serão por ele praticadas.

³¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *op. cit.*, nota 25.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13/10/2017.

³⁴ CRUZ, Elka Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese de Direito da Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 44-59, out./nov. 2013.



A origem das diretivas antecipadas de vontade para tratamento médico remonta à década de 70, nos Estados Unidos da América, as quais foram positivadas pelo *Patient Self-Determination Act* (PSDA)³⁵, vigente a partir de 1º de dezembro de 1991, sendo gênero de manifestação de vontade, dos quais são espécies o *living will* e o *durable power of attorney for health care*. Segundo Cristiane Avancini Alves³⁶, no *living will*, a pessoa pode manifestar sua vontade indicando quais tratamentos médicos podem lhe ser ministrados, bem como recusar alguns tratamentos em caso de incapacidade superveniente, determinar que não sejam adotados tratamento iniciais e que prolonguem seu estado de inconsciência; no *durable power of attorney for health care*, a pessoa determina quem será seu representante legal ou seu curador, o qual vai dar o consentimento informado e adotar as medidas cabíveis para fazer valer a última vontade do paciente.

Em que pese o testamento vital sofrer limitações, uma vez que probe disposições contrárias ao ordenamento jurídico, tais como acerca da eutanásia, tratamento obsoletos, entre outros, bem como respeitar a objeção de consciência do médico, quanto aos seus efeitos “produz efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do paciente e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições”³⁷.

A doutrina orienta que o testamento vital e demais diretivas de autonomia da vontade não são institutos do direito sucessório, embora contenha a palavra testamento difere do testamento previsto no Código Civil³⁸, embora também possa ser revogado a qualquer tempo, não produz efeito post mortem e nem exige ato solene, trata-se de “um negócio jurídico unilateral, que produz efeitos *inter vivos* e deve ser equiparado, no que tange aos requisitos, às declarações de vontade”³⁹.

O testamento vital carece de regulamentação por lei, para que sejam estabelecidas a sua forma, a legitimidade para sua elaboração, os limites, a forma de representação, bem como o prazo de validade. Ademais, faz-se necessário reconhecer se o poder de autodeterminação individual do paciente em estágio terminal autoriza a disposição em testamento vital sobre a prática da eutanásia, a qual é considerada crime no Brasil.

³⁵ CLOTET, *apud* ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas Antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida*. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 8, p.31, out./nov. 2013.

³⁶ ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida*. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 24-41, out./nov. 2013.

³⁷ DADALTO, Luciana. *Aspectos registrares das diretivas antecipadas de vontade*. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 60-69, out./nov. 2013.

³⁸ BRASIL, *op.cit.*, nota 20.

³⁹ DADALTO, *op.cit.*, p.66.

Moreira⁴⁰ defende que o testamento vital “não pode ser elaborado em toda e qualquer situação de enfermidade, não sendo um instrumento limitado de autonomia do paciente”. Nesse sentido, o testamento vital somente seria utilizado nos casos de doença em fase terminal, a qual não pode ser confundida com doença irreversível, vejamos:

A doença terminal baseia-se em dois pontos: a irreversibilidade e a ocorrência da morte no prazo de 3 (três) a 6 (seis) meses. Já a doença irreversível, embora insuscetível de cura, não necessariamente é terminal, podendo ocorrer em prazo muito superior àquele mencionado para a doença terminal [...] A escolha dos tratamentos médicos de que deseja ser submetido não pode ser confundido com a realização da eutanásia, pois não se trata de antecipar a morte, mas, sim, de deixá-la acontecer no seu tempo⁴¹.

Quanto à possibilidade de suspender a hidratação e a alimentação, não há um consenso doutrinário, a suspensão da alimentação e da hidratação não deixa de configurar eutanásia, uma vez que deixa o paciente morrer sem qualquer suporte ou cuidados paliativos, em flagrante desrespeito a uma morte digna.

A morte é um tema de concepções abrangentes e que é permeada por tabus, que em alguns casos possui uma carga dogmática religiosa que impede o indivíduo questionar se é possível admitir uma morte no tempo certo, por escolha do indivíduo.

Admitir que vida digna é aquela que respeita as qualidades de cada indivíduo, considerado em si mesmo, de acordo com seus interesses, sua vida progressa e sua perspectiva de vida, admite-se também tanto a possibilidade e direito do indivíduo manter-se vivo a qualquer custo como dispor acerca de como quer morrer. Assim, retira-se o caráter sacro da vida, nos termos que Ronald Dworkin⁴² utilizou para aclarar a questão sobre a aceitação da eutanásia,

[...] a questão colocada pela eutanásia, não é saber se a santidade da vida deve ceder espaço a algum outro valor, como a humanidade ou a compaixão, mas de quem modo a santidade da vida deve ser entendida e respeitada. As grandes questões morais do aborto e da eutanásia, que dizem respeito à vida em seu início e seu fim, têm uma estrutura semelhante. Cada uma envolve decisões não apenas sobre os direitos e interesses de pessoas em particular, mas sobre a importância intrínseca e cósmica da vida humana em si. Em cada caso, as opiniões se dividem não porque alguns desprezam valores que para outros são fundamentais, mas, ao contrário, porque os valores em questão encontram-se no centro da vida de todos os seres humanos e porque nenhuma pessoa pode torná-los como triviais a ponto de aceitar que outros lhe imponham seus pontos de vista sobre o significado desses valores. Levá-los a morrer de uma maneira que os outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida é uma devastadora e odiosa forma de tirania.

⁴⁰ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento Vital: um estudo sobre o seu conteúdo típico no Brasil. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 77, out./nov. 2013

⁴¹ *Ibidem*, p. 79.

⁴² DWORKIN apud CRUZ, Hissa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 51, out./nov. 2013.



A opção por abreviar a vida, nos casos em que não há qualquer perspectiva de vida longa, por estado terminal ou doença incurável que impossibilita o paciente de ter uma vida digna, se o indivíduo é capaz ou era capaz no momento de registrar as diretivas antecipadas de vontade, mediante testamento vital, a escolha de como deve morrer deve ser sua. Embora não haja no Brasil lei regulamentando o testamento vital, não há óbice em sua formulação, contudo, devem ser observados alguns requisitos para dar segurança jurídica a tal ato.

Em primeiro lugar, por se tratar de disposição de um bem jurídico constitucionalmente protegido que é a vida, somente seu titular pode dispor, de modo que não pode ser admitido que terceiro, que não foi legalmente constituído como representante legal, estabeleça quando e a forma que o paciente deve morrer, ou ter seus cuidados paliativos preservados.

Em segundo lugar, o testamento vital é um ato de vontade antecipada, que deve ser feito de forma expressa, exigindo-se a capacidade plena para tal ato de vontade, assim, menores de 18 anos não poderiam dispor de sua vida, bem como seus pais, tutores e representantes legais não podem autorizar a prática da eutanásia, uma vez que quando a pessoa não pode exprimir a sua vontade o Estado deve proteger a vida de forma absoluta.

Por fim, enquanto não há lei regulamentando o testamento vital, a autorização para a prática da eutanásia em situações extremas não deve obedecer aos requisitos de validade da declaração de vontade, qual seja forma livre, conforme dispõe o art. 107 do Código Civil de 2002, tendo em vista a insegurança jurídica ao se reconhecer a autonomia do paciente para morrer já que a prática da eutanásia se trata de disposição de bem jurídico constitucionalmente protegido.

CONCLUSÃO

O contexto apresentado neste trabalho remeteu às relações entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade, como forma de pensar acerca da possibilidade de o indivíduo estabelecer diretivas antecipadas de vontade, para que nos casos de incapacidade e em situações que não possa expressar sua vontade, seja respeitado o seu último desejo.

As discussões travadas no decorrer da pesquisa, apresentou uma alternativa para a promoção dos direitos individuais, no sentido de preservar o direito constitucional e personalíssimo a uma vida digna e também a uma morte digna, mediante testa-



Em que pese não existir legislação específica sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina introduziu o âmbito da deontologia médica a Resolução nº 1.995/2012, a qual estabelece que é dever do médico respeitar as diretivas antecipadas de vontade, que podem consistir no testamento vital.

Além disso, verificou-se que há ainda muitas lacunas a serem preenchidas quando se trata de testamento vital, uma vez que não diretrizes estabelecendo seu âmbito de incidência, quem pode ser considerado capaz para elaborá-lo, bem como as formalidades que devem ser respeitadas a fim de que haja segurança jurídica na aplicação de seu conteúdo.

Ao admitir que o testamento vital preveja a hipótese de abreviação da vida, em casos de doença incurável e irreversível, em respeito à vontade expressa do indivíduo demanda maior análise e cuidado.

Em primeiro lugar, o testamento vital não pode vincular o médico às declarações aí contidas, deve ser buscada alternativa para que seja preservada a autonomia do paciente, sua autodeterminação, mas também preservar a autonomia do médico, pois em muitos casos diante de situações que embora consideradas irreversíveis, repletas de dor e sofrimento, pode haver escusa de consciência por parte do profissional e ele não queira aplicar medicação que abrevie aquela vida em sofrimento.

Outra questão que surge é como vincular os familiares ao testamento, uma vez que há situações em que o paciente sempre indicou que não gostaria de se submeter a tratamentos desnecessários, quando diante de uma doença incurável, irreversível e em fase terminal, sendo preferível morrer com dignidade mediante uma injeção letal, mas os familiares do paciente não aceitam tal argumento e tentam a qualquer custo manter aquela vida inválida, nem que para isso tenham que contestar a validade do documento, o que além de gerar alto custo em nada melhora a condição do indivíduo.

O tema da eutanásia também remeteu a delicadas questões acerca dos requisitos para a elaboração do testamento vital, de modo que concluiu que por ser a vida um bem constitucionalmente protegido, somente o titular dela pode dispor de modo a abreviá-la, além disso este indivíduo deve ser considerado juridicamente capaz no momento da declaração de vontade.

Nesse sentido, não devem ser considerados válidos os atos praticados por menores de 18 anos, por agentes incapazes de exprimir sua vontade e nem por terceiros que não tenham sido nomeados representantes legal. A alternativa que caberia nesses casos de incapacidade, seria a prática da ortotanásia, mediante autorização de seus familiares, que seria a morte digna a seu tempo, ou seja, ministrar cuidados paliativos até que a vida tenha fim segundo seu curso



natural, uma vez que se o indivíduo não pode expressar sua vontade é dever do Estado proteger a vida de forma absoluta.

Ficou evidente, por estas razões, que o autor prioriza e defende o direito à vida e a uma morte digna, mas que enquanto não existir lei regulamentando o testamento vital, não se pode admitir que ele seja elaborado de forma livre, apenas obedecendo os requisitos de validade da declaração de vontade prevista no art. 107 do Código Civil de 2002, tendo em vista que atualmente o respeito à autonomia da vontade para morrer gera insegurança jurídica, já que a eutanásia é a disposição de um bem jurídico constitucionalmente protegido, qual seja, a disposição da vida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. *Revista Síntese de Direito de Família*, São Paulo: v. 15, n. 80, p. 24-43, out./nov. 2013.

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

BARROSO, Luís Roberto; GOZZO, Débora. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In: LIGUEIRA, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva: 2012.

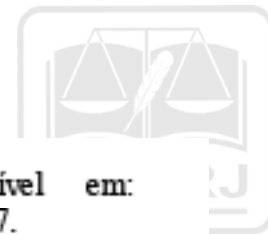
BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012: anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dnr=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70054988266*. Relator Desembargador Irineu Mariani. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em: 06/05/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.885, de 28 de novembro de 2006*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.



. Resolução nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 12 out. 2017.

. Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

CRUZ, Elisa Costa. *Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana*. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 44-59, out./nov. 2013.

DADALTO, Luciana. *Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade*. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 60-69, out./nov. 2013.

DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev. e aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN apud CRUZ, Elisa Costa. *Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana*. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 51, out./nov. 2013.

LIGIEIRA, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. O consentimento informado como direito da personalidade. In: _____. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Mayana Sales. Testamento Vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. *Revista Síntese de Direito de Família*, São Paulo, v. 15, n. 80, p. 70-81, out./nov. 2013.

REALE, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

Julia Cunha Sanglard Torres

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito lato sensu pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - Desde 2009, o STF condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão, ressalvada a possibilidade de prisão preventiva. Assim, era possível a aplicação dos institutos benéficos da execução aos condenados presos preventivamente. Mas em 2016, ao julgar o HC nº126292, houve uma mudança de entendimento e passou a admitir a possibilidade de execução da sentença penal condenatória, depois de confirmada em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário. Portanto, a partir disso, os condenados podem iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade independente de decretação de prisão preventiva. Dessa forma, deve ser analisado o impacto desse novo entendimento no princípio da presunção de inocência. A partir de técnicas de interpretação constitucional o STF compatibilizou o princípio com as exigências e transformações da sociedade. Contudo, o objetivo principal deve ser a concretização e defesa da máxima efetividade dos direitos fundamentais e não a sua restrição.

Palavras-Chaves: Direito processual penal. Execução da pena. Princípio da presunção de inocência.

Sumário: Introdução. 1. Processo penal constitucional: princípio da presunção de inocência x Código de Processo Penal de 1941. 2. Análise de eventual incompatibilidade entre a presunção de inocência e execução provisória da pena. 3. Mudança de entendimento do STF como mecanismo de combate à impunidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a temática da possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, analisando eventual violação de garantias fundamentais como pressuposto de combate a criminalidade. Objetiva-se discutir como o novo entendimento do STF afeta a garantia constitucional da presunção de inocência.

Desde 2009, o STF condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão, ressalvada a possibilidade de prisão preventiva. Mas em 2016, ao julgar o HC nº126292, mudou o entendimento e passou a admitir a possibilidade de execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau.

A questão é controversa, pois a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, LVII a garantia da presunção de inocência, impondo a liberdade como regra, ainda que

durante o curso do processo. Como o status de inocência apenas termina após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão durante o processo deve ser fundamentada na celeridade, ocorrendo de forma excepcional.

Além disso, no processo penal os recursos assumem uma função de grande importância, atuando como mecanismo para o reexame de decisões judiciais, caracterizando desdobramentos do princípio do devido processo legal e ampla defesa.

Contudo, o contexto atual de violência vivenciado no país exige que o direito penal seja utilizado como política social com o objetivo de solucionar o problema da criminalidade. Assim, é possível observar o problema da superlotação carcerária, sendo muitas pessoas provisórias. Surge, então, a necessidade de reconhecer a execução provisória da pena, admitindo a aplicação de benefícios previstos na Lei de Execução Penal, ainda exista a possibilidade de recurso da decisão de condenação.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando que o Código de Processo Penal foi criado em 1941 e seus artigos devem ser interpretados conforme os princípios constitucionais. O processo penal deixa de ser considerado mero instrumento do poder punitivo estatal para adquirir maior importância como limitador desse poder na proteção dos indivíduos.

No segundo capítulo, pondera-se sobre a compatibilidade entre a presunção de inocência e a execução provisória da pena a partir dos entendimentos dos Tribunais Superiores. Verifica-se a necessidade de discussão acerca da atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

O último capítulo é reservado à reflexão acerca da mudança de entendimento do STF em 2016 para permitir a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. Analisa-se os argumentos usados pelo STF na decisão do HC n 126292.

A pesquisa a ser apresentada será realizada, principalmente, pela metodologia hipotética-dedutiva para analisar os diferentes aspectos da colisão entre os direitos fundamentais que norteiam a questão. Além disso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, usando a bibliografia pertinente a temática para sustentar a sua tese.



1. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Apesar de mudanças posteriores, o nosso Código de Processo Penal entrou em vigor no ano de 1942. Significa que algumas normas de processo penal decorrem de um regime autoritário, pois estava vigente a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. Dessa forma, nosso código de processo é de uma época em que a pena de morte era admitida para alguns crimes, deixou-se de prever o princípio do juiz natural para permitir o julgamento perante Tribunal Especial.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, rompeu com o regime autoritário anterior e consolidou a democracia ao prever direitos e garantias fundamentais. J. Gótschmidt¹ assegura que o processo penal de uma nação caracteriza o termo entre os elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição.

Flávio Martins² ao discorrer sobre a constitucionalização do processo afirma:

[...] é indispensável que o processualista analise sua ciência se não tiver os olhos voltados para o regimento constitucional explícito e implícito. Estudar o processo olvidando-se da base constitucional sobre o qual ele se fundamenta é o mesmo que edificar sem se preocupar com as estruturas.

Diante disso, se verifica a importância da interpretação do Código de Processo Penal conforme à Constituição de 1988, lei que se encontra no ápice do ordenamento jurídico. O processo penal deve ser entendido como instrumento da eficácia de garantias constitucionais do indivíduo.

A liberdade individual, protegida pela Constituição de 1988, decorre do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Por isso, Aury Lopes Jr.³ assegura que o processo não pode ser considerado mero instrumento do poder punitivo estatal, mas limitador do poder e garantidor do indivíduo.

Jacinto Coutinho⁴ afirma que "o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. Mais do que isso, é a porta de

¹GÓTSCHMIDT APUD LOPES JR., AURY. *Direito Processual Penal* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [obsc].

²MARTINS ALVES NUNES JR., Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.927.

³LOPES JR., op. cit.

⁴COUINHO, Jacinto. *Por Que Surtos a Democracia de Sistema Processual Penal Brasileiro?* In: FRAIDO, Geakio; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 162.

entrada da democracia". Assim, caracteriza garantia de tratamento igualitário na aplicação da lei.

Portanto, se percebe que o processo penal tem finalidade além de fornecer os meios para materializar a aplicação da pena no caso concreto e dar efetividade ao direito penal, como propõe Nestor Távora⁵. A função constitucional do processo garante a máxima eficácia dos direitos e garantias individuais.

Assim, princípios constituem regras de julgamento. Como aplicadores do direito, juízes e tribunais, devem buscar a máxima eficácia dos princípios. No processo penal, deve-se ter especial cuidado, pois está em jogo a liberdade dos indivíduos.

O princípio da presunção de inocência foi inserido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988. O artigo 5º, LVII CRFB/88 determina que o status de inocência somente se encerra com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para Nestor Távora⁶, o princípio determina que a parte acusatória tem o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, mas também caracteriza regra de tratamento que impede qualquer antecipação de juízo condenatório. Aury Lopes Jr.⁷ assevera que:

sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deveria ser um princípio de maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição "negativa" (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratado-o efetivamente como inocente).

Portanto, a presunção de inocência pode se manifestar por meio diferentes aspectos no processo penal: incide no âmbito probatório, impedindo a absolvição se a culpabilidade não estiver demonstrada de forma suficiente e se relaciona ao tratamento do imputado, pois exige maior cuidado com imposição de medidas cautelares, que restringem direitos, durante a persecução penal.

Entende-se que o princípio veda o uso abusivo de prisões cautelares. O encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória caracteriza medida excepcional.

Contudo, o que se verifica é uma grande quantidade de presos de forma cautelar. Por isso, se defende a possibilidade de execução penal provisória com a aplicação dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal. Para parte da doutrina, isso não significa adotar a prisão

⁵TÁVORA, Nestor; ROIMAR ROIMBERGER, Alencar. *Curso de Direito Processual Penal* 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.48.

⁶Ibid, p.72.

⁷LOPES JR., op. cit.



como efeito automático da sentença ainda passível de recurso, mas viabilizar a aplicação de alguns institutos em benefício do réu⁸.

Nesse sentido, o Superior Tribunal Federal editou as Súmulas 716 e 717 admitindo a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata do regime menos severo imposto na sentença, ainda que pendente de trânsito em julgado.

Aury Lopes Jr.⁹ alerta para a inversão da lógica do sistema jurídico-constitucional. A prisão cautelar não pode ser entendida como a regra e o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade.

Nesse sentido, Odme Sanguinê¹⁰ ao analisar a evolução histórica da prisão cautelar conclui que:

o Direito Penal passa a impor seus fins preventivos e dirige ao processo penal, e ao encarceramento durante seu transcurso, o cumprimento de fins materiais da pena antecipada. Na realidade da atual sociedade de risco, a prisão preventiva está cada vez mais sendo usada como um fiel mecanismo preventivo de controle e da estratégia estatal de gestão de risco. Não é mais o último recurso, mas, pelo contrário, um instrumento penal preventivo servindo ao seu intuito com o propósito de segurança.

Portanto, a prisão preventiva, na prática, tornou-se verdadeira pena antecipada, usada como instrumento de prevenção social. Nesse contexto, o princípio constitucional da presunção de inocência surge como regra que visa combater o abuso de prisões preventivas.

2. ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

A possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecia no STF até 2009. De acordo com o entendimento da época, a presunção de inocência não impedia a prisão decorrente de acórdão em apelação que confirmava a sentença.

⁸Ibid.

⁹LOPES Jr., op. cit.

¹⁰SANGUINÊ, Odme. Genealogia e Evolução Histórica da Prisão Cautelar. In: FRADO, Geraldo; MALAN, Diego. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.221.

Depois, o STF¹¹ manifestou-se de forma contrária à execução provisória da pena. Firmou-se o entendimento de que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução provisória, com o objetivo de efetivar as garantias processuais do réu.

A partir de 2009 o STF considerou o trânsito em julgado como o esgotamento da via recursal, pois a ampla defesa engloba todas as fases recursais, inclusive, as de natureza extraordinária. No julgamento do HC n.84.078/MG os Ministros consideraram que a execução da sentença depois do acórdão confirmatório em recurso de apelação restringe o direito de defesa.

Conforme leciona Aury Lopes Jr.¹², o sistema recursal se fundamenta em dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado. Os recursos representam desdobramentos da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório.

Sobre o contraditório, Aury¹³ afirma que:

nessa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intencionalmente (não confundir com o juiz-inquiridor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive interlocutórias), evitando situações de offício e a surpresa.

Portanto, pode ser conceituado como o direito de participar e de se manter informado de todos os atos do processo. Como ampla defesa, divide-se em defesa técnica, realizada por profissional habilitado, e auto-defesa, realizada pelo próprio acusado.

Ada Pellegrini Grinover¹⁴ explica a interação da defesa e contraditório:

defesa e contraditório estão indissociavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida [...]

No Processo Penal, os recursos são classificados em ordinários e extraordinários¹⁵. Os recursos ordinários têm a finalidade de reexaminar o caso decidido em primeira instância, por um órgão superior. Considera a matéria de fato e de direito. Enquanto os recursos

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/consulta.do>> Acesso em: 03 abr. 2017

¹² LOPES JR., op. cit., [check].

¹³ Ibid.

¹⁴ PELLEGRINI GRINOVER APUD LOPES JR., AURY. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵ LOPES JR., op. cit.



extraordinários são previstos constitucionalmente. Nelas, os Tribunais Superiores examinam apenas a aplicação da norma jurídica realizada pelo órgão inferior, ou seja, se limitam a discussão de questões de direito¹⁶.

Por sua vez, os recursos extraordinários classificam-se em especial e extraordinário. A diferença são as hipóteses de cabimento: o recurso especial é dirigido ao STJ e será cabível contra eventual violação à direito infraconstitucional, já o recurso extraordinário é dirigido ao STF quando houver eventual violação à Constituição Federal¹⁷.

Existe controvérsia¹⁸ sobre a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários. O artigo 637 CPP determina que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo. Significa que a sentença penal condenatória produz efeitos, ainda que pendente do recurso, e pode ser executada.

A Lei nº 8038/90¹⁹, que disciplina os processos perante o STF e STJ, não solucionou a questão, pois não considera a especificidade do processo penal e confere igual tratamento aos recursos de matéria civil. Para Aury Lopes Jr.²⁰, desconsiderou-se a existência da presunção de inocência e a importância do direito de recorrer em liberdade no processo penal.

De acordo com Nestor Távora²¹, no processo penal, a execução caracteriza um novo processo com caráter jurisdicional e administrativo que objetiva efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal. Assim, os recursos proferidos contra a sentença penal condenatória deveriam ter efeito suspensivo, impedindo seus efeitos e garantindo ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Em relação ao efeito suspensivo dos recursos, Aury Lopes Jr.²² afirma que:

como regra, os recursos proferidos contra a sentença penal condenatória devem ter efeito suspensivo, assegurando-se ao réu o direito de recorrer em liberdade e assim permanecer até o trânsito em julgado. Isso porque, no processo penal, a liberdade é a regra; e a prisão, uma exceção.

Ainda adverte Aury Lopes Jr.²³:

¹⁶Ibid.

¹⁷TÁVORA, *op. cit.*, p. 1399.

¹⁸LOPES JR., *op. cit.*

¹⁹BRASIL. Lei nº 8038 de 28 de maio de 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.org.br/legis/fed/lei/1990/lei-8038-28maio1990365654circunstanciadaapl.html>> Acesso em: 21 out. 2017.

²⁰LOPES JR., *op. cit.*

²¹TÁVORA, *op. cit.*, p. 1694.

²²LOPES JR., *op. cit.*

²³Ibid.



[...] deve-se ter muito cuidado com o "efeito suspensivo", ou melhor, sua ausência, no caso de recurso contra decisão condenatória. Muito mais do que a categoria processual de "efeito recursal", o que está em jogo é a eficácia da garantia constitucional da presunção de inocência.

Resulta-se que a discussão sobre a atribuição de efeito suspensivo aos recursos interessa apenas em relação à sentença penal condenatória. Os efeitos da absolvição são plenos; o réu deve ser posto em liberdade imediatamente, mesmo que interposto recurso pela parte acusatória.

A discussão torna-se complexa, pois a Lei de Execução Penal²⁴, nos artigos 105 e 147, condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Na decisão do HC nº 84078/MG²⁵ os Ministros entenderam que essa disposição se adéqua aos princípios e garantias previstos na CRFB/88 e deve prevalecer ao artigo 637 CPP. Por isso, deve ser atribuído efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

Resulta-se que essa discussão refere-se apenas aos casos em que não foi mantida a prisão preventiva e o condenado tem o direito de recorrer em liberdade. Caso estejam presentes os pressupostos da prisão previstos no art. 312 CPP²⁶ será possível a aplicação dos benefícios da execução penal, independente do trânsito em julgado.

Assim, firmou-se o entendimento de que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença nos casos em que o réu estava em liberdade. A prisão não era efeito automático da confirmação da condenação em segunda grau de jurisdição. Além disso, se atribuiu efeito suspensivo ao recurso extraordinário no processo penal. O trânsito em julgado só ocorria depois de esgotadas todas as instâncias recursais.

Contudo, em 2016, ocorreu uma nova modificação no entendimento da Suprema Corte para admitir a compatibilidade entre a execução provisória da pena e o princípio constitucional da presunção de inocência. Com isso, a STF reconheceu que os recursos de natureza extraordinária não possuem efeito suspensivo.

²⁴BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_l5/leis/L7214.htm >. Acesso em: 20 set. 2017.

²⁵Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <http://www.stf.ju.br/pesquisa/verProcessoAndamento.asp> >. Acesso em: 20 set. 2017.

²⁶Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_l5/leis/leis/De13689.htm >. Acesso em: 20 set. 2017.



3. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF: ARGUMENTOS JURÍDICOS E EXECUÇÃO PROVISÓRIA COMO FORMA DE COMBATE À IMPUNIDADE

No julgamento do HC nº126292²⁷, os Ministros do STF, por maioria de votos, admitiram a execução da decisão penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário. No presente capítulo serão analisados os argumentos usados na decisão sob o ponto de vista jurídico e social.

O atual entendimento do STF²⁸ considera que os recursos de natureza extraordinária não configuram descobrimentos do duplo grau de jurisdição, pois nas instâncias ordinárias se examina a possibilidade do exame de fatos e provas. Significa que não se discute a responsabilidade criminal. Esses recursos não tem finalidade de examinar a justiça das sentenças, mas manter a higidez do ordenamento jurídico.

Além disso, se exige a repercussão geral da matéria a ser julgada. O recorrente tem o ônus de comprovar a relevância jurídica, social, política ou econômica da matéria debatida, pois os Tribunais Superiores só podem conhecer os recursos que transcendam o interesse subjetivo da parte.

Nesse sentido, Teori Zavascki²⁹ reconhece que:

Essencialmente, antes de prolatar a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contido à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da lógica estrita dos elementos de prova produzidos no regime de contraditório no curso da ação penal. Para o conhecimento de primeiro grau, fica suplantada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto insubstituível para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão pelo Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente escorrido o ônus sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genérico, o duplo grau de jurisdição, destinado ao resumo de decisão judicial em sua íntegra, mediante ampla devotividade da matéria deduzida na ação penal, tendo ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as práticas cautelares preventivas decretadas.

²⁷Idem. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&esla=HC&origem=AP&recurso=DecisaoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

²⁸Ibid.

²⁹Ibid.

Com isso, os Ministros³⁰ entenderam que a possibilidade de exames de fatos e provas se examina no âmbito das instâncias ordinárias. Os recursos de natureza extraordinária não representam desdobramentos do duplo grau de jurisdição. Se houver confirmação da incriminação em segundo grau, com fundamento em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, não há obstáculo para que a sentença seja executada.

O Ministro Edson Fachin³¹ afirma que:

o envolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova verdade. As instâncias ordinárias, portanto, são essenciais ao que diz respeito à avaliação das provas e à definição das verdade fáticas apresentadas pelas partes.

Observa-se que com o novo entendimento do STF, o princípio da presunção de inocência não deve ser interpretado de forma literal, pois os Tribunais Superiores não decidem acerca da culpabilidade do réu. Ao exigir repercussão geral das questões debatidas em recursos dirigidos ao STF e STJ, a CRFB/88 estabelece como papel desses Tribunais a uniformização e pacificação da interpretação de normas.

Para Luís Roberto Barroso³², trata-se de mutação constitucional para conferir ao art. 5º, LVII CRFB/88³³ interpretação adequada à realidade social e garantir a efetividade da lei penal. Portanto, ainda que não tenha havido alteração formal no texto da CRFB/88, alterou-se o sentido da presunção de inocência.

Além dos fundamentos jurídicos apresentados anteriormente, os Ministros do STF ainda avaliaram o uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer. Nesse ponto, o princípio acaba atuando como mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. Luís Roberto Barroso³⁴ sustenta que "não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade".

Teori Zavascki³⁵, em seu voto, afirma que:

[...] e não se pode desconhecer que a jurisdição que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção de inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem peculiaridade e incentivo, em boa medida,

³⁰Ibid.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁴BRASIL. op. cit. nota 27.

³⁵Ibid.



a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com infortesçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração de prescrição da pena privativa de liberdade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU³⁶ determina que a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei e assegurada a defesa. Assim, não haveria necessidade do esgotamento de todas as instâncias.

Posto isso, Gilmar Mendes³⁷ propõe que o marco para a cessação da presunção de inocência é o momento em que a culpa é comprovada de acordo com o direito. De acordo com o Ministro: "é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável."

Em sentido contrário, Celso de Mello³⁸, apesar de vencido, assegura que não há progressividade de culpabilidade, ainda que a condenação seja confirmada por Tribunal de 2ª instância, subsiste o direito à presunção de inocência. O Ministro³⁹ ressalta que o princípio "representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder".

Conclui-se após sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau há possibilidade de execução provisória. Ainda que sujeita à recurso especial ou extraordinário, não há violação ao princípio constitucional da presunção de inocência previsto artigo 5º, LVII CRFB/88⁴⁰.

Ressalta-se que o STJ, em recente julgado⁴¹, decidiu que deve esgotar a instância ordinária para que seja possível a execução da sentença. Nesse sentido, há ilegalidade na imediata expedição de mandado de prisão no acórdão condenatório.

Com a alteração de entendimento em relação à pena privativa de liberdade, surgiu discussão sobre a possibilidade de execução da pena restritiva de direitos. No próprio STJ⁴² é

³⁶ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://naacoesunidas.org/direitoshumanos/diclaracao/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁷BRASIL. Superior Tribunal Federal. *HC n. 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=RecursoJurisprudencial=M>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

³⁸Ibid.

³⁹Ibid.

⁴⁰BRASIL. *op. cit.* nota 33.

⁴¹Ibid. Superior Tribunal de Justiça. *HC 37187/SP*. Relator: Ministro Rêgis Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCCN/jurisprudencia/toc.jsp?ativo=-hc+371870&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACORDO> Acesso em: 03 abr. 2017.

possível encontrar decisões conflitantes sobre o tema. Contudo, no julgamento do REsp nº1619087⁴³ as turmas pacificaram o entendimento no sentido de não ser possível a execução provisória com base na vedação expressa do art. 147 LEP⁴⁴.

Para Maria Thereza de Assis Moura⁴⁵, a nova orientação jurisprudencial do STF não exclui a execução provisória das penas restritivas de direitos. Além disso, não há justificativa para diferenciação das penas restritivas de direitos em relação à pena privativa de liberdade no que tange à possibilidade de execução provisória da condenação.

De forma contrária, os demais Ministros⁴⁶ entenderam que ao modificar a jurisprudência, o STF a análise da execução provisória à pena privativa de liberdade, na medida em que decidiu somente acerca da prisão do condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado. Assim, deve prevalecer o texto expresso do art. 147 da LEP⁴⁷.

CONCLUSÃO

A pesquisa verificou que o STF já admitia a execução provisória da pena do condenado preso preventivamente. O objetivo não era defender a prisão como efeito automático da sentença, mas viabilizar a aplicação dos institutos previstos na Lei de Execução Penal em benefício do réu.

Entretanto, atualmente é possível a execução da sentença penal condenatória, depois de confirmada em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita à recurso especial ou extraordinário. Portanto, a partir da confirmação em segundo grau, os condenados podem

⁴³Ibidem. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 826955/DF. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503128702&dt_publicacao=09/06/2017>. Acesso em 21 out. 2017.

⁴⁴Ibidem. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1619087. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302066237&dt_publicacao=28/08/2017>. Acesso em 20 out. 2017.

⁴⁵Ibidem. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁴⁶BRASIL. op. cit., nota 41.

⁴⁷Ibidem.

⁴⁷BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.



iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade independente de decretação de prisão preventiva.

Após análise da decisão no julgamento do HC nº126292 foi possível constatar um fundamento processual e outro material para argumentar a alteração de entendimento do STF. A partir da matéria processual se concluiu que o Recurso Extraordinário e o Especial são excepcionais. Não há discussão de provas, apenas de direito. Assim, a culpa estaria firmada em segunda instância, último recurso no qual pode haver aferição de provas.

O argumento material envolve o princípio da presunção de inocência. O STF conferiu nova interpretação e concluiu que há uma presunção de não culpabilidade que funcionaria como regra de tratamento, no sentido de que não se pode considerar a pessoa culpada, e de prova, de forma que o ônus da prova é integral de quem acusa. Dessa forma, não haveria qualquer violação na execução da sentença condenatória a partir da confirmação em segunda instância.

O princípio da presunção de inocência foi introduzido na CRFB/88 como uma garantia dos cidadãos para tutela da liberdade pessoal. No contexto em que a prisão preventiva se tornou verdadeira pena antecipada, usada como instrumento de prevenção social, o princípio constitucional da presunção de inocência surgiu com o objetivo de combater o abuso de prisões.

Contudo, esse princípio tem sido visto pela sociedade como mecanismo de impunidade e cada vez mais se exige do direito penal como resposta à problemas sociais. A realidade vivida pela sociedade demanda novas posturas dos Tribunais e influencia na interpretação de direitos.

O STF é considerado órgão guardião da Constituição. Existe a possibilidade do uso de técnicas de interpretação constitucional para compatibilizar os princípios com as exigências e transformações da sociedade. O objetivo principal deve ser a concretização e defesa da máxima efetividade dos direitos fundamentais e não a sua restrição. Dessa forma, pode haver nova alteração de entendimento no futuro.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei/L7210.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Lei n° 8038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/leginf/fed/lei/1990/lei-8038-28maio1990365654normatualizadaapl.htm>> Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84078*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 371870*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+371870&tipo_utilizacao=RESUMO&b=ACOR> Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1619087*. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível: <https://www2.stj.jus.br/processo/verista/inteirotexto?num_registro=201302066237&dt_publicacao=28/08/2017> Acesso em 20 set 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça AgRg no AREsp 826955/RJ. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/verista/inteirotexto?num_registro=201503128702&dt_publicacao=09/06/2017> Acesso em: 21 out. 2017.

COUINHO, Jacinto. *Por Que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro?* In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014 [ebook].

MARTINS ALVES NUNES JR., Flávia. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SANGUINÉ, Odema. *Genealogia e Avaliação Histórica da Prisão Cautelar*. In: Prado, Geraldo; Malan, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, páginas 204-224.



TÁVORA, Nestor, Alencar, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal* 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.



ASPECTOS REGULATÓRIOS ACERCA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E O PERIGO DOS AGROTÓXICOS

Juliana Salet Franca

Graduada pela Escola de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – o uso indiscriminado de agrotóxicos no Brasil é causa de inúmeros casos de intoxicação entre consumidores e trabalhadores rurais em todo país. Muitas inovações nos campos biológico e tecnológico têm surgido como medidas alternativas ao combate de pragas agrícolas. Todavia, no sistema tradicional agrícola brasileiro, fundado na produção de alimentos para exportação, a aplicação dos defensivos agrícolas nas lavouras continua a ser prática corrente. Esse trabalho visa a analisar os malefícios gerados pela aplicação dos agrotóxicos na produção agrícola e as deficiências do direito regulatório no que tange à garantia da chamada segurança alimentar nutricional - SAN, considerando ainda o implemento das novas técnicas de plantio sustentável no meio agrário.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Alimentação adequada. Regulação.

Sumário – Introdução. 1. Agrotóxicos: o entrave ao direito de se alimentar adequadamente. 2. A deficiência regulatória no tocante à segurança alimentar. 3. As novas perspectivas legais do agronegócio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do direito fundamental à alimentação adequada no cenário brasileiro, de modo a analisar as variáveis para concretização deste direito. O objetivo do presente estudo é apontar os malefícios causados à saúde humana pela absurda quantidade de agrotóxicos aplicada na produção agrícola e defender a necessidade de implemento de novas técnicas de plantio sustentável no meio agrário.

Não são raros os casos de comprometimento da saúde humana gerados pelo uso dos agrotóxicos. Assim, é possível citar os casos de trabalhadores rurais que se expõem diretamente aos riscos do produto químico aplicado na plantação e acabam nos hospitais com sérios problemas de intoxicação, os casos de crianças que nascem com o desenvolvimento comprometido, nas famílias destes trabalhadores, em razão das substâncias tóxicas que passam da mãe gestante trabalhadora nas lavouras para o feto em formação e os casos de desenvolvimento de doenças a longo prazo pelo consumo destes alimentos contaminados, como câncer e doenças cardiovasculares.

No primeiro capítulo, a presente pesquisa aborda os aspectos históricos da inserção do direito fundamental à alimentação no ordenamento jurídico pátrio. Aqui, a finalidade é



demonstrar a evolução da concepção do direito à alimentação e apontar, com dados oficiais, os sérios prejuízos que o uso dos agrotóxicos vem acarretando à saúde do ser humano.

Vê-se, portanto, que não se trata de um direito simples de ser assegurado, formalmente previsto no caput do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, mas antes de tudo, um direito fundamental complexo. Não basta que o indivíduo tenha o que comer ou, vulgarmente falando, esteja de barriga cheia. Mas é preciso que o alimento lhe seja capaz de suprir as necessidades fisiológicas e fornecer os nutrientes essenciais, que toda alimentação com qualidade deve conter.

No segundo capítulo, o trabalho desenvolvido traz uma análise dos aspectos legislativos que permeiam à concretização do direito à alimentação adequada. O capítulo aborda as normas já colocadas em prol da chamada segurança alimentar, tendo por vista o registro dos pequenos avanços normativos em face de uma agricultura nacional clássica, isto é, na agricultura de mercado, baseada na monocultura, desenvolvida nos latifúndios e destinada primordialmente à exportação.

Neste ponto, questões como a regulação estatal dos meios de produção e propaganda também são destaque dentro do estudo realizado, levando-se em consideração a atuação de agências reguladoras como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA e a Agência Nacional de Saúde- ANS no tocante ao controle do uso dos defensivos agrícolas na plantação.

É certo que não basta a existência de leis permitindo ou restringindo uma dada atuação, seja no campo privado, seja na seara pública. A lei por si só não tem aplicação cogente, de modo que a atuação fiscalizatória e sancionatória do Estado é de suma importância em qualquer campo que se pretenda normatizar. Portanto, o presente estudo se volta para atividade reguladora estatal, de forma a pesquisar as possíveis falhas na regulação do agronegócio.

No último capítulo, o artigo coloca em discussão o surgimento novas perspectivas técnicas e legais para o agronegócio, defendendo a necessidade de substituição da aplicação dos agrotóxicos por meios alternativos de combate às pragas da plantação. Assim, as inovações tecnológicas, que vem sendo implementadas por pequenos produtores, ganham espaço no cenário agrário, figurando como um prognóstico positivo a ser analisado.

Tratando dos procedimentos metodológicos, verifica-se que a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende analisar um conjunto de proposições hipotéticas com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las. Assim, a abordagem desta pesquisa será qualitativa, já que a pesquisadora pretende se basear na bibliografia e na legislação pertinente a temática em foco.

1. AGROTÓXICO: O ENTRAVE AO DIREITO DE SE ALIMENTAR ADEQUADAMENTE

Com base no Comentário Geral número 12 da ONU, o direito a alimentação adequada pode ser assim definido:

O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não.¹

Com intuito de qualificar o direito à alimentação adequada, pode-se afirmar inicialmente que tal direito figura como um direito fundamental do homem. Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles considerados direitos básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas². Esses direitos compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica, sendo para tanto considerados essenciais.

Partindo do estudo da teoria dos direitos fundamentais, vê-se que esses direitos sofreram uma verdadeira evolução ao longo do tempo. Desse modo, fruto da dissolução dos Estados autitários, originariamente os direitos fundamentais podem ser classificados como direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Em síntese, os direitos de primeira dimensão podem ser entendidos como aqueles que buscam tutelar as liberdades individuais em face dos abusos perpetrados pelo Estado. Tais direitos se relacionam com as liberdades públicas e com os direitos políticos, buscando assegurar as chamadas “prestações negativas” por parte do Estado, onde este deve se abster de praticar determinados atos que violem a liberdade do indivíduo.

Já os direitos de segunda dimensão figuram como um desdobramento da Revolução Industrial Europeia onde, em decorrência das péssimas condições de trabalho, eclodiram movimentos sociais na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. Tais direitos se relacionam com a tutela social e coletiva, buscando assegurar as chamadas

¹ ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos. Comentário Geral número 12: o direito humano à alimentação (art. 11). 1999. Disponível em: <<http://finbrasil.org.br/novo/wp-content/uploads/2016/09/Comentário-Geral-12.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2018.

²CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/ctes/portaltvjustica/portaltvjusticainoticia/unesp/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2017.



“prestações positivas” por parte do Estado, onde este deve obrigatoriamente agir em prol do indivíduo, com fulcro na tutela da dignidade humana.

Por fim, os direitos de terceira dimensão se relacionam com os chamados direitos transindividuais, que ultrapassam a esfera individual de cada um, estando ligados à proteção do gênero humano. Aqui, pode-se listar o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, dentre outros que ganham destaque com o avanço do desenvolvimento humano e tecnológico.

A luz da citada teoria, o direito à alimentação adequada deve ser classificado, portanto, como um direito de segunda dimensão, que tem por base uma prestação positiva do Estado com vistas à erradicação da fome na sociedade. Mas não é só. Não basta que se assegure ao indivíduo meios de aquisição de alimentos que acabem com a sua sensação de fome, mas é preciso que o alimento seja capaz de lhe fornecer todos os nutrientes de que o organismo precisa para se manter saudável. Assim, esclarece Renato Luiz Abreu Machado³:

O Direito Humano à Alimentação Adequada tem duas dimensões: o direito de estar livre da fome e o direito à alimentação adequada. A realização destas duas dimensões é de crucial importância para a fruição de todos os direitos humanos. Os principais conceitos empregados na definição de Direito Humano à Alimentação Adequada são disponibilidade de alimentos, adequação, acessibilidade e estabilidade do acesso a alimentos produzidos e consumidos de forma soberana, sustentável, digna e emancipatória.

Nesse contexto, é possível observar que o pontapé inicial para o reconhecimento do direito humano à alimentação no âmbito internacional se deu com a proclamação Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, de onde se extrai que para a efetivação dos direitos humanos seria necessária a regulação de questões sociais, econômicas, civis e políticas. Assim, o artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece:

Toda ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Entretanto, é preciso destacar que apenas em 1966 o direito à “alimentação adequada” foi formalmente reconhecido através do Pacto Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Dessa forma, estabelece o artigo 11 do referido Pacto para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta

³ ABRU MACHADO, Renato Luiz. Direito humano à alimentação adequada. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/correa/acesso-a-informacao/institucional/conceitos/direito-humano-a-alimentacao-adequada>. Acesso em 26 nov. 2017.



e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adoção, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrícolas, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Neste viés, vê-se que o conceito de direito à alimentação adequada citado no início do capítulo surgiu como primeiro conceito formal a nível internacional através da edição do Comentário Geral (CG) nº 12, editado pelo Comitê de especialistas das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Destaca-se que o referido Comentário Geral buscou, na verdade, estabelecer uma interpretação acerca do artigo 11, parágrafos 1 e 2, do Pacto Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de forma a melhor orientar os seus subscritores na implementação do referido direito.

O Brasil, todavia, apesar de ter ratificado o referido tratado em 1992, apenas incluiu o direito à alimentação no rol dos direitos constitucionais com a Emenda Constitucional nº 64 promulgada em 2010⁴. Desse modo, após a referida emenda, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 passou a incluir a alimentação como um direito social a ser assegurado pelo Estado a todos os indivíduos.

É possível afirmar que essa colocação tópica do direito à alimentação na constituição brasileira tem por escopo atribuir-lhe um caráter fundamental, inerente à própria garantia da dignidade da pessoa humana. Portanto, na qualidade de direito fundamental do homem, a alimentação adequada deverá ser garantida pelo Estado a todo ser humano sem qualquer discriminação.

Ultrapassadas as questões de previsão e classificação do direito à alimentação adequada, é preciso esclarecer que muitas outras questões jurídicas permeiam a efetiva garantia do direito a uma alimentação verdadeiramente adequada. Deve-se frisar novamente que não se

⁴ BRASIL. Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm>. Acesso em: 10 mar 2018.



trata simplesmente do acesso quantitativo aos alimentos por parte da população, mas principalmente do acesso a um alimento de qualidade.

Neste sentido, uma das questões mais prementes que surge no tocante à incorporação social do direito à alimentação adequada é a problemática da manipulação de agrotóxicos na produção agrícola nacional. No Brasil, o uso de agrotóxicos vem crescendo exponencialmente conforme estudos realizados⁵.

Historicamente, é possível afirmar que o agrotóxico surgiu em meados do século passado, quando a indústria química, fabricante de venenos estão usados como armas químicas, encontrou na agricultura um novo mercado para os seus produtos. Desse modo, a inserção do uso de agrotóxicos teve por objetivo exterminar as pragas que assolavam a plantação, garantindo ao produtor a melhor colheita possível. Aqui, observa-se que a perspectiva de erradicar o problema social da fome no mundo foi um dos grandes impulsos para que se iniciasse uma indústria maciça de produção de agrotóxicos que, aplicados na plantação, aumentariam exponencialmente a produtividade.

Neste contexto, os sistemas agrários acabaram por sofrer um profundo impacto no que diz respeito ao controle de pragas na agricultura, tendo por vista o avanço da indústria agroquímica. Em conjunto com o desenvolvimento de pesquisas agropecuárias voltadas para a produção de sementes selecionadas, que respondessem à aplicação dos agrotóxicos e de adubos químicos, tais mudanças marcaram um movimento conhecido como “Revolução Verde”⁶, que alterou significativamente a estrutura do comércio agrícola mundial.

No Brasil, observa-se que o consumo de agrotóxicos começou a ganhar forças em meados da década de 1940. Assim, ao final da década de 1960, o consumo se acelerou em função da isenção de impostos, como o Imposto de Circulação de Mercadorias (ICM) e o Imposto de Produtos Industrializados (IPI), e das taxas de importação de produtos não produzidos no Brasil e de aviões de uso agrícola.

Destaca-se que o Estado foi o principal incentivador da “revolução verde” na agricultura nacional, passando o mercado brasileiro a figurar entre os mais importantes para a indústria dos agrotóxicos. Em consequência, os incentivos fiscais estabelecidos, viabilizaram

⁵ RIGOTTO, Raquel Maria; VASCONCELOS, Dayse Pinção e; ROCHA, Mayara Melo. Uso de agrotóxicos no Brasil e problemas para a saúde pública. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 7, p. 1360-1362, July 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2014000701360&log=sef&em=iso>. Acesso em 10 mar. 2018.

⁶ PORTO, Marcelo Figueira; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*. 2012, vol.37, n.125, pp.17-31. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pubsoc/v37n125/n04v37n125.pdf>>. Acesso em 28 nov. 2017.



não apenas a instalação de empresas multinacionais do ramo da agroquímica no país, como também o próprio surgimento de indústrias de agroquímicos nacionais.

A política de subsídios contribuiu de forma determinante para o uso indiscriminado dos agrotóxicos, que passaram a ser utilizados não só pelos agricultores mais bem capitalizados, mas também por pequenos grupos de produtores familiares. Como resultado, observa-se um grande desrespeito às prescrições técnicas – como o receituário agrônômico – e práticas agrícolas que expõem os agricultores e trabalhadores rurais aos riscos dos agrotóxicos.

Enfim, muitos estudos já apontam para os efeitos negativos na saúde devidos à exposição em longo prazo aos agrotóxicos. Os efeitos sobre a saúde podem ser de dois tipos⁷: os efeitos agudos, que são aqueles que resultam da exposição a concentrações de um ou mais agentes tóxicos, capazes de causar dano efetivo aparente em um período de 24 horas, e os efeitos crônicos, os quais resultam de uma exposição continuada a doses relativamente baixas de um ou mais produtos.

2. A DEFICIÊNCIA REGULATÓRIA NO TOCANTE À SEGURANÇA ALIMENTAR

A segurança alimentar constitui a oferta de alimentos seguros para o consumidor, isto é, de alimentos que estejam livres de contaminação de natureza física, química ou microbiológica. É possível afirmar que para alcançar a segurança alimentar se faz necessário um controle rígido de qualidade no processo de manipulação de alimentos.

Sendo assim, vê-se que o tema da segurança alimentar exige uma atividade intensa do poder público na medida em que diversos seguimentos precisam ser minuciosamente regulados, desde a produção do alimento até a sua disponibilização para o consumidor final, para que se consiga um alimento próprio e adequado para consumo.

O presente trabalho tem por escopo, portanto, analisar especificamente a atuação regulatória do Estado no que tange à utilização dos chamados defensivos agrícolas na agricultura, haja vista os inúmeros prejuízos que a sua implementação na agricultura vem causando.

Conforme já destacado, uma das questões mais dramáticas no que tange ao uso de agrotóxicos é a sua utilização indiscriminada pelos grandes produtores agrícolas. Dessa forma,

⁷ RIBAS, Priscila Pauly, MATSUMURA, Aínda Tereziânia Santos. A química dos agrotóxicos: impacto sobre a saúde e meio ambiente. *Revista Liberto*, Novo Hamburgo, v. 10, n. 14, p. 149-158. Disponível em: <[http://www.liberto.com.br/sites/default/files/arquivos/Revista_SIEER/v.%2010,%20n.%2014%20\(2009\)3.%20A%20que%20diz%20sobre%20agrot%20toxicos.pdf](http://www.liberto.com.br/sites/default/files/arquivos/Revista_SIEER/v.%2010,%20n.%2014%20(2009)3.%20A%20que%20diz%20sobre%20agrot%20toxicos.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2017



na ânsia de garantir uma boa safra, os grandes produtores investem valores consideráveis na aplicação de agrotóxicos, pouco se importando, todavia, com os limites legalmente previstos para aplicação de resíduos químicos ou com a forma de aplicação adotada pelo trabalhador rural.

Com base nas informações colhidas pelo programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos realizado pela ANVISA⁸, destaca-se o seguinte:

No período de 2013 a 2015 foram monitorados 25 alimentos, abrangendo as seguintes categorias: cereais/leguminosas, frutas, hortaliças folhosas, hortaliças não folhosas e tubérculos/raízes/bulbos. Foram analisadas 12.051 amostras, sendo que em 42,0% não foram detectados resíduos, considerando os agrotóxicos pesquisados, e em 38,3% das amostras foram detectados resíduos em concentrações iguais ou inferiores ao LMR. Do total das 2.371 amostras consideradas inestudáveis, 362 apresentaram resíduos em concentrações acima do LMR, as quais se distribuem da seguinte forma: 15 amostras do grupo dos cereais/leguminosas, 179 amostras da categoria das frutas, 65 amostras do grupo das hortaliças folhosas, 101 amostras de hortaliças não folhosas e duas amostras da categoria de raiz/tubérculo/bulbo.

Fica evidente, portanto, a pouca preocupação dos grandes produtores agrícolas com a qualidade do alimento produzido. Conforme os dados oficiais apontam, os índices de consumo de veneno são elevados e se colocam na meta do consumidor através dos alimentos contaminados, os quais, muitas vezes, sequer respeitam o Limite Máximo de Resíduos (LMR) admitido pela ANVISA.

A Lei nº 7802/89⁹, também conhecida como Lei dos Agrotóxicos, regula a temática do uso de agrotóxicos, sendo complementada pelo decreto Lei nº 4074/02¹⁰. Esta lei é mais conhecida como lei dos agrotóxicos, definindo todos os aspectos relacionados a estes produtos, inclusive como deve ser a manipulação por parte dos produtores rurais.

Em síntese, a Lei dos Agrotóxicos dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e a rotulagem. Traz também regras a respeito do transporte, do armazenamento, da comercialização, da propaganda, da utilização e da importação e exportação. A legislação determina ainda como deverá ser o destino final dos resíduos e embalagens, bem como o passo a passo para registro, classificação, controle, inspeção e fiscalização.

⁸ ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Progresso de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos: relatório anual*. Brasília, DF 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/0/PARA++Apresenta%C3%A7%C3%A3o+dos+resultados+-+2013+-+2015.pdf?22c936a-4796-464c-9680-916c20b2b15c>>. Acesso em 15 out. 2017.

⁹ BRASIL. Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

¹⁰ BRASIL. Decreto n. 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

A fiscalização do uso de agrotóxicos na parte de comércio e uso também é competência do ente estadual nos termos do art. 10 da Lei de Agrotóxicos, sendo atribuída como regra ao órgão da secretaria estadual de agricultura. Todavia, muito falta a se fazer em termos de fiscalização no agronegócio.

Os agricultores veem nos agrotóxicos a forma mais rápida de lidar com as pragas e combatê-las. É certo que em alguns casos, sem o uso destes produtos, estes agricultores poderiam vir a perder tudo que plantaram. Todavia, medidas como a utilização de equipamentos de proteção individual – EPI, assim como o respeito aos limites de aplicação de resíduos legalmente estabelecidos e a abstenção de utilização de químicos proibidos são umas das medidas fundamentais a serem adotadas e muitas das vezes negligenciadas pelos trabalhadores rurais.

Nesta semana, observa-se que o número de casos de intoxicação por agrotóxicos nas áreas de predomínio do agronegócio é alarmante. O descaso por parte dos trabalhadores com a utilização do equipamento de proteção individual é fonte de muitas doenças incuráveis. Assim, registra ¹¹Flávia Londres, em sua obra sobre os agrotóxicos no Brasil:

As pessoas mais expostas aos perigos da contaminação pelos agrotóxicos são aquelas que têm contato com eles no campo. Há os aplicadores, preparadores de caldas e responsáveis por depósitos, que têm contato direto com os produtos, e há também os trabalhadores que têm contato indireto com os venenos ao realizar capinas, moedas, colheitas etc. Este segundo grupo é, na verdade, o de maior risco, uma vez que o intervalo de reentrada nas lavouras não costuma ser respeitado e estes trabalhadores não usam proteção.

Mas não é só. Infelizmente os elevados índices de contaminação por defensivos agrícolas no campo não decorrem apenas da falta de utilização de equipamento de proteção individual. A contaminação do meio ambiente em razão da aplicação contínua do veneno gera, indiretamente, a contaminação da população pela infiltração do agrotóxico na água e nos alimentos consumidos pela população é outro fator a ser considerado.

É extremamente importante que o produtor tenha em mente que além do agrotóxico se constituir como uma ferramenta para a sua produção, ele é um veneno criado para exterminar pragas. Sendo assim, ele é perigoso tanto para a saúde humana de quem aplica e quem consome quanto para o meio ambiente.

¹¹ LONDRES, Flávia. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. – Rio de Janeiro: AS-PTA – Associação e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. Disponível em: <<http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/09/Agrotoxicos-no-Brasil-mihale.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.



Neste ponto, conforme prevê a própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA¹², a intensificação de ações de educação sanitária, principalmente assistência técnica, e de fiscalização, são de suma importância para o atendimento de uma segurança alimentar adequada.

Por outro lado, observa-se que a Lei de Agrotóxico brasileira determina que a produção, o uso, o comércio, a importação e a exportação de agrotóxicos só podem ser realizadas em relação a produtos que tenham seu registro efetivado com base em estudos e avaliação agrônômica, toxicológica e ambiental. Após estas avaliações, com a respectiva autorização pelo poder público, o produto poderá ser utilizado e comercializado pelo agricultor.

As restrições nos registros de substâncias com elevados índices de irregularidade e situação de risco figura assim, como mais uma medida essencial a ser adotada pelo poder público tendo por objetivo cobrir o envenenamento de trabalhadores e consumidores.

3. AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGAIS PARA O AGRONEGÓCIO

Como já visto anteriormente, encontrar alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades de uma população mundial crescente é uma das questões mais preocupantes deste século. Mas não é só. A problemática da regulação estatal do agronegócio também tem se mostrado de difícil solução quando se trata do manejo de fertilizantes sintéticos e agrotóxicos reguladores de crescimento que asseguram a maximização da colheita e dos lucros dos grandes produtores.

No Brasil, os malefícios causados pelo excesso de uso de defensivos agrícolas foram objeto do capítulo anterior, deixando a seguinte pergunta: como combater o mal gerado pelo uso de agrotóxicos na saúde do brasileiro?

É possível observar que muitos estudos a respeito do desenvolvimento sustentável e da segurança alimentar vem se desenvolvendo ao longo do tempo. Assim é, pois o homem passou a ter consciência da importância de suprir as suas necessidades sem afetar a capacidade de sobrevivência das futuras gerações, ao mesmo tempo em que tomou conhecimento que suas práticas destrutivas têm reflexos diretos na própria qualidade de vida.

¹²ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos: relatório anual*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/0/PARA++Apresenta%C3%A7%C3%A3o+das+resultados+-+2013++2015.pdf?22c936a-4796-464c-9080-916c20b12bf5c>>. Acesso em 15 out. 2017.

Nesse sentido, a sustentabilidade pode ser entendida como um modelo de sistema que tem condições para se manter ou conservar¹³. De outro modo, pode-se dizer também que a sustentabilidade é a capacidade de o ser humano interagir com o mundo preservando o meio ambiente para não comprometer os recursos naturais das gerações futuras.

No âmbito do agronegócio portanto, verifica-se que a dimensão sustentável do empreendimento passa a ganhar destaque, principalmente no que tange aos aspectos financeiro, social e ambiental. Todavia, equacionar mais alimento e mais bioenergia com menos uso de insumos, menos demanda de combustíveis fósseis e menos impacto ambiental negativo, não tem sido tarefa fácil.

Assim, uma das soluções que procurou minimizar os impactos ambientais negativos e os malefícios do uso de agrotóxicos da agricultura convencional foi o desenvolvimento da chamada agricultura orgânica. Dessa forma, conforme define a Associação de Agricultura Orgânica¹⁴ (AAO) criada no estado de São Paulo:

Agricultura Orgânica é um processo produtivo comprometido com a organicidade e sanidade da produção de alimentos vivos para garantir a saúde dos seres humanos, razão pela qual usa e desenvolve tecnologias apropriadas à realidade local de solo, topografia, clima, água, radiações e biodiversidade própria de cada contexto, mantendo a harmonia de todos esses elementos entre si e com os seres humanos.

A agricultura orgânica vem se destacando dentro da lógica da segurança alimentar. Aqui, verifica-se que o modo de produção está totalmente desvinculado da utilização de química ou agrotóxicos, onde a produção se dá de forma sustentável, isto é, em harmonia com a natureza.

Observa-se que o manejo sustentável da vegetação é a tônica que sustenta a implementação da agricultura orgânica. Exemplificativamente, pode-se afirmar que o plantio consorciado de espécies diversificadas, em substituição à monocultura, é uma das técnicas de cultivo que garante ao agricultor produtividade, promovendo a diversificação da renda no meio rural, e contribuindo para a qualidade de vida do homem no campo, evitando-se o uso de pesticidas.

No Brasil, a produção, o processamento, a rotulagem e a comercialização dos produtos orgânicos são regidos pela Lei nº 10.831/03, juntamente com o decreto 6323/07, e diversas Instruções Normativas específicas. Entretanto, diversos obstáculos precisam ser ultrapassados

¹³DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/sustentabilidade>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁴AGRICULTURA orgânica. Disponível em: <<http://sao.org.br/sao/agricultura-organica.php>> Acesso em: 15 out. 2017.



para que a agricultura brasileira como um todo assuma um caráter sustentável e de respeito para com o meio ambiente.

Desta forma, questões como os baixos investimentos realizados na agroindústria e na produção figuram como um dos principais pontos que deve ser trabalhado pelo Estado. É indiscutível que as políticas públicas de incentivo à produção sustentável em larga escala precisam ser urgentemente implementadas para que este projeto inovador possa ganhar espaço, tanto com relação aos pequenos produtores quanto em relação aos grandes latifundiários.

Por outro lado, também se faz necessário um avanço quantitativo em termos de pesquisa, assistência técnica especializada e produção de insumos e sementes. Isto, porque embora expressão “agricultura orgânica” aparente ser uma atividade simples, requisitos como a adubação natural, conservação da área e proibição de fertilizantes químicos requerem cuidados específicos.

Neste ponto, é válido destacar que o desenvolvimento do controle biológico pode ser outra importante alternativa ao uso de defensivos agrícolas no cultivo orgânico. O controle biológico é uma das formas naturais de solucionar problemas com pragas em grandes plantações. A técnica tem como base o uso de inimigos naturais das pragas, fazendo com que o equilíbrio seja adquirido sem a intervenção química e da maneira mais natural possível.

Verifica-se que o controle de pragas é necessário para que a plantação consiga desenvolver-se de maneira saudável. Contudo, inserir produtos químicos constantemente faz com que o alimento perca suas principais propriedades, oferecendo também o risco do desenvolvimento de futuras doenças em seus consumidores.

O controle biológico no cultivo protegido, utiliza recursos naturais e armadilhas que não prejudicam o meio ambiente e que, em longo prazo, se apresentam mais acessíveis que os outros agrotóxicos. É possível associar diversos insetos em uma plantação para realizar um manejo integrado de pragas presentes naquela lavoura, tendo assim uma forma natural e mais rápida de erradicação de pragas.

Assim, vê-se que muito embora as soluções para uma agricultura sustentável sejam palpáveis, muito há que se fazer no tocando à incentivos a pesquisas e incentivos fiscais para sua implementação. A constituição federal, em seu art. 6, caput, assegura a todos o direito fundamental a alimentação adequada. Entretanto, tudo se inicia a partir do desenvolvimento de políticas públicas de base voltada para concretização deste projeto.

CONCLUSÃO

O consumo de alimentos contaminados por agrotóxicos é causa de inúmeros problemas de saúde. Assim, não apenas os produtores, que mantêm contato direto com os defensivos agrícolas, mas também o consumidor final dos alimentos produzidos são as principais vítimas da aplicação indiscriminada destes produtos na plantação.

Conforme já foi visto, câncer, alergias, distúrbios respiratórios, cardíacos e neurológicos são algumas das doenças causadas pelos agrotóxicos nos seres humanos. A falta de orientações técnicas para aplicação dos agrotóxicos é motivo para a intoxicação de muitos trabalhadores no meio rural, os quais muitas vezes sequer utilizam os equipamentos de proteção individual- EPI para aplicação do produto.

Por outro lado, o consumo de alimentos contaminados, também é causa de outros tantos casos intoxicação humana, que pode gerar, em curto ou longo prazo, problemas graves de saúde. Dessa forma, se recomenda lavar muito bem os alimentos antes do seu consumo ou de qualquer preparação alimentar. Todavia, conforme é sabido, higienizar os alimentos não é medida suficiente para se evitar os problemas com a saúde, funcionando apenas como um paliativo em face de uma agricultura massificada e completamente dependente da utilização dos agrotóxicos

Neste cenário, vê-se que com todo avanço das ciências biológicas e tecnológicas, não é mais possível admitir a perpetuação de uma agricultura arcaica, que tem por base a utilização de métodos prejudiciais à saúde do ser humano, como o é a prática da aplicação dos pesticidas e de outros venenos. Dessa forma, o Brasil, consagrado produtor agrícola e exportador mundial, tem o dever de adequar suas práticas agrícolas, de modo a propiciar ao consumidor final um alimento de verdadeira qualidade.

É certo que muita coisa vem se modificando no setor agropecuário. Atualmente, já se ouve falar das chamadas agriculturas orgânicas ou alternativas, cujo objetivo principal é a produção de alimentos livres dos agrotóxicos ou com baixíssima aplicação do produto. Entretanto, a parcela de produtores adeptos destas novas práticas é pouco expressiva, em comparação com a produção em larga escala que se realiza nos tradicionais latifúndios com o emprego dos defensivos agrícolas.

O desenvolvimento de políticas públicas de incentivo à adoção dos métodos alternativos de combate às pragas, assim como o aprimoramento do sistema regulatório para a agricultura assumem, portanto, posição de destaque na modernização do agronegócio. Assim, é trabalho dos dirigentes estatais atuar no sentido de incentivar o uso de técnicas alternativas de produção, financiando pesquisas na área ou mesmo concedendo benefícios fiscais para os “novos” produtores. Mas não é só. Também o sistema regulatório precisa se aprimorar, tanto



em relação à edição de normas que visam a cobrir o uso indiscriminado dos agrotóxicos, quanto ao que se refere à fiscalização e punição dos infratores.

É preciso destacar que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA vem atuando de forma positiva no que tange a elaboração de pesquisas sobre a contaminação dos alimentos, realizando o seu anual Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em alimentos (PARA) e indicando quais os alimentos têm sido mais afetados pelas substâncias tóxicas, além de relacionar quais os agrotóxicos mais nocivos dentre os utilizados pelos produtores. Entretanto, a edição de boas normas regulatórias, assim como a fiscalização governamental continuam a ser pontos cruciais para o alcance da chamada segurança alimentar que precisam ser abordados com atenção.

REFERÊNCIAS

AGRICULTURA orgânica. Disponível em: <<http://aad.org.br/aan/agricultura-orgnica.php>>. Acesso em 15 out. 2017.

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. *Revista de Nutrição*. Vol. 22, n. 6, p. 895-903. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos: relatório anual. Brasília, DF 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/1112150/PARA++Apresenta%C3%A7%C3%A3o+d os+resultados+-+2013+a+2015.pdf?22c936a-4796-464c-9680-916c29b2bb5c>>. Acesso em 15/10/2017

BOMBARDI, Larissa Mies. *Agrotóxicos e agronegócio: antigo e moderno se fundem no campo brasileiro*. Direitos Humanos no Brasil 2012. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Decreto nº. 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 15 out. 2017.

_____. Decreto nº. 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

_____. Emenda Constitucional nº. 64, de 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm>. Acesso em: 10 mar 2018.



_____. *Lei nº. 7.802, de 11 de julho de 1989.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticias/mexa/joao_trindade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 26 nov. 2017

CONTI, Irio Luiz. *Direito Humano à alimentação adequada e soberania alimentar.* Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/comarca/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-alimentacao-adequada-e-soberania-alimentar>. Acesso em: 15 out. 2017.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/sustentabilidade>. Acesso em: 15 out. 2017.

LONDRES, Flávia *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida.* Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. Disponível em: <http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/09/Agrotoxicos-no-Brasil-mobile.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ONU. *Declaração Universal dos direitos do homem.* Disponível em: <http://www.unn.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Rev. bras. saúde ocup.* 2012, vol.37, n.125, pp.17-31. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572012000100004. Acesso em 25 nov. 2017.

PERES, João. *Um atlas da nossa agricultura envenenada.* Disponível em: <http://www.mst.org.br/2016/07/07/um-atlas-da-nossa-agricultura-envenenada.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

RIBAS, Priscila Pauly, MATSUMURA, Aínda Terezinha Santos. *A química dos agrotóxicos: impacto sobre a saúde e meio ambiente* *Revista Liberato*, Novo Hamburgo, v. 10, n. 14, p. 149-158. Disponível em: [http://www.liberato.com.br/sites/default/files/arquivos/Revista_SIER/v.%2010,%20n.%2014%20\(2009\)/3.%20A%20qu%EDmica%20dos%20agrot%F3xicos.pdf](http://www.liberato.com.br/sites/default/files/arquivos/Revista_SIER/v.%2010,%20n.%2014%20(2009)/3.%20A%20qu%EDmica%20dos%20agrot%F3xicos.pdf). Acesso em 28 nov. 2017

RIGOTTO, Raquel Maria; VASCONCELOS, Dayse Paixão e; ROCHA, Mayara Melo. Uso de agrotóxicos no Brasil e problemas para a saúde pública. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 7, p. 1360-1362, July 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2014000701360&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 mar. 2018.

ROMANELLI, Thiago Libório. *O monitoramento dos sistemas produtivos e a promoção da sustentabilidade.* Disponível em: <http://www.esalq.usp.br/cprural/artigos/mostra/89/o-monitoramento-dos-sistemas-productivos-e-a-promocao-da-sustentabilidade.html> Acesso em: 15 out. 2017



A CULTURA DO LITÍGIO X OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Juliana Saffir Teixeira Ribeiro

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Atualmente há cerca de 100 milhões de processos no judiciário brasileiro. O alto número de demandas e a falta de efetividade das decisões levam, principalmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a buscar mecanismos mais célere e alternativos na solução de conflitos. Nesse contexto vêm ganhando espaço no ordenamento jurídico os métodos alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. No entanto ainda persistem diversas dúvidas quanto a eficiência desses métodos e se realmente possuem capacidade de resolver os litígios atuais. Visa-se assim, tentar demonstrar, por meio desses métodos, uma possibilidade de não só desafogar o judiciário, mas sim mudar a cultura do litígio presente no Brasil.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Morosidade processual. Métodos alternativos.

Síntese – Introdução. 1. A cultura do litígio e a influência na morosidade processual. 2. As inovações legislativas em relação aos métodos alternativos trouxeram uma maior efetivação na ordem prática? 3. Breve análise dos benefícios dos métodos alternativos de resolução de conflitos e a efetiva utilização no TJRJ. Conclusão. Referências.

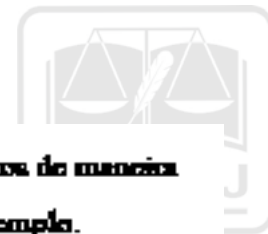
INTRODUÇÃO

A Constituição Federal traz em seu art. 5º o acesso à justiça como um direito fundamental de todo o cidadão. Nesse contexto, o Poder Judiciário é tido como a forma clássica de se buscar a justiça. Assim, a cultura nacional se desenvolveu de modo a depositar os conflitos nas mãos de um juiz e esperar que isso, por meio de um pronunciamento, solucionasse o seu litígio de forma rápida e eficaz.

No entanto, a heterocomposição, forma tradicional de solução de conflitos na atual sociedade, vem se mostrando cada vez mais morosa e ineficaz diante da grande demanda de processos. É perceptível que um grande número de pessoas procura a justiça por muitas vezes para resolver conflitos e satisfazer pretensões que poderiam ser resolvidos, de forma mais adequada, entre as partes, sobrecarregando o judiciário, prejudicando também a sociedade como um todo.

Nesse contexto apresenta-se a arbitragem, a conciliação e a mediação, métodos alternativos que podem ser muito eficazes na resolução de conflitos. Embora no ordenamento atual a posituação desses métodos seja algo recente, principalmente com o CPC de 2015, as práticas de arbitragem, conciliação e mediação não são tão recentes na humanidade.

Dessa forma o objetivo do presente artigo é demonstrar a situação atual da sociedade em que há uma sobrecarga do judiciário devido ao alto número de demandas, a uma "cultura do litígio" e ao



fato das pessoas não tratarem como alternativa a possibilidade de solucionar os conflitos de maneira mais célere, com menos gastos, por meio da arbitragem, conciliação, mediação por exemplo.

O primeiro capítulo visa a demonstrar o porquê da cultura do litígio e o que justifica um Poder Judiciário tão massivo.

Já no segundo capítulo é analisada a organização do judiciário brasileiro, bem como as legislações pertinentes ao assunto. É explicitada também as outras meios que podem ser apresentados para a solução de conflitos além da jurisdição.

Por fim, no terceiro capítulo, é apresentado os benefícios desses métodos alternativos de resolução de conflitos bem como a importância desses métodos no contexto social atual como uma nova cultura para a solução de conflitos, apresentando a prática desses métodos no TJ/RJ.

Assim, esse artigo tem o objetivo de discutir sobre os benefícios dos métodos alternativos de solução de conflitos, que se apresentam como uma maneira alternativa de resolver os conflitos da sociedade. Com esses métodos de autocomposição de conflitos é possível construir nova cultura em que as próprias partes, intrinsecas na situação, possam tomar uma decisão satisfatória de forma mais célere, simples e eficaz.

Objetiva-se demonstrar que muito embora a tutela jurisdicional seja o meio principal de solução de conflitos o nosso ordenamento jurídico comporta outras formas de resolução de conflitos, por vezes mais eficazes.

A cultura do litígio no Brasil faz com que haja certa dificuldade em efetivar os métodos alternativos de solução de conflitos. Dessa forma para que haja uma maior implementação desses métodos é imprescindível uma mudança cultural para aceitação da mediação e dos outros métodos de solução de conflitos como forma alternativa e eficaz.

Portanto defende-se a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos não apenas como forma de desafogar o Judiciário, mas como forma de mudar a cultura do litígio, mudança essa que deve ser cultural, admitindo assim uma nova forma alternativa de solucionar o litígio.

No presente estudo procurou-se estabelecer como forma de desenvolvimento do trabalho a pesquisa teórica, tendo por base a leitura de textos, livros e artigos sobre o tema proposto.

Buscou-se compreender o que caracterizam esses métodos, bem como a forma em que a técnica pode ser utilizada para a solução de conflitos em nossa sociedade.

A pesquisa será desenvolvida a partir do método dedutivo no qual foram analisadas diversas obras e textos para se desenvolver as discussões em torno da problemática trazida.

Para tanto, o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente a temática, em específico pesquisas na legislação, doutrina, artigos e jurisprudência para embasar sua tese.



1. A CULTURA DO LITÍGIO E A INFLUÊNCIA NA MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

No Brasil atual vive-se em uma sociedade democrática na qual o acesso à justiça tornou-se muito mais fácil. A Constituição Federal de 1988¹ também conhecida como a Constituição Cidadã foi o marco da democracia na sociedade brasileira. A partir de sua promulgação o rol de garantias e direitos conferidos ao cidadão foi bem maior que aquele da Constituição anterior.

Conforme explica Humberto Theodoro Júnior², CRFB/88 traz em seu rol o direito fundamental de acesso à Justiça assegurado no art. 5º, XXXV da seguinte forma: a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esse princípio tem pautado cada vez mais as relações pessoais, nas quais as pessoas recorrem ao judiciário em busca de solução de uma controvérsia e concretização de seus direitos.

Assim, se pode afirmar que o aumento populacional nos últimos anos bem como uma maior conscientização da população em relação aos seus direitos, sobretudo os garantidos pela CRFB/88, faz com que ocorra uma procura da justiça em uma escala cada vez maior.

A jurisdição, segundo Humberto Dalla³, é o poder conferido ao Estado que permite que este imponha o direito no caso concreto com o objetivo de que a lei seja aplicada para solucionar o conflito em questão. Assim, as partes interessadas provocam o Estado para que suas pretensões sejam solucionadas, porém, por muitas vezes deixam de lado outras possibilidades de solucionar os conflitos.

Sabe-se que é natural de ser humano, sobretudo pelas suas diferenças, que discordem em diversas situações. No entanto, o que se percebe atualmente é uma busca desenfreada pela tutela jurisdicional, em mais variados tons, ainda que mínimos.

Atualmente, há diversos tipos de litígios sobre uma infinidade de assuntos, como por exemplo, divórcio, guarda de filhos, conflitos no âmbito do direito do consumidor, questões empresariais entre variedade de outros concentrados em apenas um lugar: o Judiciário. No entanto, muitas dessas pretensões poderiam ser resolvidas, inclusive obtendo um melhor resultado, por via alternativa.

É claro que a partir do momento que o acesso à justiça é facilitado espera-se que haverá

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr 2017.

² JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. V.1. 2016. p. 74.

³ DALLA, Humberto Dalla Bernardes de. *Curso de Direito Processual Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 41.



na número de demandas mais, no entanto, virtualiza-se nessa busca em larga escala a prestação jurisdicional, muitas vezes sem se preocupar em compreender se aquela é a via correta, inclusive para a satisfação da sua pretensão, formando uma verdadeira cultura do litígio.

Nesse sentido destaca Didier⁴ que:

[...] O problema é que tradicionalmente, estabeleceu-se no Brasil, um excesso de litigância ou uma judicialização dos conflitos, acarretando uma quantidade avassaladora de processos instrumentais perante o Poder Judiciário. Só que, muitas vezes, a solução adjudicada pelo juiz estatal não é mais adequada, com resultados insatisfatórios.

Informações do Conselho Nacional de Justiça⁵ indicam que a "cultura do litígio" dos brasileiros faz com no momento transitam cerca de 90 milhões de processos no judiciário, sendo um dos mais fatores de sobrecarga do judiciário.

Assim, parece já estar enfiada no DNA do brasileiro que, havendo qualquer tipo de discordância é necessário buscar a tutela do Estado para satisfazer o seu interesse. Na verdade, grande parte da população entrega na tutela jurisdicional a única forma de resolução da lide. No entanto, nessa busca desnecessária muitas se deparam com um judiciário extremamente lento e por vezes pouco eficiente, o que não satisfaz mais as demandas populacionais e o objetivo de solucionar os conflitos.

Por óbvio, cumpre deixar claro que a grande procura pela tutela jurisdicional não é o único fator que faz com que o judiciário atual seja lento e pouco eficaz. A crise atual da jurisdição brasileira é causada por inúmeros fatores, sendo o excesso de demandas mais um.

Além dessa questão, Daniel Amorim⁶ aponta outras questões que contribuem para a ineficiência, como, por exemplo, um sistema com inúmeros recursos, que acaba tornando a prestação jurisdicional mais lenta.

Somado a isso, como explicita Humberto Theodoro Júnior⁷ visualiza-se também no cenário atual uma sobrecarga de trabalho para os magistrados e servidores. Como já citado, atualmente conta-se com mais de 90 milhões de demandas, estas por muitas vezes inúteis ou desnecessárias, mas que devem ser apreciadas pelos servidores. Assim, o número gigantesco de processos que se encontram afogados acaba por exorçar a capacidade de varão do judiciário.

⁴ DIDIER JR., Fredie. *Coleção Novo CPC, Parte Geral*. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 450.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/historias/2015/07/01/cultura-do-litigio-sobrecarrega-justica-afirmaem-indicador-para-o-cnj>>. Acesso em: 04 abr 2017.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, V. única. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 351.

⁷ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 76.



Assim, na página do Conselho Nacional de Justiça⁸, o Ministério da Justiça ao apontar os problemas da justiça indicou a morosidade como um dos principais, sendo certo que a celeridade solving das questões acima citadas, bem como de outras que aqui não foram listadas, sendo a cultura do litígio formada pela sociedade atual um dos fatores que mais contribuem. Devido a isso, o Novo Código de Processo Civil⁹, trouxe como uma de suas prioridades o princípio da celeridade e a busca por um judiciário mais rápido e eficiente, trazendo mecanismos para agilizar os processos.

Segundo Humberto Theodoro¹⁰ a grande reforma do Código de Processo Civil de 1973 teve como principal propósito a desburocratização do procedimento com a consequente celeridade da prestação jurisdicional. A ideia central e que foi o marco dos trabalhos da comissão organizadora do Novo CPC foi a impressão de mais celeridade no processo.

Diante dessa situação, tornou-se imperioso a busca efetiva por soluções para o sistema judiciário atual. Nesse contexto, analisando de forma mais específica o grande número de demandas e a alta procura pela tutela jurisdicional o Novo CPC procurou estimular medidas alternativas de solução de conflitos como a arbitragem, mediação e a conciliação.

Isto porque o objetivo atual não é apenas uma justiça mais célere, mas sim, uma justiça que reflita a democracia, ou seja, que além de célere seja justa e efetiva. Não basta apenas facilitar o acesso ao judiciário, sendo necessário também concretizar o término da relação para que os direitos sejam assegurados. José Roberto Bedaque explicita que o propósito atual deve ser "dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera."¹¹

2. AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS EM RELAÇÃO AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS TROUXERAM UMA MAIOR EFETIVAÇÃO NA ORDEM PRÁTICA?

No Brasil, o Poder Judiciário é regulado pela CRFB/88¹² em seus artigos 92 ao 126. O Judiciário brasileiro é constituído por diversas órgãos, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) como órgão superior. Abaixo dele está o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os órgãos que funcionam em âmbito federal e estadual e que compõem o sistema judiciário brasileiro.

⁸ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/futuristic/cnj/61341-ministerio-da-justica-aponta-tres-principais-problemas-do-judiciario>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

⁹ BRASIL, Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 77

¹¹ BEDAQUE, José Roberto doc S. *Efetividade dos processos e técnica processual: testes de responsabilização*. 2005. 22 E. Artigo Científico. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p.13.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1



A organização judiciária federal e estadual são divididas em Justiça comum e a Justiça especializada. A especializada composta pela Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar e a comum composta pela Justiça Federal e a Justiça Estadual.

A Justiça Estadual, foco do presente artigo, é composta pelos juízes de Direito e pelos Desembargadores, além dos juizados especiais cíveis e criminais. A organização da Justiça Estadual é de competência de cada um dos 26 estados brasileiros e do Distrito Federal. No Rio de Janeiro a organização judiciária é feita a partir do CODJERJ¹³.

A Justiça Estadual é a justiça que reúne a maioria dos casos que chegam ao Judiciário estadualmente, uma vez que possui caráter subsidiário, ou seja, a ela cabe julgar qualquer causa que não seja de competência de outro órgão jurisdicional. Segundo números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴, em 2013 a Justiça Estadual era responsável por 78% dos processos que transitavam no judiciário.

Como citado anteriormente, o grande volume de litígios na Justiça Estadual é um dos principais motivos para a alta taxa de congestionamento, principalmente da primeira instância do judiciário, sendo este o principal motivo para o CPC 2015¹⁵, visando a celeridade, trazer em seu bojo os métodos alternativos de solução de conflitos.

O art. 3º do CPC 2015¹⁶ traz de maneira expressa a busca do Estado em tratar, sem que possível a solução dos conflitos pelos métodos alternativos, sendo estes: a arbitragem, a conciliação e a mediação.

A arbitragem segundo Didier Jr.¹⁷ é uma técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um árbitro, que será escolhido pelas partes a partir de um contrato privado, a convenção arbitral. A decisão proferida pelo árbitro não comporta recurso e é equiparada a decisão judicial.

Para que seja instituído o juízo arbitral todas as partes envolvidas no litígio devem figurar no instrumento que estabelece a cláusula arbitral, isso porque se a pessoa não estiver subordinada ao contrato de arbitragem ela não poderá ser acionada pelo juízo arbitral.

A Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem¹⁸, dispõe sobre as regras da arbitragem no Brasil. O art. 1º da Lei informa que a arbitragem pode ser utilizada por pessoa capaz bem como pela administração pública direta e indireta para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais

¹³ BRASIL. *Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em <http://cuj.tj.rj.jus.br/consultas/legislacao/codjerj>. Acesso em: 09 set. 2017

¹⁴ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/estatisticas/cnj/79204-o-que-e-o-o-que-faz-a-justica-estadual>>. Acesso em: 10 set. 2017

¹⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 9

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 453.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1976*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.



disponíveis. Em relação a arbitragem no âmbito legislativo tem também a Lei nº 13.129/15¹⁹ que promoveu alterações na Lei 9.307/96.

Entre os vários benefícios que serão posteriormente apontados, uma das principais características da arbitragem é a especialização. No judiciário um mesmo juiz pode ser responsável por matérias distintas, por exemplo por casos de direito de família e criminal. Na arbitragem o árbitro escolhido em regra é especializado no assunto que irá julgar, vindo a produzir decisões mais apropriadas para a demanda proposta.

A conciliação e a mediação, também previstas no CPC/2015²⁰, são medidas que pressupõem a intervenção de uma terceira pessoa. A partir do art. 165 o Código de Processo Civil dispõe sobre esses institutos, sendo claro o incentivo a solução consensual dos conflitos.

A mediação tem como objetivo esclarecer as partes para que estas consigam alcançar uma solução para o conflito. Neste sentido o mediador se apresenta como figura imparcial e neutra que tem o papel de facilitar o diálogo entre as partes.

Assim, na mediação são adotadas técnicas pelo mediador para tentar restabelecer o diálogo das partes para que estas, posteriormente cheguem a uma conclusão. Essa medida de resolução de conflito é muito indicada quando se trata de conflitos familiares e de vizinhança, na qual muitas vezes o que se precisa é apenas restabelecer a comunicação respeitosa.

Já na conciliação, o conciliador que também é imparcial, tem a função de além de orientar, sugerir a melhor solução para o conflito. Assim, a conciliação é mais adequada quando há um problema evidente e a intervenção do conciliador seria no sentido de tentar estabelecer um acordo justo para ambas as partes, bem como na forma que esse acordo deverá ser cumprido.

Importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação foi a Resolução nº 125 de 2010²¹ do Conselho Nacional de Justiça que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários efetuar mecanismos de resolução de conflitos pelos meios consensuais.

Essa Resolução determina que os Tribunais de todos os Estados criassem Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos bem como a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania para possibilitar a conciliação e mediação pré-processual.

Para dar uma maior efetivação nos métodos de conciliação e mediação, o Código de

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_05/_Ato2015-2018/2015Lei/L13129. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 9.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e ob outros providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atas-normativos?documento=156>. Acesso em: 09 set 2017.



Processo Civil de 2015²² trouxe inovações como a previsão de criação de centros judiciais para a solução consensual dos conflitos no art. 165. Estabeleceu princípios que informam a conciliação e a mediação, possibilitando ainda inclusive a mediação extrajudicial no art. 694.

Em relação ao assunto, âmbito legislativo, uma inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro é a Lei 13.140²³, de 2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A supracitada lei trata dos procedimentos de mediação judicial e extrajudicial e ainda regula a autocomposição dos conflitos quando uma pessoa jurídica de direito público for parte.

As mediações e conciliações são conduzidas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal de Justiça. O CNJ e as Tribunais são responsáveis pelo treinamento dos interessados, a partir dos Cursos de Capacitação.

Além disso poderá o Tribunal usar quando próprio de conciliadores e mediadores mediante concurso público de provas e títulos. Os conciliadores e mediadores não possuem, necessariamente, tra curso de direito, porém se forem advogados estão impedidos de exercer advocacia nos juízos que desempenham suas funções.

Assim, apresenta-se um panorama geral de das inovações legislativas, a doutrinas dessas instituir e de como os métodos alternativos de solução de conflitos estão dispostos no novo ordenamento, apontando as mudanças que provocaram e as facilidades para uma maior efetivação.

3. BREVE ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A EFETIVA UTILIZAÇÃO NO TRJ

Uma gama de novas regras e políticas foi lançada e projetada com o intuito principal de resolver os conflitos através de maneira mais célere e eficaz. No Brasil nos últimos anos, como foi apresentado no capítulo anterior, a implementação da mediação judicial a partir da Resolução 125/2010 do CNJ²⁴, o advento do CPC/2015, a Lei de Arbitragem e a Lei de Mediação foram essenciais para o crescimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

A resolução dos conflitos por meio dos métodos alternativos como a mediação, a conciliação e a arbitragem ainda não é massiva. Embora não apresentem apenas qualidades, os benefícios dos

²² BRASIL, op. cit., nota 9.

²³ BRASIL, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 09 set. 2017.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 14.



métodos alternativos são inúmeros. Assim, a aplicação desses institutos é defendida como uma boa alternativa, principalmente quando é vista como uma possibilidade de diminuir a excessiva carga de demandas dos tribunais.

A arbitragem, prática que ainda não é muito utilizada no Brasil, foi uma técnica que passou a ganhar maior destaque em razão dos aspectos negativos do judiciário²⁵. A demora em obter um resultado, o fato desse resultado nem sempre ser o mais adequado a situação e a falta de especialização dos Tribunais auxiliarem nesse processo de crescimento da arbitragem.

Isso porque um dos maiores benefícios da arbitragem é a rapidez. No processo arbitral não há recursos das decisões proferidas pelos árbitros.²⁶ A sentença arbitral, em regra, tem o prazo de 6 (seis) meses para ser proferida, podendo haver previsão das partes de ser proferida até antes.

Além disso, na arbitragem a informalidade e a especialização são características que fazem com que os resultados atingidos sejam mais satisfatórios e eficazes que o processo judicial. Na arbitragem é permitida uma maior participação das partes interessadas na solução dos conflitos uma vez que não há formas solenes para que as partes se dirijam aos árbitros.

Em relação a especialização, no judiciário brasileiro na maioria dos casos um único juiz é responsável ao longo da carreira por julgar casos de matérias totalmente distintas. Já o juízo arbitral cada árbitro é especializado em um assunto específico, o que julgará, tendo uma maior chance de produzir decisões mais apropriadas.

A conciliação e a mediação, as outras duas técnicas alternativas de resolução de conflitos aqui apresentadas também apresentam uma gama de qualidades e benefícios que justificam a sua maior implementação nos dias atuais.

Como foi analisado na apresentação do assunto, é uma questão cultural a busca ao Judiciário para a resolução dos conflitos em vez de tentar resolver de outras maneiras, gerando altas despesas e demandas desnecessárias para o Poder Judiciário.

Atualmente, o sistema judiciário brasileiro vem buscando cada vez mais resolver os conflitos processuais por meio da conciliação judicial. O CPC/2015²⁷ inovou ao trazer em seu art. 334 e seguintes a audiência de conciliação e mediação em uma tentativa de solucionar e evitar que prossiga o litígio.

Dessa forma, um dos maiores benefícios da conciliação é a possibilidade de resolver os conflitos processuais por meio de acordo entre as partes, eliminando assim o excesso de processos nos tribunais. No entanto, não é nem necessário que se recorra ao Judiciário para que se possa

²⁵SCAVONE JUNIOR, Luiz Arturim. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. Rio de Janeiro: FORTES, 2015.p. 19

²⁶*Ibid.*, p. 25.

²⁷BRASIL, *op. cit.*, nota 9.



resolver os conflitos utilizando a conciliação.

As demandas no judiciário por inúmeras vezes levam anos para serem julgadas, o que causa imenso desgaste entre as partes. O tempo da resolução dos conflitos por meio da conciliação, com certeza, é um dos principais benefícios que as partes têm.²⁸

É possível também que de forma extrajudicial se componha a conciliação entre as partes e, caso não se chegue a um acordo, poderá ser demonstrado futuramente, como prova nos autos que houve a tentativa de realizar um acordo.

Em uma tentativa de estimular ainda mais métodos como a conciliação o CNJ²⁹ criou o programa "Conciliar é Legal"³⁰ como forma de potencializar e legitimar a conciliação no Poder Judiciário, tendo como principal objetivo difundir e demonstrar os benefícios da conciliação nas resoluções dos conflitos judiciais.

Na mesma esteira da conciliação apresentam-se os benefícios da mediação. A mediação, que é um mecanismo que pode ser apresentado de maneira judicial ou extrajudicial tem como principal benefício a pacificação entre os indivíduos a partir do diálogo, buscando que os próprios protagonistas do conflito encontrem uma solução para o impasse.³¹

É nesse contexto que a mediação apresenta uma grande vantagem em relação aos outros métodos de resolução de conflitos. A mediação busca resolver sem que haja o confronto entre as partes adversárias mas buscando satisfazer o interesse de ambas.³² Assim, a principal função do mediador nesse processo é construir um espaço harmônico que vise estabelecer entre os indivíduos uma posição de igualdade para que ao final haja uma mediação bem-sucedida.

Diante das inovações legislativas e dos benefícios apresentados em relação a aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, os Tribunais, mais precisamente aqui o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro implementou em sua estrutura órgãos e programas com o intuito de incentivar a autocomposição de litígios.

Nesse contexto apresenta-se o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflito (NUPEMEC)³³, que foi criado pela Resolução 23/2011 do Tribunal de Justiça do Estado

²⁸THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 77.

²⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>>. Acesso em: 23 set 2017

³⁰ O programa foi lançado em 2010 e anualmente há um Prêmio que busca identificar, premiar, disseminar e estimular a realização de ações de modernização no âmbito do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e, conseqüentemente, o aprimoramento da Justiça. O Prêmio Conciliar é Legal reconhece as práticas de sucesso, estimula a criatividade e dissemina a cultura dos métodos consensuais de resolução dos conflitos.

³¹ALMEIDA, Diogo Assunção de; PANTOJA, Fernando Medina. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 4.

³²*Ibid.*, p.6.

³³ O NUPEMEC é órgão colegiado não-judicial permanente de assessoria à Presidência do Tribunal de Justiça, tendo sua sede na Comarca da Capital.



do Rio de Janeiro³⁴ atenção ao disposto na Resolução do CNJ nº 125/2010³⁵.

Entre as inúmeras atribuições do órgão se tem o estímulo as práticas de conciliação e mediação a partir da instalação e normatização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a capacitação, treinamento e atualização permanente dos magistrados, juízes leigos, conciliadores e mediadores dos órgãos do TJRJ.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Rio³⁶ na tentativa de estimular as conciliações e mediações conta também, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, com um centro permanente de conciliação na Comarca da Capital.

A área cível é uma das áreas que apresenta uma maior necessidade de implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos bem como é a área onde podem ser obtidos os melhores resultados. Isso porque atualmente existem inúmeras demandas decorrentes de relações de consumos frustradas ou de pequenas insatisfações entre os particulares que poderiam ser decididas de forma mais simples, sem a necessidade de um processo judiciário.

Assim, esse Centro de Conciliação se mostra uma boa alternativa para a resolução de conflitos de maneira mais simples uma vez que prescinde da contratação de advogado, dispensa a elaboração de uma petição inicial e antecipa a solução que seria alvo de judicialização.

Como forma de estimular as empresas a adotarem uma política de resolução de conflitos por meio da conciliação o Tribunal do Rio de Janeiro aponta como argumentos a celeridade da resolução, a simplicidade do processo conciliatório e o de a partir da conciliação ser formado um título executivo extrajudicial, o que evita que a empresa entre na estatística como litigante.

Dessa maneira o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, vem, de forma pioneira, buscando incentivar cada vez mais a sociedade para a utilização dos métodos alternativos de Resolução de conflitos como a mediação e a conciliação.

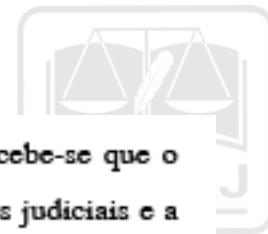
CONCLUSÃO

Este artigo teve como cerne demonstrar o porquê da cultura do litígio no judiciário brasileiro e discutir sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, seus benefícios e sua implementação no ordenamento como forma efetiva na solução de conflitos.

³⁴BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro* Resolução nº23/2011 do Excmo. Órgão Especial desta Corte de Justiça, que criou o NUPSMAC, em atenção ao disposto na Resolução CNJ nº. 125 de 2010, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com focus nos denominados meios consensuais, que incentivam a autocomposição de litígios e a pacificação social. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/fundacao01>>. Acesso em: 23 set 2017.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 21

³⁶BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/fundacao01>>. Acesso em: 23 set 2017.



Após as reflexões que se desenvolveram ao longo do presente trabalho, percebe-se que o alto número de demandas no judiciário atualmente, a falta de efetividade das decisões judiciais e a necessidade de se imprimir uma maior celeridade no âmbito do judiciário foram os principais motivos que levaram a busca por mecanismos alternativos aos métodos tradicionais de resolução de conflitos.

Na prática, é possível visualizar que apesar da heterocomposição, forma tradicional de solução de conflitos na sociedade, se mostrar cada vez mais morosa e ineficaz, é grande o número de pessoas que recorrem ao judiciário para resolver seus litígios. No entanto por diversas vezes essa forma de resolução não se mostra a mais adequada.

Em outras palavras, percebe-se que em uma sociedade onde qualquer conflito – por menor que seja-, torna-se um litígio, aumentando vertiginosamente o número de processos pendentes no judiciário e conseqüentemente tornando o processo moroso e de duração prolongada, resta demonstrada a enorme necessidade de implementar métodos que respondam efetivamente não só as demandas, mas as expectativas da população.

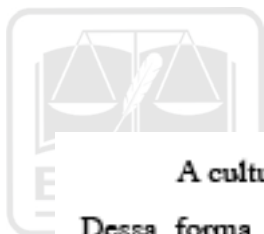
Pode-se dizer com acerto que as atividades, como a mediação e a conciliação, se forem bem conduzidas, com uma boa estrutura e profissionais capacitados, poderá levar a um maior número de resolução de processos por autocomposição, o que além de vantajoso para as partes, contribuirá para o desafogamento do judiciário.

Este trabalho apresenta como objetivo principal a necessidade de se fazer a promoção e o reconhecimento, de maneira urgente, de soluções não judicializadas para parte dos conflitos, incorporando de forma ampla e definitiva os meios alternativos de resolução de conflitos no ordenamento.

Não se pretende aqui apresentar uma solução para resolver o problema do judiciário brasileiro. No entanto, fica evidente que em pese os métodos alternativos não serem a salvação para os problemas do Judiciário, mostram-se como alternativas simples e viáveis, na medida em que para aplica-los não é necessária uma grande estrutura, nem um grande orçamento.

Cumprе esclarecer que não se quer, a partir dessas reflexões, diminuir a importância do poder Judiciário. Pelo contrário, o que se deseja e espera é que com a aplicação de métodos alternativos haja uma melhora na prestação jurisdicional, reservando-se aos juizes o papel de apreciar e proferir decisões de causas mais complexas, as que realmente necessitem do judiciário para a sua solução.

Assim, busca-se a compreensão de que os métodos alternativos de resolução de conflitos não podem ser vistos como alternativa fora do Poder Judiciário e sim devem ser vistos como importantes instrumentos à disposição do próprio Poder Judiciário.



A cultura do litígio no Brasil faz com que haja certa dificuldade de efetivar esses métodos. Dessa forma, para uma maior implementação é imprescindível uma mudança cultural para aceitação dessas medidas alternativas e consequentemente a aplicação destas de maneira eficaz.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diego Assunção da. PANTOJA, Fernanda Medina. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efektividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. 2005. 22 f. Artigo Científico – Universidade do São Paulo, São Paulo, 2005.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1976*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-sdm?documento=2579>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. *Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://cgj.tj.rj.jus.br/consultas/legislacao/codjerj>. Acesso em: 09 set. 2017

_____. Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tj.rj.jus.br/web/guest/mediacao1>. Acesso em: 23 set. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Curso Processual Civil Contemporâneo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.



DIDIER JR., Ruydio. *Coloção Novo CPC, Parte Geral*. 2. ed. Bahia: JusPODIVM. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, V. único. Bahia: JusPODIVM. 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br